Esta es una copia privada hecha sólo para fines educativos.

PROHIBIDA SU VENTA

ALVARADO VELLOSO

EL JUEZ

SUS DEBERES Y FACULTADES

LOS DERECHOS PROCESALES DEL ABOGADO FRENTE AL JUEZ

Depalma

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Juez de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario. Profesor titular de Derecho Procesal Civil y director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Univ. Nac. de Rosario. Director de la "Revista de Estudios Procesales" y codirector del diario "Juris". Secretario general del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Secretario general permanente del Instituto Argentino de Derecho Procesal. Secretario de la Academia Argentina de Derecho. Vicepresidente de la Asociación de Prensa Jurídica Argentina.

EL JUEZ

SUS DEBERES Y FACULTADES

LOS DERECHOS PROCESALES DEL ABOGADO FRENTE AL JUEZ

EDICIONES Depalma BUENOS AIRES

1982

ISBN 950-14-0061-1

©

EDICIONES Depalma BUENOS AIRES

Talcahuano 494

Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

A mi Manina, otra vez...

PALABRAS PREVIAS

A principios del mes de septiembre de 1980, convocadas por la Federación Argentina de la Magistratura, por intermedio del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, se realizaron en la ciudad de Mar del Plata las "Cuartas Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina", a las cuales concurrieron más de mil jueces de todo el país.

En esa ocasión, la Comisión Organizadora, presidida por el Dr. Gualberto Lucas Sosa, me honró designándome coordinador de la Comisión de Estudios de Derecho Procesal, en cuyo seno correspondió tratar —entre otros tópicos— el relativo a "Potestades y deberes de los jueces en el proceso".

La labor allí cumplida me impulsó a dar nueva estructura a anteriores publicaciones y escritos en los cuales había analizado directa o tangencialmente el tema, renovando ideas expuestas durante los años 1979 y 1980 en el ciclo de conferencias que pronunciara ante talentosos colegas en la Escuela Judicial del Chaco, donde mantuve fructíferas y elevadas discusiones doctrinales con magistrados de todos los fueros e instancias.

Terminada la tarea que me había impuesto, en virtud de una sistematización que puede resultar novedosa respecto de los deberes y facultades que comprenden y con-

forman la función judicial en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en sus correlativos de todas las provincias argentinas, me corresponde acotar que entiendo que todo lo que constituye deber para los jueces se convierte, automáticamente, en derecho para las partes y sus abogados. De ahí que haya efectuado este estudio desde la óptica de aquéllos y de éstos, indicando en cada caso concreto qué es lo que corresponde hacer ante un deber incumplido o ante una facultad ejercida con exceso, en violación de lo que es la auténtica actividad jurisdiccional.

Si lo hecho resulta de alguna mínima utilidad en el diario trajinar de quienes están llamados por vocación a juzgar o a abogar, me sentiré honda y suficientemente compensado por las muchas horas dedicadas al trabajo material de preparar esta obra que hoy entrego para su publicación.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO.

ESQUEMA EXPLICATIVO DEL PLAN DE DESARROLLO DEL TEMA

Después de un primer capítulo introductorio, donde se establecen diferencias entre *deberes* y *facultades* de los jueces, se dedica todo el capítulo siguiente al tratamiento detallado de todos y cada uno de los *deberes*, y otro subsiguiente, al de las *facultades*.

Antes de comenzar el texto propiamente dicho, hemos insertado un cuadro sinóptico comprensivo de todos los deberes y de todas las facultades explicadas luego, a fin de que el lector pueda ubicarse rápidamente en el tema y posibilitar la inmediata lectura de los correspondientes comentarios. A tal fin, se utiliza el conocido y universalmente aceptado método *decimal* de ordenamiento. Para quienes no están familiarizados con él, acotamos que hemos asignado el número 1 a todo el tema "deberes". Dentro de este guarismo, hemos subdividido en dos grupos, otorgándole el número 1 a los "*funcionales*" y el 2 a los "*procesales*". De tal manera, la numeración 1.2 significa que se está tratando un "deber procesal". A su turno, dentro de este grupo, hemos vuelto a subdividir en deberes de "dirección" (número 1), de "resolución" (número 2) y de "ejecución" (número 3). De tal forma, el guarismo 1.2.3 significa "deber" (número 1); "procesal" (número 2); de "ejecución" (número 3).

En tal tesitura, resulta sencillo seguir clasificando y subdividiendo hasta el infinito. Y cuando el lector se enfrenta con un título numeral compuesto por varios guarismos, podrá ubicarse rápidamente buscando inductivamente (mediante la lectura de derecha a izquierda del número correspondiente) el tema general al cual pertenece un concreto y específico tópico. Así, por ejemplo, frente al número 1.2.1.1.1, bastará que el lector lo compagine en el cuadro

sinóptico antes aludido: se trata del deber procesal de dirección en cuanto al proceso en sí mismo: presidir todo acto en que deba intervenir la autoridad judicial. Para mejor explicar ello, descomponemos el número señalado en sus diferentes guarismos: 1 (deber); 2 (procesal); 1 (de dirección); 1 (en cuanto al objeto en sí mismo); 1 (presidir todo acto en que deba intervenir la autoridad judicial).

Al final de la obra agregamos un índice general, uno temático y otro de la bibliografía citada.

CUADRO 1

SINOPSIS ESQUEMÁTICA DE LA OBRA

- Función procesal del juez
  - 1. Deberes
    - 1. Funcionales
      - 1. Esenciales — Ver cuadro 2
      - 2. Legales — Ver cuadro 3
    - 2. Procesales
      - 1. De dirección — Ver cuadro 4
      - 2. De resolución — Ver cuadro 10
      - 3. De ejecución
  - 2. Facultades
    - 1. Ordenatorias — Ver cuadros 11, 12 y 13
    - 2. Conminatorias — Ver cuadro 14
    - 3. Sancionatorias — Ver cuadro 15
    - 4. Decisorias — Ver cuadro 16

CUADRO 2

DEBERES FUNCIONALES ESENCIALES

1. Independencia.
2. Imparcialidad.
3. Lealtad.
4. Ciencia.
5. Diligencia.
6. Decoro.

CUADRO 3

DEBERES FUNCIONALES LEGALES

1. Juramento.
2. Residencia.
3. Asistencia al despacho.
4. Suplencia.
5. Ausencia de causal de incompatibilidad.

CUADRO 4

DEBERES PROCESALES DE DIRECCIÓN

1. En cuanto al proceso en sí mismo → Ver cuadro 5
2. En cuanto a los sujetos intervinientes → Ver cuadro 6
3. En cuanto al objeto del pleito
   1. En cuanto a la pretensión → Ver cuadro 7
   2. En cuanto a la prueba → Ver cuadro 8
   3. En cuanto al derecho que sustenta la pretensión → Ver cuadro 9

CUADRO 5

DEBERES PROCESALES DE DIRECCIÓN EN CUANTO AL PROCESO EN SÍ MISMO

1. Presidir todo acto en que deba intervenir la autoridad judicial.
2. Actuar con secretario.
3. Efectuar el control de los trámites atinentes a la Secretaría.
4. Revocar o corregir providencias dictadas por el secretario.
5. Determinar en cada caso el tipo de proceso a seguir.
6. Vigilar para que durante la tramitación de la causa se procure la mayor celeridad y economía procesal.
7. Concentrar las diligencias procesales.
8. Disponer toda diligencia necesaria para evitar nulidades.
9. Pronunciar de oficio nulidades de orden público.
10. Declarar la caducidad de la instancia.
11. Fijar plazos procesales.
12. Controlar el pago de costas y gastos.

CUADRO 6

DEBERES PROCESALES DE DIRECCIÓN EN CUANTO A LOS SUJETOS INTERVINIENTES

1. Mantener la igualdad de las partes.
2. Excusarse mediando causal.
3. Cuidar el orden y el decoro en los juicios.
4. Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de probidad, lealtad y buena fe.
5. Procurar, en ciertos casos, el avenimiento de las partes, con facultad de convocarlas.

CUADRO 7

DEBERES PROCESALES DE DIRECCIÓN EN CUANTO AL OBJETO DEL PLEITO (CONCRETAMENTE, EN CUANTO A LA PRETENSIÓN)

1. Velar por su competencia.
2. Señalar los defectos de las peticiones de las partes antes de darles trámite.
3. Integrar el litigio.
4. Acumular procesos.
5. Comprobar la ausencia de litispendencia por identidad y de cosa juzgada.

CUADRO 8

DEBERES PROCESALES DE DIRECCIÓN EN CUANTO AL OBJETO DEL PLEITO (CONCRETAMENTE, EN CUANTO A LA PRUEBA)

1. Determinar los hechos a probar.
2. Mantener el principio de concentración.
3. Desechar la prueba notoriamente improcedente y la impertinente o inconducente.
4. Abstenerse de cuestionar la validez intrínseca de la prueba testimonial.
5. Recibir por sí las diligencias de prueba.
6. Eliminar o modificar posiciones en el pliego respectivo.
7. Efectuar ciertas preguntas y eliminar o modificar otras en el pliego de testigos.
8. Carear partes y testigos.
9. Ordenar inspecciones.
10. Determinar puntos sobre los cuales versará la pericia.
11. Establecer el modo de diligenciar pruebas no previstas.

CUADRO 9

DEBERES PROCESALES DE DIRECCIÓN EN CUANTO AL OBJETO DEL PLEITO (CONCRETAMENTE, EN CUANTO AL DERECHO QUE SUSTENTA LA PRETENSIÓN)

1. Calificar la relación jurídica litigiosa.

CUADRO 10

DEBERES PROCESALES DE RESOLUCIÓN

1. Decidir las causas por el orden de ingreso.
2. Resolver dentro de los plazos legales.
3. Declarar la no judiciabilidad del caso.
4. Sentenciar según la ley, integrándola en caso de silencio u oscuridad, salvo que ella sea inconstitucional.
5. Calificar la relación jurídica litigiosa.
6. Emitir pronunciamiento sólo sobre lo que fue objeto de petición.
7. Fundar los pronunciamientos.
8. Imponer costas.
9. Regular honorarios.
10. Declarar la temeridad o malicia de las partes o profesionales.
11. Aclarar las resoluciones.
12. Usar firma entera.
13. Examinar la admisibilidad de la apertura de la alzada.
14. Integrar el tribunal, en caso de falta de mayoría.

CUADRO 11

FACULTADES ORDENATORIAS EN CUANTO AL PROCESO EN SÍ MISMO

1. Determinar el plazo para presentar el instrumento de mandato.
2. Tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso.

3. Habilitar días y horas inhábiles.
4. Suspender trámites.
5. Comisionar despachos.
6. Designar días para efectuar notificaciones automáticas.
7. Ordenar notificaciones por cédula.
8. Nombrar y admitir menor número de peritos.
9. Determinar la privacidad de una audiencia.
10. Determinar el lugar en el que se efectuará la subasta.

CUADRO 12

FACULTADES ORDENATORIAS EN CUANTO A LOS SUJETOS INTERVINIENTES

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.
3. Disponer la comparecencia personal de testigos, peritos y terceros.
4. Unificar personerías.
5. Ordenar se mencione el nombre del ejecutado en los edictos notificatorios de la subasta.

CUADRO 13

FACULTADES ORDENATORIAS EN CUANTO AL OBJETO DEL PLEITO

1. Ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos.
2. Decretar la vista o agregación de cualquier documento en poder de partes o terceros.

CUADRO 14

FACULTADES CONMINATORIAS

1. Imponer *astreintes*.

CUADRO 15

FACULTADES SANCIONATORIAS

1. Sujetos activos.
2. Sujetos pasivos.
3. Naturaleza jurídica de la sanción.
4. Régimen de sanciones
   - 1. A partes
     1. Testación de frases o términos indecorosos.
     2. Devolución de escritos.
     3. Llamado a la cuestión, en las audiencias.
     4. Expulsión de las audiencias.
     5. Prevención.
     6. Apercibimiento.
     7. Privación de honorarios e imposición de costas al letrado.
     8. Imposición de multas.
     9. Arresto.
     10. Suspensión.
   - 2. A magistrados.
5. Régimen recursivo.

CUADRO 16

FACULTADES DECISORIAS

1. Revocar sus resoluciones.
2. Apartarse del dictamen pericial.
3. Establecer el monto de los daños y perjuicios.
4. Publicar sus sentencias.

LOS DEBERES Y LAS FACULTADES DE LOS JUECES [1]

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Si consideramos que a los fines de la composición de la litis no basta la obra de las partes [2], sino que es menester la presencia del juez en un plano superior y equidistante de ellas, parece razonable admitir que el tema relativo a *deberes* y *facultades* de los jueces es un pivote fundamental del derecho procesal, ya que el haz de normas reguladoras de la actividad del juez constituye el eje central alrededor del cual se mueven orbicularmente aquellas otras normas que reglan la actividad de los demás sujetos procesales.

No obstante lo apuntado, doctrinalmente es habitual percibir cierta hibridez y parcialidad en el tratamiento de esta materia, lo cual es consecuencia directa, no sólo de su ínsita complejidad, sino también de las relaciones que ella

[1] Por exceder el alcance que el autor intenta dar a estas explicaciones, no se desarrolla tema alguno referido a los "derechos" del juez, tales como inamovilidad, intangibilidad y dignidad de su retribución.

[2] Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, E.J.E.A., Bs. As., 1959, t. I, p. 194.

tiene respecto de otros temas fundamentales, cuales son: el concepto del vocablo "juez" y el sistema procesal adoptado por cada legislación.

A mérito de esta circunstancia y antes de adentrarnos al estudio directo del tema, haremos algunas breves reflexiones:

a) Como lo señala Redenti[3], el término "juez" es anfibológico, pues unas veces sirve para designar el órgano jurisdiccional como unidad-tipo de toda categoría o como determinado órgano en concreto, considerado en singular, o también (en síntesis) como aquella serie de órganos ante los cuales puede ser llevado sucesivamente un mismo proceso en sus diversas fases[4].

Por su parte, Clemente Díaz[5] se inclina a usar el término en forma genérica, aislándolo como objeto de análisis del órgano judicial, conceptuándolo como "la persona que está investida por el Estado de la potestad de administrar justicia" y criticando, por ende, la concepción abstracta que de él hace Clariá Olmedo[6] cuando afirma que "el tribunal es el órgano de la jurisdicción: el juez es su representante en los procesos; el primero es el titular del ejercicio del poder jurisdiccional del Estado; el segundo es el funcionario público que actúa la ley ante cada caso originador de un proceso concreto".

[3] *Derecho procesal civil*, E.J.E.A., Bs. As., 1957, t. I, p. 122.

[4] Esto se advierte claramente en nuestra legislación: así, por ejemplo, en la Ley Orgánica de los Tribunales de Santa Fe son utilizados indistintamente los términos "tribunal", "magistrado" y "juez"; en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de Santa Fe, por ejemplo, los arts. 124, 125 y 129 (entre otros) le dan a la palabra "juez" el sentido de "oficio judicial"; en otros artículos, v.gr., el 24, se emplea la palabra "juez" en contraposición a "tribunal", como órgano unipersonal de la jurisdicción, etc.

[5] *Instituciones de derecho procesal*, t. II, vol. A, *Teoría de la jurisdicción*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, p. 184.

[6] *Tratado de derecho procesal penal*, Bs. As., 1962, t. II, p. 38.

En tal sentido, Carnelutti[7] explicita que la palabra "juez" no está tanto para designar a la persona que juzga cuanto al conjunto de personas que actúan en el proceso y no son partes o defensores; mejor que juez, tal conjunto se designa con la denominación de *oficio judicial*, entendiéndose por éste una *universitas personarum*, es decir, un agregado de personas conjuntamente combinadas para el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Devis Echandía[8] entiende que los jueces y magistrados son las personas encargadas de administrar justicia, pero no son el órgano jurisdiccional, ya que éste existe independientemente de las personas físicas que ocupan sus cargos y, considerado en abstracto, permanece inmutable aun cuando varíen aquéllos.

Sin menoscabo de ninguna de estas tesituras (y a riesgo de ser simplistas) entendemos que, en rigor, cualquiera que fuere la posición que se adopte, a los efectos estrictamente procesales (excluídos los políticos y administrativos), siempre que se habla del "juez" debe referirse al sujeto que ocupa el vértice superior del triángulo procesal y que tiene por función primordial la justa composición del litigio.

En otras palabras, identificamos, a los fines de nuestra exposición, el vocablo "juez" con el de "oficio judicial", entendiendo a éste como la función que cumple cualquier juez superior o inferior, unipersonal o pluripersonal, al realizar tarea jurisdiccional.

Por lo demás, sin deterioro de las elucubraciones de gabinete, es preciso recordar que los jueces son hombres, y es esa humanidad (riesgo de falibilidad o de inconducta) la que engendra la necesidad de normar sus facultades y deberes.

[7] Ob. cit., t. I, p. 194.

[8] *Nociones generales de derecho procesal civil*, Colección Jurídica Aguilar, Madrid, 1966, p. 331.

Dice Calamandrei [9] que "el buen funcionamiento de la justicia depende de los hombres, y no de las leyes; y el óptimo sistema judicial es aquel en que los jueces y los abogados vinculados por su recíproca constancia, buscan la solución de sus dudas, más que en la pesada doctrina, en la viva y fresca humanidad. El significado de todo ello está en aquel signo que aparece desde la primera edición en el *Elogio de los jueces*: la balanza que sobre un platillo lleva dos gruesos volúmenes en folio, y en el otro la gentileza de una rosa; y se ve que en aquella balanza, en contraste con las leyes físicas, la rosa pesa más que los dos gruesos libros. A fin de que la justicia funcione humanamente, es necesario que la balanza se incline del lado de la rosa".

b) Como lo adelantamos *supra*, el tema en estudio guarda una estrecha y necesaria relación con los sistemas rectores del proceso y la evolución de ellos en la doctrina y la legislación.

Así, la tendencia "privatista" de la escuela clásica, de filiación civilista, que consideraba la litis como una cuestión de derecho privado y al proceso como un instrumento para la protección del derecho subjetivo, necesariamente entendía que a las partes correspondía, no sólo la iniciación de él sino el impulso procesal, y, por tanto, el juez era un mero espectador que al final de la contienda le otorgaba la razón al vencedor. Al contrario, la tendencia "publicista" considera la litis como un fenómeno social, cuya justa solución interesa a la colectividad para el restablecimiento del orden jurídico alterado; desde esta óptica, el proceso es entonces un instrumento para la actuación del derecho objetivo y, en orden a ello, deben ampliarse las facultades para la investigación de la verdad real frente a la verdad formal [10].

[9] *Estudios sobre el proceso civil*, ed. Bibl. Arg., Bs. As., 1961, t. III.

[10] Hugo Alsina, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil*, 2ª ed., Ediar, Bs. As., 1956, t. II, p. 223. "Empero, y esto es importante de

También influye en esta tendencia de aumentar las facultades de los jueces, la renovación del concepto de jurisdicción como función del Estado, que restituye al juez en el proceso moderno una posición central de órgano público interesado en hacer justicia del modo mejor y más rápido posible [11].

De cualquier modo que se pueda ver la cuestión o de la actitud filosófica que se adopte frente al tema, pensamos que en nuestro ordenamiento legal prevalece aún el principio dispositivo, a pesar del gran avance que ha efectuado el legislador en materia de facultades judiciales; en otras palabras, intentando definir el "sistema legal" diríamos que es *predominantemente dispositivo*. Téngase en cuenta ello para entender el porqué de cada una de las divisiones de deberes y facultades que haremos luego.

c) Por último, resulta ocioso destacar que el contenido del derecho de jurisdicción del Estado se resuelve en una serie de facultades de obrar (poderes o potestades), por una parte, y de correspondientes deberes (sujeciones), por la otra.

La doctrina no es uniforme respecto de la denominación y clasificación de los deberes y facultades de los jueces. Así, por ejemplo, Hugo Alsina [12] refiere a *deberes* y *facultades*; Ugo Rocco [13] distingue entre *derechos, facultades* y *deberes* de los órganos jurisdiccionales; Enrique Ves-

---

resaltar, como lo señala Alcalá Zamora y Castillo, entre el juez espectador y el juez dictador existe una distancia más que suficiente para erigir una figura intermedia del juez *director* del proceso, que es precisamente la que supo crear Klein en Austria y la que de él adoptó Chiovenda para su prédica reformadora en Italia".

[11] Gian Antonio Micheli, *Derecho procesal civil*, E.J.E.A., Bs. As., 1970, t. I, p. 255.

[12] Hugo Alsina, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, Ediar, Bs. As., 1957, t. II, p. 227.

[13] *Tratado de derecho procesal civil*, Depalma, Bs. As., 1970, t. II, p. 153.

covi [14] habla de *deberes, derechos* y *facultades*, señalando, entre estas últimas, facultades *ordenatorias, instructorias* y *disciplinarias*; J. Ramiro Podetti [15] señala que los jueces tienen *derechos* y *deberes*, que son o debieran ser correlativos, en el sentido de que aquéllos tienen como fin el correcto y exacto cumplimiento de los segundos y su omisión o deficiente ejercicio debe ser motivo de la privación parcial o total, temporal o definitiva de aquéllos. Distingue entre deberes *objetivos* (lugar del domicilio, la asistencia al tribunal, el mantenimiento del orden, la recepción de las audiencias, la atención de litigantes y profesionales y demás actos que debe cumplir para la prestación de la jurisdicción a quienes la impetran, desde la firma de decretos y oficios, hasta la redacción y firma de la sentencia; el decoro y dignidad de vida; el no ejercicio de actividades incompatibles con el estado judicial) y deberes *subjetivos* (ciencia y conciencia, sabiduría, título de abogado, antigüedad en el ejercicio de la profesión, imparcialidad, etc.). Los *derechos*, a su vez, pueden ser *personales*, como inherentes a la persona del juez, y *funcionales*, como necesarios al ejercicio de la función de juzgar. Los primeros son garantías que el Estado otorga a sus jueces a fin de que se mantengan en la seguridad y tranquilidad necesarias, que el estudio, el discernimiento de la verdad y la calificación de lo justo y de lo injusto, exigen imperiosamente. Los segundos integran el poder jurisdiccional y comprenden las diversas facultades necesarias para conocer, fallar y hacer cumplir sus resoluciones; Hernando Devis Echandía [16] se refiere a *facultades* o *poderes, deberes* y *obligaciones*, restando importancia a la cuestión terminológica y añadiendo que el

[14] *Derecho procesal civil*, ed. Idea, Montevideo, 1974, p. 189.

[15] *Tratado de la competencia*, Ediar, Bs. As., 1954, p. 189.

[16] *Nociones generales de derecho procesal civil*, Colección Jurídica Aguilar, Madrid, 1966, p. 341.

ejercicio de las facultades y poderes es al mismo tiempo el cumplimiento de un deber para la impulsión, dirección, control y culminación de los procesos; Francesco Carnelutti [17] habla de *potestades, obligaciones* y *derechos subjetivos.* Para el maestro italiano la primordial potestad es aquella que corresponde a la autoridad de la cosa juzgada y a la cual conviene el nombre de *potestad jurisdiccional.* En su exposición sobre el tema, distingue entre potestades *finales* (las que habilitan al juez para resolver la litis) y potestades *instrumentales* (para resolver incidentes), llamándolas potestades *inyuncionales* a las primeras, y *ordenatorias* a las segundas. A su vez, y desde otro punto de vista, distingue entre potestades *vinculadas* y potestades *discrecionales.* En las primeras, el vínculo a la potestad deriva del establecimiento de la hipótesis cuya verificación consiente su ejercicio; tal, típicamente, el establecimiento de una potestad que no pueda ser ejercida sin instancia de parte. En las segundas, la naturaleza discrecional de la potestad se resuelve en la libertad de su ejercicio respecto de reglas legales, pero no de cualquier regla (y, por tanto, sujeta a reglas técnicas y éticas); Giuseppe Chiovenda [18] habla de *deberes* y *poderes* del juez; y también lo hace así Gian Antonio Micheli [19]; Santiago Sentís Melendo [20] sostiene que a las *facultades* que la ley da a los jueces, éstos deben verlas no sólo como *poderes* sino también como *deberes*; Ricardo Reimundín [21] habla de *poderes* y *deberes* del juez; clasifica a los primeros en: 1) poderes de *dirección formal* y *material*

[17] *Instituciones del proceso civil*, E.J.E.A., Bs. As., 1959, t. I, p. 292.

[18] *Instituciones de derecho procesal civil*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, t. III, p. 57.

[19] *Curso de derecho procesal civil*, E.J.E.A., Bs. As., 1970, t. I, p. 251.

[20] *El proceso civil*, Bs. As., 1957, p. 158; *Oralidad e inmediación en el proceso civil*, en *Teoría y práctica*, t. III, p. 49; *Desarrollo del proceso. Deberes del juez y cargas de las partes*, en "Revista de Derecho Procesal", España, 1964, t. IV, p. 26.

[21] *Derecho procesal civil*, Bs. As., 1956, t. I, p. 171.

del proceso (los que se vinculan con la marcha externa, es decir, con la normalidad, economía y celeridad del proceso); 2) los poderes *disciplinarios* y *ordenatorios* (para prevenir, enmendar o sancionar todo acto contrario a la dignidad de la justicia); 3) los poderes de *iniciativa probatoria* (para disponer, en cualquier estado del juicio, las medidas adecuadas para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos); y 4) los poderes de *decisión*; Lino Palacio [22] distingue entre *deber-incompatibilidad* y *deber-prestación*, señalando que no es fácil trazar un nítido deslinde conceptual entre los deberes judiciales y las facultades del mismo carácter, pues algunas de éstas configuran, desde cierto punto de vista, deberes de los jueces. La diferencia entre unos y otras estaría dado por la mayor dosis de autonomía judicial que se halla ínsita en estas últimas; Clemente Díaz [23] dice que generalmente se afirma que los jueces tienen *facultades*, *poderes* y *deberes*, pretendiéndose distinguir entre lo que el juez debe hacer y lo que el juez puede hacer dentro de una concepción privado-civilística del proceso. Sin embargo, agrega, es preferible, sosteniendo que el juez solamente tiene deberes que cumplir, referirse a los *actos debidos* y a los *actos necesarios* del juez; los primeros originan el deber propiamente dicho atinente a la función y de sustrato administrativo-judicial, mientras que los segundos originan poder-deberes del juez, referidos al orden de la actividad que aquél despliega dentro del proceso. Los actos *debidos* son: *a*) el deber de prestar juramento; *b*) el deber de residencia; *c*) el deber de asistir al despacho; *d*) el deber de administrar justicia; *e*) el deber de motivar. Entre los actos *necesarios* se anotan: *f*) el poder-deber de intervenir personalmente en actos y diligencias procesales; *g*) el poder-deber de dirigir

[22] *Derecho procesal civil*, t. II, p. 198.

[23] *Instituciones de derecho procesal*, t. II, vol. A, *Teoría de la jurisdicción*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, p. 209.

el proceso; *h*) el poder-deber de reprimir la inconducta procesal; *i*) el poder-deber de propender a la conciliación y avenimiento de las partes.

Por nuestra parte, nos atenemos a la denominación utilizada por la ley de rito, entendiendo por *deber*, el imperativo jurídico que ordena una conducta positiva o negativa del juez, cuya omisión lo hará pasible de algún tipo de sanción o responsabilidad (administrativa, civil o penal); y por *facultad*, la aptitud, poder o derecho para hacer alguna cosa u obrar en determinado sentido, cuyo ejercicio está encaminado al mejor desempeño de la función.

La diferencia esencial entre *deberes* y *facultades* radica en que en los primeros no hay actividad volitiva del juez, pues imperativamente la ley determina su actuación. En las segundas, en cambio, la ley posibilita la realización de la conducta, pero su efectivo ejercicio depende de la volición del juez, quien, en cada caso, puede optar por hacer o dejar de hacer.

Capítulo II

LOS DEBERES DE LOS JUECES

1. Deberes en general [24].

Los deberes del juez pueden ser *funcionales* o *procesales*, según se relacionen con el ejercicio de la función o con el desenvolvimiento y culminación del proceso.

[24] Los deberes de los jueces, genéricamente considerados, han sido motivo de detallada especificación en los conocidos *Decálogos del juez*, de Constantino Sogga (lo tenemos en publicación sin datos de edición), y de Alberto R. César Leston (este último en "Revista de Estudios Procesales", 2-135). Enrique Díaz de Guijarro (también sin datos de edición) exige del juez que respete al abogado; que sienta la particularidad de cada litigio y desconfíe del precedente; que sea manso y reflexivo; que sea humano; que siga el ritmo de la vida para la adecuada interpretación de la norma; que no busque la popularidad; que preserve, a toda costa, la independencia y la dignidad de la magistratura y que realice la moral y el derecho al hacer justicia. Juan Carlos Mendonça, talentoso procesalista paraguayo y redactor del "Proyecto de código procesal civil" para su país —que desafortunadamente aún no se ha convertido en ley—, le exige al juez, en sus *Mandamientos*, que sea honesto, sabio, paciente, trabajador, imparcial, respetuoso, justo, independiente, que ame el derecho y que defienda la libertad. J. Bernardo Iturraspe inserta sus mandamientos en el conocido soneto *A un juez* ("Revista de Estudios Procesales", 9-153): "Sólo el Señor encima de ti. Nadie después. / Debajo, el Hombre, oveja de tu sumisa grey. / Por eso no eres hombre ni eres Dios, eres juez. / Libre de despotismos, esclavo de la ley. / No has de temer a nadie: tu miedo es la conciencia. / Ni has de querer a nadie: tu amor es la Justicia. / Más valdrá ante tus ojos la Verdad que la Ciencia. / No abrigarás rencores, ni envidia, ni avaricia. / Cuando al hombre condenes, habrás de amar al Hombre. / No cambiará tu juicio ni el temor ni la fuerza. / No buscarás la fama, ni el oro ni el renombre. / Serás bueno y humilde; prudente,

La distinción que hacemos, además de responder a una razón metodológica, está encaminada a poner de relieve que ciertos deberes existen para el juez independientemente de que haya un proceso incoado en su Juzgado [25].

1.1. DEBERES FUNCIONALES.

Como lo expresamos *supra*, los deberes funcionales son los que se relacionan con el ejercicio de la actividad del juez para lograr un adecuado desempeño de ella.

Pueden ser *esenciales* y *legales*, según que la imperatividad devenga inmanentemente de la función jurisdiccional o, al contrario, responda a necesidades contingentes que atiendan a razones derivadas de la política legislativa del Estado, tendientes al logro de una correcta administración de justicia.

1.1.1. DEBERES ESENCIALES.

Obviamente, función jurisdiccional y juez son cosas bien distintas. Sin embargo, nadie duda que llevado a los estrados tribunalicios, en el diario drama humano que se ventila en el proceso, el deslinde conceptual entre jurisdicción y juez pierde su nitidez académica para envolverse en una suerte de nebuloso impresionismo, que no muestra perfiles dibujados, que se percibe con imágenes yuxtapuestas;

---

pero presto. / No habrá potencia humana que tu destino tuerza. / Aunque juez te titules, ¡no lo serás sin esto!". El tema que desarrollamos a continuación, supone al juez en ejercicio de su ministerio. Por ello es que no referimos las condiciones requeridas por la Constitución para acceder a la magistratura, tales como edad, título habilitante, antigüedad en la profesión, etc.

[25] Por vía de hipótesis, supóngase un juez sin procesos, por ejemplo, el designado en tribunal recientemente creado, que aún no ha recibido ningún expediente. Es obvio que no existen para él deberes *procesales* (p. ej.: determinar el trámite a seguir en un caso concreto) y, sin embargo, nadie duda que los deberes *funcionales* (esenciales o necesarios, como la asistencia al despacho) deben ser cumplidos a cabalidad.

tanto así que cuando la injusticia duele, por un mal proceso, se ataca a la judicatura; pero esa afrenta se traduce en un crudo escepticismo hacia la función jurisdiccional del Estado.

En el caso concreto, la jurisdicción —que hemos definido como la facultad que tiene el Estado para *administrar justicia* por medio de los órganos judiciales instituídos a tal efecto—[26] es, a la postre, lo que el juez ("este juez determinado") es o hace en el proceso. En otras palabras, el juez "hace" jurisdicción en la medida en que *administra justicia*, es decir, en tanto y en cuanto da la razón a quien la tiene y ha sabido afirmarla y probarla.

Claro que resulta elemental que el absoluto valor justicia es realizable en forma relativa por los hombres; pero esa relatividad —que deviene inexorable de la propia *humanidad de los jueces*— no debe llegar a un límite tal que desnaturalice la función de administrar justicia: superado ese límite su actividad deja de ser jurisdiccional[27].

En este orden de ideas, los deberes que hemos denominado *esenciales* emanan ontológicamente de la función, pues su ausencia obsta a la jurisdiccionalidad. Sin pretensiones de taxatividad, enumeramos aquí los deberes de independencia, imparcialidad, lealtad, ciencia, diligencia y decoro.

1.1.1.1. INDEPENDENCIA.

a) Cuando todavía resuena —vigente en las modernas constituciones occidentales— el eco de la tesis montesquiana de la división de poderes, parece claro que todas las

[26] Cfr.: Adolfo Alvarado Velloso, *Comentarios al código de procedimientos en lo civil y comercial de Santa Fe*, ed. Centro de Estudios Procesales de Rosario, 1978, t. I, nº 1.1.

[27] Así, una sentencia arbitraria supone que no se ha reunido las condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la jurisdicción (ley 7055 de Santa Fe, art. 1, inc. 3).

buenas intenciones del legislador, toda la ordenación justa del derecho, no serviría de nada a la comunidad jurídica si la seguridad de su realización no apareciera garantizada por tribunales independientes[28], alejados de las incidencias de la política diaria.

En lo internacional, muchas voces se han ocupado del tema. Así, la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra, en sus asambleas, conferencias, coloquios, seminarios y congresos se ha ocupado reiteradamente de los problemas vinculados al Poder Judicial.

En el Congreso de Atenas de 1955, por ejemplo, se afirma que "los jueces han de guiarse por el imperio de la ley, proteger y aplicar este principio, libre de todo temor y parcialidad, y *resistir todo atentado a su independencia judicial* por parte de los gobiernos o los partidos políticos".

El Congreso de Nueva Delhi de 1959, "declara en particular que la independencia del Poder Judicial y del foro es esencial para que prevalezca el imperio de la ley y quede garantizada la administración equitativa de la justicia".

La Conferencia de Lagos, Nigeria, de 1961, reafirma "que es indispensable que en toda sociedad libre regida por el imperio de la ley, *esté garantizada la independencia absoluta del Poder Judicial*", "...el juez debe ejercer sus funciones libre de toda intromisión por parte de los poderes ejecutivo y legislativo".

En el Congreso de Río de Janeiro de 1962 se recomienda que se preste atención a las condiciones reinantes en diversos países "en lo que se refiere a la independencia del Poder Judicial, seguridad en el cargo y libertad frente a la intervención directa o indirecta del Poder Ejecutivo".

En el Coloquio de Ceilán de 1966 se señala con énfasis la importancia de un poder judicial independiente y

[28] Rudolf Stammler, *El juez*, trad. Emilio Camus, Cultural S.A., La Habana, 1941, p. 99.

competente, pues esta independencia (se dirá más tarde en el Congreso de Dakar, 1967) sigue siendo la mejor garantía de legalidad [29].

Aquí, entre nosotros, es interesante advertir que entre los factores que ahora se están señalando como determinantes de la situación por la cual acaba de atravesar el país, se destaca el que "no se haya dado importancia al hecho de no haber contado con un Poder Judicial fuerte, independiente, celoso de sus instituciones y capaz de hacerse respetar" [30].

Naturalmente, no pensamos que la independencia y apoliticidad del Poder Judicial signifiquen una actitud de total asepsia gubernamental, pues ello sería, por decirlo así, un "desgobierno"; y los jueces, como integrantes de un régimen estructurado en un equilibrado trípode de poderes, son (o deben ser) gobierno. En otras palabras, deben actuar como Poder, deben co-gobernar.

Dice Maurice Duverger [31], que "si se llama «poder» a un órgano gubernamental en tanto y en cuanto se encuentra investido de una función determinada, se le da los tres nombres tradicionales de separación de los poderes (o separación absoluta), confusión o concentración de poderes, colaboración de los poderes (o separación flexible). Se observará, sin embargo, que el problema se plantea sobre todo en relación con las funciones legislativa y ejecutiva. La función jurisdiccional tiene un carácter un poco aparte; función de control más bien que política, se sitúa al margen del gobierno propiamente dicho. Sin embargo, de hecho, se encuentra ligada al poder". Recuerda el mismo autor

29 Ver: Artemio Daniel Mereles, *La ética y la magistratura*, Rosario, 1967.

30 Horacio M. Lynch, *La reorganización de la justicia*, "JA", bol. del 1/9/76.

31 *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1968.

que "la división de las funciones entre los gobernantes conduce igualmente a una fuerte limitación en su acción. Históricamente, la teoría de la separación de los poderes fue concebida por Locke y Montesquieu como medio de limitar al gobierno". "El poder frena al poder", escribía Montesquieu.

Por ello resulta significativa la reflexión que J. Bernardo Iturraspe [32] hace refiriéndose a nuestros jueces: "...es evidente que no hemos sabido hacer de ese tercer poder, que es el judicial, un verdadero poder independiente. El Estado moderno es un trípode, con una robusta pata que se llama Poder Ejecutivo, otra mucho más pequeña que se llama Poder Legislativo, y una tercera patita, raquítica y esmirriada, que se llama Poder Judicial".

También Segundo Linares Quintana [33] *señala que "to*davía debe lograrse consolidar en nuestro país la idea elemental de que el Poder Judicial está en pie de igualdad con los poderes Ejecutivo y Legislativo y de que ha sido investido de la trascendente función de ser guardián de la Constitución y su intérprete final y definitivo. No pocas veces en la historia de la Corte Suprema, sus fallos parecieran reflejar una suerte de complejo de debilidad frente a poderes fuertes: Congreso y presidente de la Nación... Esta situación concluirá en forma definitiva cuando se haga carne en todos que la Corte Suprema es tan poder y tan suprema como el Congreso y el presidente de la Nación".

Sobre este mismo aspecto se extiende profusa y brillantemente Horacio Lynch [34]: "es cierto que nominalmente existe un Poder Judicial al que la Constitución coloca en igual jerarquía con los otros dos, y es también cierto que

[32] *Función social de la abogacía*, 2ª ed., Castellví, Santa Fe, 1967, p. 81.

[33] *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Alfa, Bs. As., 1963, t. IX, p. 403.

[34] Ob. cit.

dicho poder está ejercido por ministros de igual rango que los titulares de los otros. Pero esto tiene hoy casi únicamente una expresión teórica y protocolar".

Por nuestra parte, la independencia que aquí postulamos se dirige, por un lado, a que el Poder funcione adecuadamente como control de gobernantes y, por el otro, a que en la augusta misión de administrar justicia, el juez tenga la fuerza moral necesaria para no adular a los poderosos ni inclinarse ante sus pretensiones ni someterse a despotismos ni humillar a los débiles [35].

Claro está que el logro cabal de esta aspiración sólo puede alcanzarse mediante la autonomía del Poder Judicial, referida no sólo al aspecto financiero —cuya importancia es obvia—, sino también a la selección del personal de la justicia en todos sus órdenes y la reglamentación de la carrera judicial en virtud de un sistema que asegure la idoneidad para el cargo.

b) Empero, este aspecto político no basta, pues, como agudamente lo señala Rudolf Stammler [36], lo fundamental es la independencia *interior,* basada en la *libertad espiritual.* El juez sólo debe someterse a su propia *convicción,* debidamente fundamentada. Esa libertad espiritual necesaria para el ejercicio de las funciones del juez se halla amenazada por diversos peligros que nacen, por una parte, de las injerencias externas de la legislación; por otra parte, de ciertos doctrinarios bien intencionados y, finalmente, de la propia tendencia del juez a respaldar sus fallos en la autoridad de otros.

Hay legislaciones vigentes, por ejemplo la santafesina. que garantizan la independencia "jurídica" de los jueces

[35] "If you can talk with crowds and keep your virtue or walk with Kings, nor lose the common touch..." (Rudyard Kipling).

[36] Ob. cit.

en el sentido de que ninguno de ellos se halla obligado a atenerse a los fallos de otro tribunal [37].

1.1.1.2. IMPARCIALIDAD.

La equidistancia del juez respecto de las partes, gráficamente objetivada en el clásico triángulo chiovendano, genera el deber de imparcialidad, como elemento esencial de la jurisdicción.

Ello así, parece fácil entrever que este atributo le es requerido funcionalmente al juez como síntesis omnicomprensiva de todos los demás.

Claro es que imparcialidad (equidistancia, neutralidad) de ninguna manera significa *distancia* (alejamiento de las partes). Al contrario, el contacto con ellas, la vivencia del caso, la asimilación interior de cada drama procesal, es un factor valioso en la conducta del juez, que tiene su correspondencia óntica en el principio de inmediación.

Desde otra perspectiva, la imparcialidad no puede degenerar en neutralidad *axiológica*. Un juez portador de una híbrida escala de valores, de seguro prohijará sentencias injustas cuyo común denominador será su abstinencia ponderativa.

Cabe agregar que si bien el deber de imparcialidad tendrá su última expresión en la sentencia, lo cierto es que para que ésta sea justa, es menester un debido proceso dirigido con prolija actitud imparcial.

[37] No empece esta afirmación lo dispuesto en el art. 375 del Código Procesal Civil de Santa Fe, pues tal caso se refiere a cuestiones de derecho que hayan sido objeto de decisiones contradictorias por distintos tribunales de segunda instancia de la provincia; ellas pueden dar origen a la integración de tribunal plenario, formado por todos los miembros de las salas del mismo fuero de la provincia. La tesis que por tal resolución se acepte, será obligatoria para los tribunales de segunda instancia (o sea, los mismos que dictaron la sentencia) por un lapso de cinco años.

De la combinación de las conductas parciales de los dos contendientes deberá nacer, en el justo medio, la decisión imparcial, como síntesis de esas dos fuerzas equivalentes y opuestas.

El deber de imparcialidad está preservado procesalmente por los institutos recusatorio y excusatorio.

1.1.1.3. LEALTAD.

Todos los códigos procesales civiles argentinos imponen a las partes y sus defensores el deber de lealtad. Del juez no habla la ley. Sin embargo, ello va implícito en la función que desempeña, como con hondo acierto lo señala Piero Calamandrei [38].

Invirtiendo, entonces, los términos legales, resulta que la lealtad que el juez debe a las partes y sus defensores es la fidelidad en el trato con ellos, y abarca varios aspectos:

a) Durante el desarrollo del proceso exige, elementalmente, una escrupulosa discreción en el manejo de la causa: evitar el *strepitus fori* en determinados asuntos, "las intrigas de pasillo, las intromisiones y las recomendaciones" [39].

b) Pero además, consciente el juez de que el litigio es un mal necesario que arrastra peligros, que se sujeta a un plano inseguro de conjeturas y posibilidades y que, en todo caso, irroga gastos, tiempo [40] y esfuerzos, debe siempre intentar una conciliación entre los intereses opuestos.

[38] *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, E.J.E.A., Bs. As., 1969, p. 19.

[39] Calamandrei, ob. cit.

[40] "Hasta en los tiempos de Justiniano, cuando se excogitaban los medios procesales para impedir que los pleitos se convirtieran en *paene immortales* (casi inmortales), se imaginaba el proceso como un organismo viviente que nace, crece y, por último, se extingue por muerte natural al adquirir autoridad de cosa juzgada, de no haber intervenido para su muerte prematura esa especie de infanticidio procesal que es la conciliación, o esa anemia perniciosa que es la perención..." (Calamandrei, ob. cit.).

Cierto es que el deber de conciliación, al menos por ahora, sólo le está impuesto al juez en determinados tipos de procesos [41]; pero, *lege ferenda*, sería óptimo que tal práctica se extendiera a todos los juicios contenciosos. Se evitaría un inútil desgaste jurisdiccional que permitiría, como contrapartida, una concentración de energías para aquellos casos inexorablemente condenados a sentencia judicial. Así lo sostiene Horacio Lynch [42]: "habría que estudiar la forma de evitar muchos pleitos, creando una instancia seria de conciliación organizada y dirigida por los mismos jueces (no personal subalterno), o por jueces distintos con facultades de dictar urgentes medidas cautelares de constatación y de prueba anticipada. Si se organizara bien una instancia seria de conciliación, estimo que un 30/40 % de los juicios, si no más, se evitarían. En un corto plazo, y manteniendo el sistema actual, podrá crearse a título experimental una instancia optativa de conciliación dirigida por jueces con las facultades mencionadas, quienes, inclusive, en caso de fracasar la conciliación, podrían ajustar los términos de la litis y depurar la prueba".

c) Otro aspecto, a veces descuidado por los jueces y que tanto tiene que ver con la lealtad, es la no injerencia judicial en el terreno de la vida "moral" estrictamente concebida. Es conocida la tendencia de algunos buenos jueces de adentrarse en el campo de las intenciones, ideologías y creencias religiosas de las partes, lo cual resulta valioso cuando de ellas pueden extraerse consecuencias jurídicas, pero es claramente disvalioso cuando sirve para prohijar o fomentar preconceptos que ninguna luz arrojarán a la dilucidación del pleito.

[41] Así, por ejemplo, ver art. 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil, en materia de divorcio; art. 573 del Código Procesal Civil de Santa Fe, en procesos que se tramitan por ante jueces de paz legos; algunos regímenes emergenciales anteriores en materia locativa, etc.

[42] *Reorganización de la justicia*, "JA", bol. del 1/9/76.

La máxima "No juzguéis, si no queréis ser juzgados", se refiere a la *vida interior*. Tampoco el juez debe entrar en ese terreno de la vida "moral". No tiene por qué juzgar los pensamientos de nadie mientras no sean más que pensamientos. "La intención sólo interesa *jurídicamente* cuando se traduce en hechos dentro de la convivencia" [43]. De otro modo, no se entendería la norma contenida en el art. 19 de nuestra Carta Magna, que reza: "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden público, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

d) Por último, al momento de sentenciar, la lealtad del juez hacia las partes y sus defensores, consiste en dejar asentados en la resolución los motivos verdaderos que lo han inducido a fallar en ese sentido.

Claro es que una vez que la parte dispositiva ya ha sido meditada (o deliberada en su caso), el juez está naturalmente predispuesto a elegir y poner en evidencia aquellos argumentos que pueden servir para fortalecer su decisión.

Se advierte así una actitud más de defensor que de juez [44]; y si bien ello es comprensible en alguna medida, cuando se trata de defender una tesis en un plano puramente teórico, parece reprochable cuando refiere a la meritación de las constancias de autos. Una buena sentencia debe persuadir a las partes de su justicia intrínseca y, para ello, nada más apropiado que ponderar mesurada y equilibradamente los contrarios argumentos esgrimidos.

[43] Stammler, ob. cit., p. 25, quien agrega: "Un análisis crítico de las manifestaciones teóricas que se contienen en los comentarios legales y en las sentencias judiciales del derecho moderno nos enseña, desgraciadamente, que la ciencia jurídica no ha logrado todavía establecer, con carácter general, una distinción clara entre los conceptos de «moral» como sinónimo de *vida interior*, y lo «jurídico», como sinónimo de *ordenación de la convivencia humana*".

[44] Calamandrei, ob. cit., p. 191.

1.1.1.4. CIENCIA[45].

Dogmáticamente se afirma que el deber de ciencia es el que le impone al juez el conocimiento del derecho. Sin embargo, tan exacta como apresurada afirmación, trae anejos ciertos aspectos nada desdeñables:

a) En primer lugar, el conocimiento del derecho, como todo inescindible, supone una continua labor de investigación que posibilite una adecuada información jurídica para el desempeño de la función.

Por cierto, no hablamos de erudición antológica, sino de elemental infraestructura técnica. En la compleja realidad jurídica actual, donde las leyes se suceden en vertiginoso y ajetreado tropel, es imposible el conocimiento de todo el ordenamiento positivo. Sobre el tema sostiene Iturraspe[46] "que si el abogado quiere conocer cabalmente el derecho debe dedicarse a sus estudios con amor y fe, aunque con el triste convencimiento de que su saber no será duradero. Los conocimientos que adquiera serán sólo provisorios y reemplazados por otros; hasta el último instante deberá iniciar diariamente su esfuerzo, para no terminar jamás. Lo único definitivo que podrá adquirir será el conocimiento de la vida, de donde nace y hacia donde se dirige el derecho".

[45] "Ciencia y conciencia no tienen la misma raíz etimológica, pero se van acercando cada vez más en su significación moderna. Conciencia es una referencia íntima, relacionada con lo externo. Conciencia de clase es sentirse proletario o burgués, pero es también relacionarse con un cardumen de proletarios y burgueses. Es sentirse "yo", pero es también sentirse "en". Ciencia, es una referencia externa. Es el conocimiento de lo que está fuera de nosotros, o de nosotros mismos, considerados como objeto. Es, a la inversa de la conciencia, una exterioridad relacionada con lo íntimo. Es sentirse "en", pero es también sentirse "yo". La ciencia se ha trasformado en conciencia, y ésta, en una ciencia" (Iturraspe, ob. cit.).

[46] Ob. cit.

Por lo demás, la cada vez más avanzada especialización de los tribunales responde a esta ineluctable exigencia técnica. Pero, claro está, aun cuando huelgan importantes razones para tender a los jueces especialistas[47], ellos no deben descuidar la óptica de conjunto; hacerlo, sería incurrir en un peligroso aislamiento gnoseológico en un campo donde no hay compartimientos estancos sino, a lo sumo, parcelas más o menos delimitadas, pero seguramente conectadas entre sí.

b) Desde luego, un ampuloso conocimiento teórico es inocuo si no sirve para concretar en una sentencia justa la justicia prometida por la ley[48].

Es que forzosamente existe un desacuerdo entre la norma y la realidad, un espacio libre en que se mueve la actividad interpretativa del juez[49]; y puede suceder que dada una norma abstracta no resulte sencilla su individuación lógica frente a una específica valoración real.

En tal hipótesis, dentro del marco de posibilidades del texto legal, mediante la estimación jurídica, el juez *hace* derecho. La jurisprudencia tiende, precisamente, a tornar menos dilatada la separación entre la ley y la justicia. En la medida en que ella no se nutra con la habitual pereza intelectual de repetir el precedente sin volver a repensarlo[50], en tanto y en cuanto no sea un estupefaciente del

[47] Así lo sostuvimos en nuestro Anteproyecto de Ley Orgánica para el Poder Judicial de Santa Fe; ver libro I.

[48] "Si la ciencia jurídica no sirviese... para sugerir los métodos para conseguir que el derecho, de abstracto se trasforme en realidad concreta y a distribuír, por decirlo así, el pan de justicia entre los hombres, la ciencia jurídica no serviría para nada... El proceso debe servir para que la sentencia sea justa o, al menos, para conseguir que la sentencia sea menos injusta o que la sentencia injusta sea cada vez más rara" (Eduardo Carlos, *Introducción al estudio del derecho procesal*, ed. E.J.E.A., Bs. As., 1956, p. 36).

[49] Lorenzo Carnelli, *El juez como objeto de derecho*, "LL", 52-1019.

[50] Alberto G. Spota, *El juez y el abogado*, Depalma, Bs. As., 1963, p. 41.

derecho [51], se convierte en la individuación vivificante de la ley.

Es la aplicación, interpretación e integración del derecho, lo que constituye el desiderátum de la función judicial. Sin detenernos en esta compleja cuestión, por exceder ella nuestro marco expositivo, recordemos tan sólo que "toda ley es universal" [52], y allí "es menester la equidad para suplir las deficiencias derivadas de la universalidad de la ley" [53].

Como con singular pureza idiomática lo señala Lorenzo Gardella [54], "el juez de la equidad, es sencillamente el juez-juez. Nada más, ni nada menos".

c) Aun cuando nos halláramos frente a un juez jurista y equitativo, su indigencia sería patente apenas los hechos de la causa se le presentaren con aspectos que sólo un técnico podría develar. Para la correcta apreciación fáctica del caso —presupuesto esencial para el dictado de una sentencia justa— resulta a veces insuficiente el conocimiento jurídico y el sentido común.

Por cierto, cuando Salomón juzgó el caso de las dos pretensas madres que se disputaban un único hijo, no fue menester ninguna pericia hematológica: bastó la sabiduría de aquel juez preclaro. Por cierto, también, cuando Sancho Panza atendió la querella de la campesina que se presentaba como víctima de torpe abuso y que resultó, al cabo, torpe calumniadora, fue suficiente la astucia del inefable gobernador de la Ínsula Barataria, sin dictamen previo de ningún médico forense [55].

[51] Ceferino Merbilháa, *El abogado y el juez*, "Jus", nº 8, p. 285.

[52] Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Madrid, 1970, p. 86.

[53] Lorenzo Gardella, *La equidad en la función judicial*, "Revista de Estudios Procesales", t. 25, p. 26.

[54] Ob. cit.

[55] Alicia García, *Requisitos para la existencia, validez y eficacia probatoria de la prueba pericial*, conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Rosario en agosto de 1976.

Pero, en la compleja realidad del mundo moderno, con tanto rico despliegue de tecnicismos rigurosos, se torna cada vez más ilusoria la suposición de un juez que se baste a sí mismo para calificar el material de conocimiento del proceso; cada vez más urgirá el recurso a los peritos.

No obstante, siempre le quedará al juez la apreciación definitiva de los hechos que bien hará en nutrirla de pericias, si es necesario, pero a las que añadirá, en todo caso, su propia "pericia de la vida y de los hombres".

d) Finalmente, el deber de ciencia como conocimiento del derecho es, además, un imprescindible contacto con la materia viva. Dice Ceferino Merbilháa [56] que "el juicio del juez no debe ser un fruto racional sino sensorial. La injusticia tiene que doler. Precisamente se revela por la irritación que produce. Si el oído ha sido bien cultivado, percibe las desafinaciones de una ley mal aplicada. El razonamiento viene a posteriori, a iluminar y clasificar el fenómeno producido en su conciencia de un modo casi misterioso. Si desandáramos su pensamiento, en el embrión leeríamos: «Yo sé que esto es así, mas aún no sé por qué». Se produce de este modo un movimiento de devanadera. Por el repetido y laborioso trabajo de la memoria y de la razón, el estudiante encauza, orienta y aguza la facultad intuitiva. Luego, desde lo alto de los principios intuídos, desciende en busca de las razones que lo sustenten".

1.1.1.5. DILIGENCIA.

Aquello de que la justicia tardía no es justicia, es de tal evidencia que no necesita demostración. La burocratización de la justicia es la peor burocratización que puede existir en un Estado de derecho "porque la burocracia se

[56] *El abogado y el juez*, ob. cit.

parece a una jalea en que no se puede nadar, ni ahogarse, sino patalear..." [57].

A no dudar, no pocos abogados, en la necesidad de elegir entre calidad y celeridad de resolución, optarían por esta última. Y claro es que tan desafortunada elección se justifica en muchos casos, pues gran parte de la efectividad de la justicia reside en la rapidez. El obtener en corto plazo la restitución de lo debido o el reconocimiento de un derecho, son valores tan importantes como la calidad misma de la resolución [58].

Por lo demás, a nadie se le escapa que la pasividad judicial convierte en desgano la fe del litigante, deteriora el sistema y genera el tan alarmante y extendido escepticismo de las gentes hacia la magistratura [59].

Pero acotamos: la diligencia no sólo es rapidez; también es *imaginación*. Al juez se le exige no sólo una resolución dictada en los plazos legales, sino agudeza e ingenio para despejar las dudas y correr los telones que cuelgan de un expediente.

Este espíritu diligente, así entendido, tiene plena cabida en nuestro sistema predominantemente dispositivo: la ampliación de preguntas en una audiencia, el careo oportuno, las medidas para mejor proveer y hasta un simple traslado, pueden arrojar la luz que faltaba. Todo ello, obviamente, sin caer en la discrecionalidad que supla la inercia de las partes o altere el equitativo control de los interesados o caiga en un "paternalismo judicial" [60], del que desgraciadamente suelen padecer tantos jueces argen-

[57] Mereles, ob. cit., p. 759.

[58] Lynch, ob. cit.

[59] Además de la lectura de *La justicia emplazada a reformarse*, de Arthur T. Vanderbilt (Depalma, Bs. As., 1959), recomendamos la de *La actitud del pueblo hacia la judicatura*, de Alberto M. Justo (Depalma, Bs. Aires, 1949).

[60] CCCR, S. 3ª, 30/6/58, "Jazin, José", "Juris", 13-3.

tinos, como con gran facilidad se puede advertir por la lectura de cualquier colección jurisprudencial.

1.1.1.6. DECORO.

Al menos formalmente, resulta difícil encontrar en algún rincón de nuestros tribunales "la majestad de la justicia" [61]. A esta desjerarquización del oficio han contribuído los factores más diversos, algunos de los cuales son exógenos a la persona del juez (tales como la inadecuada infraestructura ambiental, la carencia de medios elementales, la proletarización de la abogacía, etc.) y, por tanto, no es ésta la oportunidad para hablar de ellos y repartir porcentajes de culpas propias y ajenas o heredadas.

Pero no hay duda de que el *decoro* como "honor, respeto o consideración que recíprocamente se deben el juez y las partes" es un elemento esencial para el desempeño de la función.

Claro está que esta aseveración importa una ponderación determinada de las *formas* en el desenvolvimiento de las conductas humanas que es objeto, naturalmente, de cuestionamiento de diversa índole en cualquier replanteo que se formule de la sociedad actual.

No desconocemos que los hábitos tradicionales pueden ser reprochados de arcaísmo o innecesaria solemnidad. Tampoco nos pasa inadvertido que defender la vigencia de ciertas formas es, en definitiva, una cuestión de épocas, siempre cambiantes y, como tal, sujeta a contingencia y relatividad.

Por ello, al hablar del deber de decoro impuesto al juez, sólo hacemos referencia al respeto que por su circunspección, gravedad, pureza, honestidad, recato, honra

[61] Piénsese, por ejemplo, en las insólitas condiciones en que habitualmente se desarrollan las audiencias...

y estimación, éste debe inspirar a las partes (y a las gentes), necesario para que sus sentencias (su palabra) gocen de la autoridad emanada, no sólo de la ley, sino de la propia persona del juzgador.

Claro que no puede prescribirse, para esto, una técnica perfecta ni precisa. Entendemos pueril la referencia que muchos autores hacen a ciertas conductas sociales, pues aunque el decoro es una manifestación externa, es —más bien— el resultado de un señorío interior que por imposible... no nos aventuramos a definir.

Para concluír, incluímos deliberadamente en este tópico, como deber, la permanente ausencia de causal de inhabilidad judicial[62], pues aunque tal instituto se refiere a situaciones anteriores a la actuación del juez como tal [63], es factible que aparezca con posterioridad a su designación [64].

1.1.2. DEBERES LEGALES.

Como ya lo anticipamos, los deberes *legales* son aquellos cuya imperatividad responde a necesidades contingentes que atienden a razones derivadas de la política legis-

[62] Es inhábil quien no tiene las calidades y condiciones necesarias para hacer una cosa o quien por una tacha o delito no puede obtener un cargo, empleo o dignidad.

[63] Ver Ley Orgánica de los Tribunales de Santa Fe, art. 170: "No podrán actuar en la Administración de Justicia: 1) los encausados, siempre que contra ellos se hubiese dictado prisión preventiva; 2) los que hayan sido condenados dentro o fuera de la provincia, por delito que hubiese dado lugar a la acción pública, por el término de la pena y otro tanto, con exclusión de los de carácter culposo; 3) los fallidos, mientras no hayan sido rehabilitados". Art. 171: "No podrán desempeñar funciones simultáneamente en un tribunal del mismo fuero, dos parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. En caso de parentesco sobreviniente, el que lo causare abandonará el cargo. Esta prohibición comprende a magistrados, funcionarios y empleados".

[64] Caso, por ejemplo, del juez incumplidor de sus obligaciones civiles, que cae en estado de concurso.

lativa del Estado y que se dirigen al logro de una correcta administración de justicia.

En la organización judicial de la mayoría de los ordenamientos vigentes, ellos son: juramento, residencia, asistencia al despacho, suplencia y no incurrir en causal de incompatibilidad.

1.1.2.1. JURAMENTO.

El juramento es un acto verbal, solemne, voluntario, expreso, auténtico, lícito, justo e irrevocable, de naturaleza política, considerado como requisito esencial que debe ser cumplido para condicionar los actos posteriores a un régimen efectivo de validez, que la ley prescribe a fin de añadir o, al menos, reforzar, para mayor garantía del cumplimiento del deber judicial, la sanción religiosa o ética[65].

En la actualidad, el juramento político es consecuente con el deber de fidelidad a la Constitución, o sea, al régimen democrático moderno. "Es simplemente un encadenamiento público, solemne, tomado sobre el honor y la conciencia, en presencia de la sociedad, de cumplir legalmente un mandato que se recibe de esa misma sociedad. La ley, al imponerlo, no invoca creencia determinada; ella apela de una manera general a los móviles más elevados, más íntimos y más profundos de la moralidad reinante. La fidelidad a la Constitución no es otra cosa que una leal obediencia, una aplicación sincera de respetarla y hacerla respetar. Esta leal obediencia no implica en absoluto la creencia en la perfección de la Constitución. No es en absoluto incompatible con el deseo y la esperanza de ver desaparecer los defectos e imperfecciones. Ella excluye solamente los medios violentos" [66].

[65] Juan Antonio Rinessi, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, voz "Juramento".
[66] Rinessi, ob. cit.

Se plantea el problema de si es menester que este tipo de juramento sea religioso o basta el laico. El primero sólo le está impuesto constitucionalmente al presidente y vicepresidente de la República (pero no a los magistrados y otros funcionarios), y ello en razón de la condición de católicos en que es menester se hallen aquéllos.

Lo que caracteriza al juramento laico es el reemplazo de la invocación de Dios por otras cosas dignas. En tal sentido, se asimila a la promesa formal.

El Reglamento de la Justicia Nacional, al establecer la prestación de juramento (art. 16), consagra dos fórmulas (art. 13) que han recibido modificación mediante acordada del 22 de agosto de 1966 (v. *LL*, 123-942).

En el régimen santafesino, reiterando la cláusula constitucional contenida en el art. 87 de la Constitución provincial (similar al art. 98 de la Constitución nacional), el art. 165 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Santa Fe establece que "los magistrados, funcionarios y auxiliares de la Administración de Justicia, al recibirse de sus cargos, prestarán juramento de desempeñar sus funciones fiel y legalmente ante la Corte Suprema de Justicia. Los auxiliares que desempeñen funciones accidentales, prestarán juramento ante el juez o tribunal que los hubiese nombrado".

La normativa legal no consagra fórmulas de juramento. Ello ha provocado, en el devenir de la historia judicial, que algunos gobernantes hayan exigido sin fundamento legal ni constitucional el juramento por Dios. Tan extravagante actitud no se concilia con los requisitos que la Carta Magna prevé para los magistrados ni con la naturaleza de la función [67].

[67] Conocido es el caso de un juez, católico militante, que se negó a jurar por Dios alegando —no sin razón— que la civilidad del cargo le imponía un juramento civil, pero no religioso. Ante tal reticencia, no fue puesto en funciones por el gobernador.

Para evitar tal discrecionalidad, nuestro Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 314, expresamente enumera las tres fórmulas que el magistrado o funcionario utilizarán, optativamente, para los juramentos: "El personal del Poder Judicial no puede asumir sus funciones sin previo juramento de desempeñarlas fiel y legalmente, que se presta en audiencia pública ante la Corte Suprema, utilizándose una de las siguientes fórmulas: "Por Dios, la Patria y los Santos Evangelios", "Por Dios y la Patria", o "Por la Patria".

No se trata de una norma original. Ya la sabiduría de las Leyes de Partidas [68] traía una prolija enumeración de fórmulas según se tratara de católicos seculares, eclesiásticos seculares, religiosos sacerdotes, arzobispos y obispos, caballeros de una orden militar, oficiales del Ejército y Armada, cismáticos o herejes, judíos, moros, idólatras o gentiles y ateístas [69].

En otro orden de cosas, la acordada de la Corte Suprema de Santa Fe del 19/9/62 establece que sus miembros, antes del juramento, deberán formular declaración jurada de no hallarse en situación de incompatibilidad. La misma acordada rige también para nombramiento de jueces de las cámaras de apelación y jueces de primera instancia o de paz letrados cuando la designación fuere por ingreso.

Para finalizar anotamos que la falta de prestación de juramento o la resistencia a prestarlo obstan, según Díaz [70], al desempeño de la función y podría considerarse que en

[68] Leyes 19, 20, 21 y 24, tít. 11, y ley 24, tít. 16, part. 3.

[69] Ver: Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, 1896, p. 1143.

[70] *Instituciones...*, t. II-A, p. 210.

el caso se trataría de un no-juez [71], habida cuenta de lo dispuesto en el art. 98 de la Constitución nacional [72].

1.1.2.2. RESIDENCIA.

Haciendo un estudio comparativo de las distintas leyes procesales que imponen el deber de residencia para los jueces, se advierte que tres son las variantes normativas de tal imperativo:

a) la que impone la necesidad de residir en la misma ciudad asiento del tribunal [73];

b) la que exige la residencia en un radio determinado por la propia ley, por ejemplo, departamento, distrito, etc. Así, el art. 42 de la Constitución de Buenos Aires dice que "todo funcionario y empleado de la Provincia, cuya residencia no esté regida por esta Constitución, deberá tener su domicilio real en el partido donde ejerzan sus funciones", y la ley 4370, de Enjuiciamiento de Magistrados, establece que son acusables ante el Jury de Enjuiciamiento por "no tener domicilio real en el partido en que ejerzan sus funciones" (art. 21). Por su parte, la ley 13.998, art. 10, combina ambos sistemas al establecer que "los jueces residirán en la ciudad en que ejerzan sus funciones o en un radio de hasta 40 kms. de la misma. Para residir a mayor distancia deberán recabar autorización de la Corte Suprema".

[71] Relata Díaz (ob. cit.) que en un caso fallado en 1903 (ver "LL", 130-25) la Corte expresó que "la formalidad del juramento se halla expresamente establecida para todos los funcionarios que crea la Constitución nacional, como un requisito indispensable y previo a la toma de posesión de los cargos respectivos".

[72] Similarmente, ver constituciones de Buenos Aires, art. 169; Catamarca, art. 201; Entre Ríos, art. 158; La Rioja, art. 101; Mendoza, art. 157; Neuquén, art. 155; Salta, art. 154; Santa Fe, art. 87; San Luis, art. 115; Santiago del Estero, art. 117; y Tucumán, art. 121.

[73] CPSFe, 90; Ley Orgánica Tribunales Santa Fe, 182.

c) y, por fin, la que sólo establece el deber de residir dentro de un radio de pronta comunicación que será fijado, en cada caso, por acordada de la Corte Suprema [74].

En la provincia de Santa Fe, el deber de residencia tiene rango constitucional. El art. 90 de la Constitución provincial establece que "los magistrados, funcionarios y empleados de la administración de justicia deben residir en el lugar donde desempeñen sus funciones, excepto los ministros de la Corte Suprema", norma reiterada en el art. 182 de la Ley Orgánica de los Tribunales. De tal modo se consagra la variante más rígida de las leyes mencionadas.

Claro es que la residencia se impone como necesidad inexorable derivada de la urgencia en que la intervención del magistrado puede ser decisiva para la salvación de un derecho o la protección de una persona; por ello huelga mayor comentario acerca de su bondad intrínseca [75].

Empero, creemos que la facilidad de las comunicaciones dentro de un radio reducido, haría viable la posibilidad de un sistema más flexible que en nada deterioraría la eficacia de la función judicial.

1.1.2.3. ASISTENCIA AL DESPACHO.

Tal vez la circunstancia de ser éste el deber judicial menos respetado en la práctica por los magistrados, ha originado una minuciosa reglamentación por parte del legislador y de los organismos de superintendencia, como luego se verá.

Lo que la ley pretende, sin lugar a dudas, es que el buen juez no se contente con tener al día sus sentencias,

[74] Así, el art. 8, inc. *a*, del Reglamento para la Justicia Nacional, y el art. 313 de nuestro Anteproyecto de Ley Orgánica para el Poder Judicial de Santa Fe.

[75] Hugo Alsina, *Tratado*..., t. II, p. 271; Clemente A. Díaz, *Instituciones*..., t. II-A, p. 211.

sino que además, con su presencia en el tribunal, posibilite una rápida audiencia de litigantes y profesionales.

Categóricamente y con la crudeza que caracteriza sus escritos, Clemente Díaz —¡abogado al fin!— sostiene que "se ha hecho costumbre en el ámbito judicial, que el horario del juez no coincida completamente con los horarios de atención al público, aduciéndose como excusa que también se trabaja fuera de hora. Frente a lo categórico de la norma implicada (similar a la vigente en Santa Fe) no caben interpretaciones. El juez debe asistir a su despacho durante las seis horas de atención al público; su asistencia fuera de horario no lo exime del cumplimiento de este deber ni se puede pretender una compensación horaria que la ley no autoriza" [76]. Tan dura admonición tiende a destruír el argumento que tradicionalmente emplea gran número de jueces: como tienen "vendido su tiempo al Estado", desde que están permanentemente a su servicio y muy pocas actividades diferentes de la judicial pueden desempeñar, parece razonable que administren tal tiempo en función de la principal tarea a desarrollar (dictar sentencias). Sin dejar de reconocer la bondad de tal argumento, creemos que Díaz tiene razón al pretender que la persona del juez sea accesible al litigante. Merecen ser leídos todos los argumentos del Tribunal de Enjuiciamiento de jueces nacionales [77], donde se juzgó a un juez que no cumplía con este deber pretextando que trabajaba en su casa.

Para lograr tales anhelos legislativos y mencionándolo a guisa de ejemplo, se reglamenta en Santa Fe la asistencia al despacho con distintas exigencias para las diferentes jerarquías judiciales:

[76] Clemente A. Díaz, *Instituciones...*, t. II-A, p. 212.
[77] Cfr. 8/2/67, "LL", 126-414.

a) Los ministros de la Corte Suprema y los jueces de las cámaras de apelación (salvo los presidentes, como luego se verá), aunque "es prudente que concurran asiduamente al despacho, dando así ejemplo de orden metódico en su labor" [78], están exentos del cumplimiento diario de este deber. El art. 176 de la Ley Orgánica de los Tribunales establece que los integrantes de los respectivos tribunales deben reunirse en audiencia pública por lo menos dos veces por semana, en los días que anualmente designen al efecto, para fallar los juicios sometidos a su conocimiento [79].

La acordada de la Corte Suprema de Santa Fe de fecha 11/12/64, al reafirmar el deber de los magistrados de concurrir diariamente a sus oficinas por lo menos cuatro horas dentro del horario de tribunales, exime a ministros y jueces de cámara que no tengan a su cargo el despacho, lo que avala la afirmación vertida en el anterior párrafo [80].

b) Los presidentes de tribunales colegiados de alzada, que por disposición de la ley (Ley Orgánica de Tribunales de Santa Fe, 17, inc. 10, y 25, incs. 2 y 3) tienen a su cargo el despacho diario, no están exentos de este deber y encuadran, al contrario, en lo dispuesto en la acordada de la Corte Suprema de Justicia de fecha 11/12/64. Deben cumplir, por tanto, una atención diaria al público de por lo menos cuatro horas.

c) Los jueces de primera instancia en lo civil y comercial, en lo penal y en lo laboral, están comprendidos en el mismo e idéntico deber (LOTSF, 166, y ac. CSSF, 11/12/

[78] J. Ramiro Podetti, *Tratado de la competencia*, Ediar, Bs. As., 1954, p. 192.

[79] En el orden nacional encontramos norma similar en decreto-ley 1285/58, art. 11, y en CPCN, art. 152, que extiende el horario de asistencia en caso de audiencia de prueba.

[80] A igual solución se llegó en nuestro Anteproyecto de Ley Orgánica para el Poder Judicial de Santa Fe, art. 364.

64)[81], salvo que por exigencias propias del cargo cumplan diligencias fuera del horario de oficina o fuera de sus despachos durante dicho horario, en la medida en que aquella función lo justifique.

Una buena norma —para el caso de inasistencia del juez— contempla el Anteproyecto de Ley Orgánica para el Poder Judicial de Santa Fe, art. 363: cuando no puede concurrir a su despacho, tiene el deber de comunicar tal circunstancia al reemplazante legal, a fin de poner en funcionamiento el orden de suplencia automática que consagra la ley.

d) Los jueces de paz letrados, departamentales y legos tienen el deber de asistencia diaria a su despacho durante todo el horario de oficina (LOTSF, 166, y ac. CSSF, 11/12/64).

e) Aunque la ley no lo prevea expresamente, los jueces en turno de cualquier jerarquía y fuero deben permanecer en la sede de sus juzgados o en sus domicilios, con obligación de comunicar a la guardia permanente del edificio de Tribunales el sitio donde puedan ser localizados en caso de apartarse de tales lugares. Sólo entendiendo así el deber de asistencia puede ofrecerse una efectiva y eficiente administración de justicia.

1.1.2.4. SUPLENCIA.

Este deber nace de lo dispuesto en las diferentes leyes orgánicas del país, que establecen el orden respectivo para cada una de las jerarquías funcionales de la magistratura.

[81] En el orden nacional, mayor amplitud pone el decreto-ley 1285/58, art. 11, en cuanto establece la asistencia durante *todos* los días hábiles y durante las *horas de funcionamiento del tribunal.*

Como tal orden es *contingente* y, por ende, cambiable en cada ordenamiento argentino, omitiremos su glosa detallada contentándonos con enumerar dicho deber.

Agregaremos, sin embargo, que cuando el subrogante no es un magistrado de la misma jerarquía que el subrogado (caso del funcionario o del conjuez), deben concurrir en él las condiciones establecidas en cada caso por la respectiva sustitución.

1.1.2.5. AUSENCIA DE CAUSAL DE INCOMPATIBILIDAD.

Aunque la inclusión de este tema en el tópico que estamos desarrollando llame la atención del lector, lo consignamos deliberadamente, pues —en esencia— se trata de un deber negativo que comprende todo lo que el juez *no debe hacer* para no lesionar la dignidad del cargo ni su investidura judicial.

Tan importante es este deber frente a elementales razones de política judicial, que en Santa Fe, por ejemplo, tiene raigambre constitucional [82].

La ley, más reglamentarista y, por ende, tachable de inconstitucional en algunos aspectos, como luego se verá, prevé bajo este rubro una serie de incompatibilidades propiamente dichas y de prohibiciones. Si a ello se añaden ciertas incapacidades de derecho que la ley de fondo establece rigurosamente para los magistrados judiciales, podremos estudiar el tema bajo el método ya desarrollado por

[82] CPSF, art. 89: "Los miembros del Poder Judicial no pueden actuar de manera alguna en política. Los magistrados y funcionarios no pueden ejercer profesión o empleo alguno, salvo la docencia en materia jurídica, las comisiones de carácter honorario, técnico y transitorio que les encomienden la Nación, la Provincia o los municipios, y la defensa en juicio de derechos propios, de su cónyuge o de sus hijos menores. La ley determina las incompatibilidades de los empleados".

Díaz [83], a quien seguiremos en esta exposición por considerarlo inmejorable.

1) *Incompatibilidades propiamente dichas.* Se presentan con referencia estricta a la función judicial (por eso se afirma que son *funcionales*) y, dentro de la economía de ciertas legislaciones, impiden que el magistrado continúe en el cargo.

Ellas son:

a) *Incompatibilidad por acumulación de funciones judiciales.* La incompatibilidad es de antigua data: ya aparece en el art. 34 de la Constitución nacional, en cuya normativa se prohíbe a los jueces de las cortes federales desempeñar cargos similares en tribunales ordinarios provinciales.

La ley no hace más referencia —por obvia— a otras actividades judiciales. Empero, la Ley Orgánica de los Tribunales de Santa Fe, art. 169 [84], al legislar incompatibilidades para funcionarios y empleados del Poder Judicial establece que no podrán "actuar como peritos ni (inscribirse) en las listas de nombramientos de oficio". Tal norma resulta aplicable a los magistrados, surgiendo ello de las prohibiciones que luego se detallarán.

b) *Incompatibilidad por parentesco.* Está prevista en el art. 171 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Santa Fe, como causal de inhabilitación, es decir, como antecedente que obsta al nombramiento de un aspirante a la judicatura.

Empero, logrado el acceso a ella, aparece clara la incompatibilidad y se sanciona con la separación del cargo de quien la causa.

[83] *Instituciones...*, t. II-A, p. 199.

[84] Sim., ver Anteproyecto Ley Orgánica Poder Judicial Santa Fe, art. 318.

c) Incompatibilidad por indignidad. Otras causales, también consideradas como inhabilitaciones por la ley, alcanzan a "los encausados, siempre que contra ellos se hubiese dictado prisión preventiva; los que hayan sido condenados dentro o fuera de la provincia, por delito que hubiese dado lugar a la acción pública, por el término de la pena y otro tanto, con exclusión de los de carácter culposo; y los fallidos, mientras no hayan sido rehabilitados".

El tema merece idéntica reflexión a la ya vertida en el párrafo anterior, en donde se trató otra causal de inhabilitación dentro de nuestra economía legal.

d) Incompatibilidades en el régimen de vida. El legislador ha previsto para el juez un régimen de vida correcto e irreprochable. De tal forma, le está vedada a él toda forma de conducta que de una u otra manera afecte la dignidad de su investidura [85] o, eventualmente, pueda comprometer su imparcialidad.

Esta incompatibilidad se halla legislada genéricamente en los ordenamientos del país, y en su normativa —por acción u omisión— deben considerarse comprendidas la asistencia a espectáculos inmorales o a lugares indecorosos; el exceso en las bebidas; el uso de estupefacientes; la compañía de personas públicamente conocidas por sus costumbres licenciosas, desordenadas o de malos antecedentes; la vida privada que en alguna forma viole reglas jurídicas o morales [86]; la infidencia respecto de asuntos vinculados con sus funciones [87]; etc.

También deben encuadrarse en esta incompatibilidad ciertas actividades que no todas las leyes mencionan, pero que no pueden, sin lugar a dudas, presentarse en la vida

[85] Constitución de Catamarca, art. 202; Corrientes, ley 1738, art. 84; Chubut, ley 37, art. 14; Formosa, ley 16, art. 9; Neuquén, ley 17, art. 11; etc.

[86] J. Ramiro Podetti, *Tratado...*, p. 197.

[87] Anteproyecto Ley Orgánica Poder Judicial Santa Fe, art. 319.

del juez. A título de ejemplo, mencionamos su deber de levantar los embargos decretados sobre su remuneración [88], de no practicar deportes en calidad profesional [89], de no aceptar dádivas [90], de no participar en asociaciones profesionales [91], etc.

2) *Incompatibilidades que implican prohibiciones.* Tanto la Constitución como la ley establecen en forma categórica y terminante ciertas prohibiciones en resguardo de la imparcialidad que debe predominar en la función jurisdiccional.

Ellas son:

a) Prohibición de realizar actividad política. Todas las constituciones provinciales o leyes orgánicas del Poder Judicial establecen imperativamente que ningún magistrado puede intervenir en actos de propaganda electoral o política [92].

De tal forma, los jueces no deben realizar propaganda ideológica, ni firmar manifiestos, protestas o programas, ni formar parte de corporación o partido político, ni aceptar designaciones relativas a ellos, etc. Obviamente, queda a salvo su derecho cívico de votar, pues, como dice Podetti [93], *todo* argentino tiene derecho de *pensar* políticamente y de elegir sus autoridades.

[88] Consagrado legislativamente en el Reglamento de Justicia Nacional, art. 8, inc. *h*. En la provincia de Santa Fe se previó en el Anteproyecto Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 318.

[89] Id., Reglamento Justicia Nacional, art. 8.

[90] Id., Reglamento Justicia Nacional, art. 8, inc. *f*. En rigor, el deber es obvio: la falta de cumplimiento por el juez importa delito penado por la ley.

[91] Id., Reglamento Justicia Nacional, art. 8, inc. *m*. No importa quebrantamiento del precepto la afiliación a un colegio profesional —de magistrados— por los fines culturales y trascendentes que presentan en sus estatutos todos los que funcionan en el país.

[92] Ver: Catamarca, art. 142; Córdoba, art. 120; Jujuy, art. 96; Tucumán, art. 109; Entre Ríos, art. 157; La Rioja, art. 122; Mendoza, art. 180; Santiago del Estero, art. 125; San Luis, art. 133; etc.

[93] Ob. cit., 192.

b) Prohibición de realizar actividad profesional abogadil. Todas las legislaciones argentinas prohíben a los magistrados "litigar en cualquier jurisdicción", en tarea propia de la profesión de abogado.

Tal prohibición comprende la tramitación de asuntos judiciales de terceros, la coparticipación en estudios de abogados, procuradores o en escritorios de contadores o rematadores (Ley Orgánica Tribunales de Santa Fe, 169), evacuar consultas[94] o brindar asesoramiento legal[95], recomendar abogados, etc.

Queda a salvo, por excepción, la atención profesional de intereses personales del juez, su cónyuge e hijos (Ley Orgánica Tribunales de Santa Fe, 168)[96], que puede ser cumplida en cualquier jurisdicción, tanto en materia civil como penal, laboral, etc.

c) Prohibición de realizar actividad mercantil o lucrativa. El art. 22 del Código de Comercio (y similarmente, el 20 del Código de Minería) establece que "están prohibidos de ejercer el comercio, por incompatibilidad de estado... los magistrados civiles y jueces en el territorio donde ejercen su autoridad y jurisdicción con título permanente". Se halla excluída de tal prohibición, conforme a lo dispuesto en el art. 23 del Código de Comercio, "la facultad de dar dinero a interés, con tal que (los jueces) no hagan del ejercicio de esa facultad profesión habitual de comercio, ni tampoco la de ser accionistas en cualquier compañía mercantil, desde que no tomen parte en la gerencia administrativa".

El tema ha desatado ardua polémica en la doctrina nacional y una variada gama de opiniones acerca de la

[94] Anteproyecto Ley Orgánica Poder Judicial Santa Fe, 318.

[95] Ídem.

[96] Otras soluciones más justas extienden la excepción a la defensa de intereses de los padres del juez (decreto-ley 1285/58, art. 9) —eventualmente serán propios— y de los hermanos (Constitución de Jujuy, art. 123).

validez de tales actos cuando fueron producidos por el juez [97].

Empero, la ley es suficientemente clara y el intérprete no debe distinguir donde ella no lo hace. De tal forma, parece evidente que un juez puede integrar una sociedad comercial (con mayor razón una de carácter civil) siempre y cuando no la administre personalmente.

d) Prohibición de realizar actividad que lo coloque bajo subordinación. Establece el art. 168 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Santa Fe que "ningún magistrado... puede ejercer empleos públicos o comisión de carácter nacional, provincial o municipal, en virtud de los cuales tenga que estar bajo la dependencia de otro Poder del Estado".

Como se ve, la norma no refiere específicamente a la prohibición de actuar bajo subordinación de persona privada, pero ello resulta obvio, pues con tal dependencia se lesiona gravemente la libertad de pensamiento e interpretación del juez [98].

No encuadra en esta prohibición, por ausencia de subordinación, la tarea cultural que el juez puede desarrollar escribiendo notas, ensayos, libros, etc., y asistiendo a congresos, asambleas o dictando conferencias, etc.

Otra excepción a esta norma prohibitiva la constituye el ejercicio de la docencia universitaria o secundaria, pues la primaria está sujeta a ella (arg. *a contrario* de LOTSF, art. 168).

[97] Que no son nulos lo sostiene Anaya, *Código de Comercio y leyes complementarias, comentado y concordado*, Bs. As., 1965, t. I, p. 396. Que lo son, lo afirma Malagarriga, *Código de Comercio comentado*, Bs. As., 1934, t. I, p. 90, citando a Segovia y Siburu. Díaz, *Instituciones...*, ob. cit., p. 202, ironiza acerca del tema y se inclina por una rotunda negativa respecto de esta actividad.

[98] Con mayor pureza el decreto-ley 1285/58, art. 9, establece claramente esta prohibición.

e) Prohibición de realizar actividades reñidas con la dignidad judicial. El art. 168 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Santa Fe establece categórica prohibición de "practicar *habitualmente* juegos de azar" [99], o concurrir asiduamente [100] a locales dedicados en forma exclusiva a tales juegos.

f) Prohibición de realizar actos jurídicos con relación a ciertos bienes. Díaz designa a esta prohibición como una incapacidad de derecho del juez, que proviene de normas de fondo. Así, en virtud de las disposiciones contenidas en el Código Civil, los jueces no pueden comprar, ni siquiera en remate público, por sí o por interpósita persona (art. 1361), ni permutar (art. 1492), ni ser cesionarios (art. 1441), o locatarios (art. 1513) de los bienes que estuviesen en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen o hubiesen ejercido su ministerio (art. 1361, inc. 6). Tal contratación sería nula, no pudiendo ser deducida por los incursos en la prohibición (art. 1362).

Tampoco pueden ser cesionarios de las acciones judiciales de cualquier naturaleza que fuesen de la competencia del juzgado o tribunal en que sirviesen (art. 1442).

1.2. DEBERES PROCESALES.

Los deberes procesales del juez son los que le impone la ley en relación con la dirección, desenvolvimiento y resolución del proceso y con la ejecución de la pretensión litigiosa.

1.2.1. DE DIRECCIÓN.

Aceptada doctrinalmente la figura del juez director, *intermedia* entre el juez espectador del derecho clásico y

[99] Según Podetti, ob. cit., p. 192, están comprendidos en tal categoría las carreras de cualquier especie, loterías, naipes, taba, etc.

[100] Anteproyecto Ley Orgánica Poder Judicial Santa Fe, art. 318.

el juez dictador, la actividad directriz gana legislativamente el rango de deber en virtud de la normativa vigente en el país.

Sin perjuicio de ello, adelantamos que este deber será considerado en cuanto al *proceso en sí mismo* y en cuanto al *objeto del pleito*; y dentro de este último rubro, con referencia a la *pretensión*, a la *prueba*, y al *derecho que sustenta tal pretensión.*

1.2.1.1. EN CUANTO AL PROCESO EN SÍ MISMO.

1.2.1.1.1. PRESIDIR TODO ACTO EN QUE DEBE INTERVENIR LA AUTORIDAD JUDICIAL.

Se trata de un deber impuesto por virtud de la consagración legislativa (CPCN, 34, inc. 5) del principio de autoridad judicial. Sabido es que el legislador, al proyectar la actividad que le cabrá al juez dentro del proceso, puede optar entre diversas pautas que lo colocan en un papel que va desde el mero espectador hasta el de dictador.

Un punto medio entre ambos extremos lo constituye el rol de director del debate que ante él se desarrolla, pauta que expresamente adopta CPCN, 34, inc. 5, la que otorga al juez la autoridad necesaria para poder efectivizar con eficiencia el rol prevalente que debe desempeñar en el proceso.

Con mayor precisión legislativa, CPCSF, art. 18, establece que "los jueces y presidentes de los tribunales o, en defecto de éstos, el juez que corresponda... presidirán todo acto en que deba intervenir la autoridad judicial". Similarmente, CPCCba, art. 47, que no admite la delegación de tal deber en el actuario u otro funcionario, salvo los casos autorizados por la ley.

1.2.1.1.2. ACTUAR CON SECRETARIO.

Aunque CPCN no exige el cumplimiento de este deber (ver argumento arts. 160, 163 y 164), otros CPC (por ejemplo, Santa Fe, art. 49, y Córdoba, art. 39) establecen que "toda actuación judicial debe ser autorizada por el actuario o por el funcionario a quien corresponda dar fe del acto o certificarlo, bajo pena de nulidad". Congruentes con ellos, las respectivas leyes orgánicas imponen a los secretarios el deber de autorizar toda actuación judicial (LOTSF, 172).

1.2.1.1.3. EFECTUAR EL CONTROL DE LOS TRÁMITES ATINENTES A LA SECRETARÍA.

Aunque las leyes no lo consagran expresamente [101], la existencia de este deber se desprende en modo claro de la economía general de cada código de procedimientos, pues si se le concede al secretario la facultad de proveer los escritos de mero trámite o de firmar solo las providencias simples que dispongan agregar partidas, exhortos, pericias, oficios, inventarios, tasaciones, división o partición de herencia, rendición de cuentas y, en general, documentos y actuaciones similares, etc. (ver CPCN, 38, inc. 1), así como el deber de organizar los expedientes a medida que se vayan formando, de cargar escritos (CPCN, 124, en texto hoy reformado), etc., parece obvio que el juez —director del debate que será resuelto por él— tiene el innegable deber de efectuar el control de lo actuado por su secretario.

[101] Como lo hace, por ejemplo, el Proyecto Clariá Olmedo (1971), art. 32.

1.2.1.1.4. REVOCAR O CORREGIR PROVIDENCIAS SIMPLES DICTADAS POR EL SECRETARIO.

Es una consecuencia inmediata del deber recién e inmediatamente glosado. Se halla establecido en CPCN, 38, inc. 1, último párrafo, donde se autoriza a las partes a solicitar al juez, dentro del plazo de tres días, que deje sin efecto (facultad que implica la corrección) lo dispuesto por el secretario.

1.2.1.1.5. DETERMINAR EL TIPO DE PROCESO A SEGUIR.

La ley no consagra expresamente este deber. Por su parte, la doctrina no acepta su categorización como tal. Al contrario, se inclina a considerar el tópico en estudio como una *facultad judicial* [102].

Nos decidimos a incluírlo en este título porque lo consideramos consecuencia natural del deber de dirección: así como hemos dicho en otra ocasión que el actor debe especificar en su demanda el tipo de proceso a que aspira en función del derecho de opción que la ley le otorga en CPCN, 521 [103], entendemos acá que el juez *debe siempre* especificar el trámite procedimental según el cual ajustará su futura actuación. Consecuencia de ello es que el sentenciante debe proveer en forma expresa la respectiva petición, indicando claramente el trámite

[102] Así, se puede ver en José Osvaldo D'Alessio, *Facultad judicial de determinación del tipo de proceso a seguir*, en "LL", 130-199; similarmente, ver Santiago Carlos Fassi, *Código Procesal Civil y Comercial*, ed. Astrea, Bs. As., 1971, t. I, p. 64, nº 111.

[103] Adolfo Alvarado Velloso y Alfredo Lauría, *Cuestiones de competencia*, colección "Manuales de Actuaciones Judiciales", nº 1, ed. Centro de Estudios Procesales de Rosario, 1974, p. 87, nota 30.

o tipo de juicio que se habrá de seguir, a fin de que el demandado conozca a ciencia cierta y *ab initio* cuáles son los plazos procesales, medios de defensa, etc., que regirán en la especie para el ejercicio de su derecho de contradicción [104].

Obviamente, el punto en cuestión toma mayor importancia cuando un asunto judicial no tiene trámite expreso determinado en la ley. En tal caso (silencio u oscuridad), los jueces deben arbitrar la tramitación que se deba observar (CPCN, 319), conforme al espíritu que inspira el CPC y a los principios que rigen la materia procesal [105].

El Proyecto de Reforma al CPCN de 1979, originado en el Ministerio de Justicia [106], acepta expresamente este deber para cierto tipo de litigios; se puede ver ello en virtud del agregado que se efectúa como segundo párrafo del art. 319: "Cuando la controversia versare sobre derechos que no sean apreciables en dinero, o existan dudas sobre el valor reclamado y no correspondiere juicio sumario o sumarísimo, o un proceso especial, el juez determinará el tipo de proceso aplicable. En estos casos, así como en todos aquellos en que este Código autoriza al juez a fijar la clase de juicio, la resolución será irrecurrible y dentro de los 5 días de notificada por cédula la providencia que lo fije, el actor podrá ajustar la demanda a este tipo de proceso".

104 El incumplimiento de este deber puede acarrear serias complicaciones procesales y, eventualmente, graves perjuicios. Ejemplo de ello se puede ver en la resolución de la CCCR, S. 3ª, 10/12/76. "Arce, Felipe", publicada en "Juris", t. 45, p. 36.

105 El Proyecto Couture establece en su art. 6: "Cuando la ley no señale un procedimiento especial para la realización de un acto, deberán reputarse admitidas todas aquellas formas que tiendan a lograr los fines del mismo".

106 Hoy ley 22.434.

1.2.1.1.6. VIGILAR PARA QUE DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA SE PROCURE LA MAYOR CELERIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL.

En la norma contenida en CPCN, 34, inc. 5, *e*, se consagra legislativamente la vigencia de los conocidos como *principios* procesales de celeridad y economía.

a) En cuanto al primero, bueno es recordar: "Antes del medio día define las causas que peroran las dos partes presentes; después del medio día, adjudica la litis al presente; si ambos están presentes, el ocaso del sol sea el último tiempo". Así ordenaban las XII Tablas [107], quizá por entender una verdad de Perogrullo lo que mucho tiempo después afirmaría Couture: "En el procedimiento, el tiempo es más que oro: es justicia; quien dispone de él tiene en las manos las cartas del triunfo; quien no puede esperar, se sabe dé antemano derrotado; quien especula con el tiempo para preparar su insolvencia, para desalentar a su adversario, para desinteresar a los jueces, gana en ley de fraude lo que no podría ganar en ley de debate, y fuerza es convenir que el procedimiento y sus innumerables vicisitudes, viene sirviendo prolijamente para esta posición"[108].

Entre tan distantes pero idénticos pensamientos, media una serie ininterrumpida de esfuerzos tendientes a lograr mayor celeridad en la tramitación de los procesos [109], lo cual revela que aquí, al menos, no podría esperarse una

[107] Alberto H. Etkin, voz *"Economía procesal"*, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. 9, p. 592.

[108] Eduardo J. Couture, *Proyecto de código de procedimiento civil*, ed. Depalma, Bs. As., 1945, p. 37. Respecto de la morosidad de la justicia, ya se quejaba el marqués de Gerona en su célebre *Instrucción del procedimiento civil con respecto a la real jurisdicción ordinaria*, del 30 de setiembre de 1853.

[109] Ver curiosos antecedentes históricos en *Enciclopedia jurídica Omeba*, ob. y lug. cits.

coincidencia ideológica más constante ni más perseverante. Pero esa tenacidad de siglos ni siquiera recogió el modesto fruto del avance, de la evolución.

Hoy como ayer, al menos en los sistemas latinos, la lentitud de los procesos sigue siendo la mayor desventura de la justicia y la principal causa del descreimiento del pueblo hacia la magistratura [110], porque no obstante ser la crisis de la justicia una consecuencia de la crisis del derecho que integra, a su vez, la crisis de la sociedad en que vivimos, el hombre se ha limitado a reconocer el déficit, sin tomar conciencia plena de solucionarlo, y ha ensayado remedios que son meros paliativos, todos condenados al fracaso, porque nunca se ha encarado a fondo el problema.

Jorge Benchetrit Medina [111], con la agudeza que lo caracteriza, apunta en cuanto a la inconcebible desactualización técnica que sufre la justicia: "nadie aceptaría que un médico, en el ejercicio del arte de curar, utilizara medios y recursos de la medicina medioeval: que realizara sus intervenciones a la luz de un candil, con sanguijuelas, tintura de yodo y un viejo bisturí por todo instrumental. Sin embargo, consideramos natural que los hombres de derecho —jueces y abogados— en el ejercicio del arte de hacer justicia, continúen utilizando la técnica y el proceso de hace siglos; que metidos en el expediente, persigan a la justicia arrastrándose penosamente a través de las fojas y del papel sellado, para lograr, al cabo de un pleito interminable, en un fallo moroso, el reconocimiento formal de

110 Ver, entre otros: Arthur T. Vanderbilt, *La justicia emplazada a reformarse*, ed. Depalma, Bs. As., 1959; Fred Rodell, *¡Ay de vosotros, abogados!*, Depalma, Bs. As., 1966; Couture (ob. cit.) acota sagazmente: "Los comerciantes lo dan todo por perdido cuando la reclamación de un crédito depende de la acción judicial".

111 *Remedios y técnica para corregir la morosidad judicial*, en "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1971-2-177.

lo justo, sin que esta justicia —o remedo de tal— conforme a nadie".

Como ya lo enseñó magistralmente Amílcar Mercader [112], "el proceso necesita un tiempo para desarrollarse. Esa duración limita sus beneficios. Se trata de un juicio apodíctico, porque no habría medio racional de suprimir esa fatalidad que soporta el ordenamiento jurídico. No queda más reacción posible que la de adecuar los recursos técnicos que tiendan a neutralizarla. Es éste el principal aspecto del viejo problema de la eficacia de la justicia que ha hostigado al legislador de todas las épocas. Sin ingratitud y con fundamentos de tipo objetivo, debe reconocerse que las dificultades subsisten y que los resultados continúan siendo escasamente satisfactorios. La sentencia, como acto final del proceso, no puede impartirse antes de que este último haya concluído en su desarrollo. Toda relación litigiosa supone un conflicto cuyo origen está en las pretensiones recíprocamente dirigidas hacia un mismo bien y que, al excluírse, alteran la paz jurídica. El «inter» que promedia entre el momento en que la jurisdicción lo compone a través de la cosa juzgada, equivale a una circunstancia disvaliosa que, sin embargo, no puede ser eliminada en la diaria realidad de los hechos. El deseo de recuperar ese tiempo no podría conducir a la mutilación de las etapas procesales, porque en esa hipótesis tendría que llegarse al desconocimiento de las garantías de la defensa que constituyen el presupuesto existencial del proceso".

Se desprende claramente de lo expuesto que el legislador no puede soslayar el paso del tiempo. Tal tarea resulta imposible. Empero, puede intentar —y esto constituye deber ineludible para con el justiciable y la sociedad toda—

112 *El Proyecto de código procesal civil de Eduardo J. Couture*, en "Revista de Derecho Procesal", ed. Ediar S.A., Bs. As., 1947, año V, 1ª parte, p. 124.

evitar una indebida prolongación temporal. Para ello, en la tarea de buscar soluciones, habrá que tener en cuenta las causas que originan el problema.

Carlos de Miguel y Alonso, catedrático vallisoletano que ha meditado el tema en profundidad [113], establece una división de tales causas, colocando entre las *orgánicas* el escaso número de jueces, la defectuosa demarcación judicial y los escasos medios materiales con que se desenvuelve su actividad [114], y entre las *procesales* el excesivo predominio del principio dispositivo [115], la tramitación larga y complicada del procedimiento [116], el abuso de incidentes y los excesivos recursos.

En un muestreo realizado bajo la supervisión de de Miguel, durante un lapso que abarcó 15 quinquenios, a razón de 5 sentencias por año y en 3 instancias, se ha llegado a la conclusión de que el promedio de duración de un pleito es de ¡5 años y 5 meses! Entre nosotros no hemos llegado a tal cifra, pero no andamos lejos de ella. Si se la compara con el tiempo que normalmente debe insumir un proceso según la norma que lo rige, se advierte la existencia del problema que venimos denunciando. Tomando para ello la duración estricta de un juicio ordinario en dos instancias ordinarias en la provincia de Santa Fe, y en CPCN, por ejemplo, encontraremos:

113 *Consideraciones sobre la lentitud de los procesos civiles y sus posibles soluciones*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1971-I-55.

114 Hemos tenido la suerte de conocer de cerca el funcionamiento de los tribunales españoles, cuya franciscana pobreza señala el autor del trabajo. ¡Cómo cambiaría su opinión respecto de ellos, si él pudiera ver desde adentro un tribunal provincial en nuestro país, donde falta todo y hay nada de nada de nada...!

115 No compartimos en plenitud la crítica, por las razones que ya hemos apuntado en nuestros *Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe*, ed. Centro de Estudios Procesales de Rosario, 1978, nº 37.

116 Entre nosotros habría que agregar el exceso de tipos procedimentales, que pueden perfectamente ser reducidos en modo sensible.

Acto	*Tiempo legal*		*Norma que lo determina*	
	CPCSF	CPCN	CPCSF	CPCN
Emplazamiento	3		72	
Traslado de la demanda		15		338
– proposición de excepciones previas	10		140	
– contestación	3	5	413, *b*	150
– producción de prueba y alegación	10	10	413, *e*	351
– resolución	5	10	105	34,3, *b*
– apelación	5	5	352	246
– expresión de agravios	5	5	378	246
– contestación	5	5	379	246
– resolución	15	15	380/381	34,3, *b*
Contestación de demanda	10	–	399	–
Contestación de reconvención	15	15	400	358
Período ordinario de prueba ..	40	40	402	367
Alegación del actor	15	6	406	482
Alegación del demandado	15	6	406	482
Llamamiento de autos	3	3	407	483 y 239
Sentencia	30	40	407	34,3, *c*
Apelación	5	5	352	244
Expresión de agravios	10	10	364	259
Contestación	10	5	366	261
Período probatorio	20	40	369	262
Alegación del apelante	6	6	372	262
Alegación del apelado	6	6	372	262
Llamamiento de autos	3	3	372	483 y 239
Resolución	45	60	372/373	34,3, *c*
Total	294	315		

En total, para CPCSF, 294 días hábiles, a los cuales hay que agregar 17 días para efectuar materialmente el acto de comunicación respectiva (suponemos ingenuamente que se efectúa en la misma fecha de emitida la correspondiente resolución judicial), 68 días para consentir cada una de las mínimas providencias dictadas, y 17 días de gracia, a razón de uno por cada acto de postulación. De tal manera, un pleito ordinario, sin períodos extraordinarios de prueba, sin ningún incidente, en el cual partes y funcionarios cumplan religiosa y puntualmente toda la actividad que les compete, debe durar legalmente un mínimo de 396 días hábiles, equivalentes a casi dos años computados en días corridos. Y si es habitual duplicar de hecho todos los plazos... ¡cómo no oír quejas de los justiciables!

El total que arroja CPCN es de 315 días hábiles, a los que habrá que agregar los necesarios para cumplir las notificaciones. ¿Y éste es el código que vino a erradicar la morosidad en los litigios, angustiando a jueces y profesionales del foro?

Somos conscientes de la existencia del problema en nuestro país y conocemos, por propia vivencia, la inercia y carencia de imaginación que ha mostrado, con rara constancia, el legislador al respecto.

Por eso consideramos que debe encararse frontalmente tal problema y que para ello se hace necesaria una renovación de la doctrina seria de la ciencia procesal, "porque en ninguna materia jurídica la intervención exclusiva de los prácticos es más peligrosa que en la del ordenamiento del proceso, habituados como están a su *modus operandi*" [117]; se hace necesaria una solución que sea, como lo

[117] De Miguel, ob. y lug. cits. En Santa Fe no se conoce tal admonición. Con rara constancia, el legislador se asesora con quien no ostenta títulos que acreditan solvencia doctrinal.

quiere Santiago Sentís Melendo [118], verdaderamente revolucionaria: "Hace falta un *nuevo proceso.* Las lacras que ofrece la justicia, no la de aquí ni la de allá, sino la de todos los países, no se curan con aspirinas ni con paños calientes. Exigen tratamientos enérgicos que no han de ser espectaculares, sino todo lo contrario: carentes de espectacularidad. Hay que orientarse hacia otros rumbos que los señalados por los códigos vigentes. No es un conjunto de normas detalladas, particularizadas, con indicación de días y horas para determinadas actuaciones, con indicación de los minutos de que podrá disponer un abogado para informar... donde encontraremos la solución al pavoroso problema de la morosidad judicial. El proceso moderno debe estructurarse en sus grandes líneas, en sus principios generales, que han de ser inviolables; pero los procedimientos en sus detalles deben ser encomendados al juez, luego de definir sus relaciones con los abogados, con los litigantes, con todos los demás sujetos del proceso" [119]. Sí, dice Sentís Melendo, "hay que abandonar a favor del empirismo de que nos habla Calamandrei todos los viejos prejuicios que han abrumado a la justicia por espacio de siglos. Es me-

[118] *El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones,* en "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1970-I-53.

[119] Aquí cita a Calamandrei, *Crisis de la justicia,* ed. E.J.E.A., Bs. As., 1961, p. 308: "Cuando en una reciente visita mía a la Universidad de Cambridge, averigüé que en Inglaterra no existen cátedras de Derecho Procesal, y que el curso normal del proceso se halla confiado allí más que a las hermosas construcciones sistemáticas a la costumbre judicial, a la lealtad del contradictorio y a la cordialidad de las relaciones entre los jueces y abogados, me he preguntado si nuestras tan elaboradas construcciones teóricas no son más que un alarde, y me he persuadido cada vez más de que los abogados y jueces ingleses no estarían dispuestos a cambiar en materia de Justicia nuestra ciencia por su empirismo...". Por nuestra parte, estamos convencidos que día a día nos acercamos cada vez más al sistema inglés, así como que ellos se orientan hacia el nuestro. Como demostración de tal aserto, conviene recordar los intentos norteamericanos de codificación y el constante y cada vez mayor auge de las revistas jurisprudenciales y el uso que abogados y jueces hacen de ellas, lo cual, obviamente, nos acerca al sistema del "precedente".

nester liberarse de ellos como de artefactos inútiles, de igual manera que los soldados tuvieron que abandonar por inútiles las viejas armaduras, a fin de luchar con más desenvoltura. Hay que hablar, en los litigios, utilizando un lenguaje inteligible, y no uno para iniciados; y hay que hablar cara a cara, y no de espaldas o entre ausentes" [120].

Para lograr todo ello, a nuestro juicio, no es suficiente consagrar legislativamente la inmediación, la oralidad, la concentración, la insustituibilidad del juez. Es necesario, también, que los jueces *sientan* su función, un cambio en la mentalidad abogadil para alejarse del formalismo y del formulismo, e inmensa dosis de *fe* de jueces, abogados y justiciables en la justicia que todos anhelan.

Porque, parafraseando nuevamente al respetado maestro Sentís [121], llevamos más de dos mil años sin que la justicia llegue a la Justicia. Parece llegado el momento de decir ¡basta! Si no lo decimos los estudiosos del derecho, nos lo dirán los que del derecho no hacen profesión, pero lo viven.

En esta tarea se impone un urgente acatamiento al principio de celeridad que —en esencia— consiste en obtener el mayor rendimiento de actividad procesal y de justicia en el menor tiempo posible [122], y a los otros que resultan ser sus servidores o parientes cercanos (eventualidad, inmediación, concentración, economía, etc.).

120 Cornel Zoltan Mehesz, en *El factor tiempo en el litigio romano*, "LL", 113-951, dice: "En lo que se refiere a la duración de la defensa en los litigios romanos, sabemos que ésta dependía de las circunstancias según que en la oratoria tuviera preponderancia la elocuencia que se proponía conmover o la breve, pero decisiva lógica, que procuraba convencer. Por esta razón diferenciamos entre oradores-abogados y abogados-oradores, que existían simultáneamente y existieron en todas las épocas posteriores al litigio romano".

121 Ob. y lug. cits.

122 Luis Loreto, *El principio de que "las partes están a derecho" en el proceso civil venezolano*, en "Revista de Derecho Procesal", 1949, 1ª parte, p. 59.

b) En cuanto al segundo de los principios enunciados, es difícil determinar doctrinalmente y con precisión el ámbito de la economía procesal. Tal imprecisión deviene de la simple circunstancia de que la "economía" no implica solamente la reducción del costo económico (financiero) del proceso, sino también la solución del antiguo problema de la alongación 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 se pretende satisfacer.

De allí que los autores que modernamente se han referido a este tan prosaico como esencial principio procesal, aborden —en amalgamada coherencia— una polifacética temática que va desde la ociosidad de ciertos actos procesales hasta el estricto problema del costo jurisdiccional.

En rigor, creemos que todo lo que bajo el título *economía procesal* suele desarrollar la mayoría de los juristas, corresponde ser absorbido por el *principio de celeridad.* De allí que sólo trataremos, en este tópico, el aspecto exclusivamente financiero del proceso.

En ese propósito, una comprobación incuestionable inicia este planteo: *todo juicio insume gastos.* La onerosidad de la garantía jurisdiccional no podría orillarse de manera alguna, como no pueden soslayarse los costos de cualquier servicio. Así las cosas, parece claro que el problema no es la onerosidad; la disyuntiva reside en establecer de manera equitativa *quién debe hacerse cargo de tal onerosidad* o, en otros términos, quién debe pagar los gastos del proceso: ¿los litigantes (beneficiarios directos del servicio jurisdiccional) o el conjunto de la comunidad (beneficiarios eventuales)?

La respuesta, con obvias connotaciones socialpolíticas, no resulta sencilla. Adolfo Gelsi Bidart, en magnífico es-

tudio [123], penetra con singular agudeza en las distintas áreas aprehensibles por este tema. Después de detenerse en la tesis del *usuario responsable*, concluye que "reflexionando sobre la significación del proceso jurídico resulta difícil escapar, lógicamente, a la gratuidad de aquél".

Desde luego, deviene casi imposible rebatir tan exacta afirmación: si la Administración de Justicia es un servicio que la comunidad considera esencial, que "integra por antonomasia su bien común" [124], resulta coherente que todos los habitantes se hagan cargo de él, bien sea porque todos son usuarios eventuales o bien porque para la sociedad en su conjunto resulta indispensable asegurar los derechos y garantías individuales. Categóricamente en este sentido se expide también Allorio [125], cuando dice que los gastos de los servicios públicos de muy prevaleciente utilidad colectiva, se deben cubrir con impuestos pagados por la generalidad de los contribuyentes, y no ya con especiales tasas a cargo de quienes obtienen de la prestación del servicio una utilidad, por reflejos contingentes, mayor que la utilidad obtenida por los demás coasociados.

Sin embargo, a poco que se traslade tal solución al contexto institucional argentino, se advertirá que aquí sigue siendo más adecuado el sistema de *tasas* (o sea, la onerosidad a cargo del usuario).

Por cierto, en la defensa de tal tesitura no nos anima la remanida e incomprensible idea de que las barreras económicas disminuyen la litigiosidad [126]. En absoluto. Tal

[123] *La onerosidad en los juicios.* Comunicación presentada al IVº Congreso Mexicano de Derecho Procesal, 1969, publicada en la "Revista Argentina de Derecho Procesal", nº 1, 1969.

[124] Repitiendo las palabras de Gelsi, ob. y lug. cits.

[125] Enrico Allorio, *Problemas de derecho procesal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, ed. E.J.E.A., Bs. As., 1964, t. I, p. 265.

[126] Que la litigiosidad sea un mal que hay que erradicar o, al contrario, un acto de civilidad —legítimo reclamo de justicia— que subroga el acto antisocial de la reacción violenta del ofendido, es una ardua temática que

disminución habrá que lograrla acudiendo a otros remedios, pero nunca apelando a la imposibilidad económica de quien aspira a la protección jurisdiccional.

Lo que sí inclina nuestro pensamiento en el sentido expresado, es la necesidad de que el Poder Judicial cuente con recursos propios, en orden a procurar la autarquía financiera que haga posible su desenvolvimiento como auténtico Poder del Estado. Se dirá que resulta poco serio, o al menos inadecuado, paliar tan antiguo defecto institucional acudiendo a simples técnicas financieras. Pero es que cuando toda la estructura argumental construída alrededor del fortalecimiento del Poder Judicial, parece evaporarse de gobierno en gobierno y de etapa en etapa... sólo queda en las bases, desnuda de todo ornamento, una simple cuestión económica... Y bien, ante tan cruda realidad, las mentes se disciplinan en consecuencia: los hombres de derecho van abandonando paulatinamente sus ineficaces remedios jurídicos, para detenerse con esmerada prolijidad en la problemática financiera, sin dejar de atisbar que conseguida que fuera la autarquía en este aspecto, lo demás llegaría como lógica añadidura...

Claro está que el sistema de la onerosidad a cargo del usuario, deberá encontrar —por razones de justicia— importantes limitaciones para que el costo procesal no constituya, eventualmente, una insalvable barrera para la defensa de los derechos individuales. En orden a ello, será menester:

---

ha sido estudiada con minuciosa prolijidad por Allorio (ob. cit.), con acopio de reveladoras estadísticas del derecho procesal comparado. Sobre el mismo tema dice Piero Calamandrei (*El proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1961, p. 311): "...me ha parecido siempre una ingenuidad de teóricos el pensar que se pueda frenar la litigiosidad elevando el tipo del sello judicial; es bien sabido que el hombre litigioso, con tal de seguir pleitos, está dispuesto a cualquier sacrificio y, por otra parte, ¡no se ha visto nunca que un abogado se resigne a escribir una página de menos con objeto de ahorrar papel sellado!".

1) Establecer amplias exoneraciones: la idea de que tales exoneraciones deban establecerse por ley, obedece simplemente a nuestra peculiar idiosincrasia política, derivada lógicamente de la debilidad del Poder Judicial, pues nada impediría que se concediera al juez —soberano en el ámbito jurisdiccional— la facultad de dispensar discrecionalmente del pago de las tasas. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, en Inglaterra (nada menos...)[127].

a) En razón de las *personas*: a esto tiende lo que Calamandrei[128] llama la "nivelación social" del proceso, para eliminar los peligros derivados de las desigualdades sociales..., para impedir que la igualdad de derecho pueda trasformarse ante los jueces en una desigualdad de hecho, a causa de inferioridad económica. Así, por ejemplo, podrá exonerarse al trabajador en los juicios laborales, a quienes justifican una deficiente situación económica mediante el procedimiento de la declaratoria de pobreza, etc.

No pensamos, en cambio, que el Estado deba ser exonerado, tal como propician algunos autores, pues no hay argumento alguno que así lo aconseje.

b) En razón de la trascendencia social del asunto (v.gr.: las cuestiones penales, sin perjuicio de las reposiciones posteriores a la condena).

c) En razón de la *materia* (v.gr.: alimentos, litis expensas, declaratoria de pobreza —que hacen presumir imposibilidad económica—, sin perjuicio de eventuales reposiciones)[129].

[127] Dispone al respecto el art. 3 de la "Supreme Court Fees Order": Where it appears to the Lord Chancellor that the payment of any fee specified in the First Schedule to this Order Would, owing to the exceptional circumstances of the particular case, involve undue hardship, the Lord Chancellor may, with the concurrence of the Treasury, reduce o remite the fee in the particular case".

[128] *Instituciones de derecho procesal civil*, ed. E.J.E.A., Bs. As., 1962, t. I, p. 418.

[129] *Similarmente con este criterio*, ver Gelsi Bidart, ob. cit.

2) En segundo lugar, los gravámenes fiscales no deben significar un entorpecimiento en el *normal desenvolvimiento del proceso*, lo cual implica que:

a) la autoridad jurisdiccional no puede convertirse en un "recaudador de impuestos"; en efecto: la fiscalización de los tributos no sólo es tarea ajena al tribunal, sino que atenta contra ella al significar un injusto aumento de sus funciones. Dice Calamandrei [130]: "en esta guerrilla de astucias, el proceso civil constituye para la administración financiera un precioso puesto de descubierta". Y agrega: "el proceso civil así, bajo el peso de la vigilancia fiscal, se deforma y, como un organismo vivo, trata de adaptarse al ambiente y de crearse en la práctica nuevos órganos ofensivos y defensivos. El hecho de que el proceso, además de servir a la lucha aparente entre las dos partes, pueda servir de campo a la lucha entre éstas y el fisco, hace que sustancialmente las partes del proceso civil sean tres, dispuestas en triángulo, en lugar de dos como comúnmente se enseña. Si no se tuviese en cuenta a este tercer combatiente que está al acecho en todo proceso y del cual los dos litigantes adivinan la vigilante y peligrosa presencia, no se explicarían ciertas actitudes de las partes, las cuales en muchas controversias parecen seguir, contra su mismo aparente interés, una táctica insensata que hace alargar el juicio y que renuncia a los medios de prueba que a un observador superficial pueden parecer los más expeditos y los más decisivos. Sucede así en el proceso lo que sucede en la verdadera guerra: para conquistar una posición que al descubierto se podría alcanzar en pocos brincos, se prefiere arrastrarse ocultamente (el fisco sería en nuestro caso el frente enemigo) por tortuosas sendas de desfiladeros.

[130] *El proceso civil*, ob. cit., p. 315.

"Se pueden ver así en el proceso, para salir de la metáfora, tres intereses en conflicto: los de las dos partes, que están en oposición entre sí, y el de la administración financiera, que está en oposición con los dos primeros. El juego de estas tres fuerzas en choque, puede llevar naturalmente a las más variadas alianzas: puede ocurrir (y es el caso más frecuente) que las dos partes de la controversia, aun estando entre ellas en conflicto de intereses se alíen para huír del fisco, y al combatirse entre sí no pierdan nunca de vista al enemigo común; pero puede ocurrir también que una de las partes trate de prevalerse en perjuicio de la otra de la amenaza fiscal que pesa sobre ambas, y mire con eso de impedir a la otra valerse de ciertos medios de prueba u oponer ciertas excepciones que podrían llevar a graves consecuencias fiscales. En tal caso, el fisco se convierte sin querer en el aliado de una parte con perjuicio de la otra; y quizá de aquella que no tiene razón en daño de la que la tiene; y viene así a quedar destruída, por la no confesada pero decisiva acción del factor fiscal, la igualdad de las partes que en el proceso debería estar en todo caso y a toda costa garantizada".

b) el incumplimiento fiscal no puede engendrar impedimentos procesales [131]; de esa manera, lo único que se hace es injertar dentro de un litigio ya existente un problema tributario (que pasa, de hecho, a ser un problema proce-

[131] Refiriéndose a los impedimentos fiscales del derecho italiano, dice Calamandrei (ob. y lug. cits.): "la singularidad de esas disposiciones que aparecen fuera del sistema del proceso civil como indisciplinadas *extravagantes*, merecería ser profundizada bajo el aspecto dogmático; pero, antes de hacer cualquier rápida consideración al respecto, no se puede dejar de poner de relieve el grandísimo alcance práctico que las mismas tienen en un gran número de casos, en que se prestan admirablemente a retardar o a cerrar, en forma a veces irremediable, el curso ya tan lento y vacilante del proceso civil, y a favorecer en tal forma (dado que en todo proceso una parte tiene interés en correr y la otra en ir despacio) el juego de ésta en daño de aquélla".

sal)[132], haciendo prevalecer el interés del fisco por sobre el interés de las partes.

Sobre el tema sostiene Calamandrei[133]: "Parece ilógico que el Estado pueda subordinar a un interés puramente pecuniario la satisfacción de sus fines esenciales y supremos. Querer que el proceso sirva a la justicia sólo si al mismo tiempo sirve al fisco, cerrar la puerta de la justicia si el fisco no está satisfecho... desnaturaliza y disminuye la importancia de la función judicial. Es como si en las operaciones quirúrgicas estuviese prohibido a los operadores servirse de instrumentos que no estuvieran previamente sellados por la Hacienda; frente a una prohibición tan absurda, el buen sentido general objetaría que las operaciones quirúrgicas se hacen para salvar al enfermo, no para aumentar los ingresos del erario; pues una objeción semejante se puede, con idéntico fundamento, repetir también para nuestro caso, dado que los institutos judiciales están hechos no para favorecer a la Hacienda en su lucha contra el contribuyente, sino para dar la razón a quien la tiene".

Sentadas estas pautas generales, habrá que analizar cómo se implementan en las distintas soluciones normativas que rigen en los códigos de procedimientos, tarea que excede el cometido propuesto en esta obra.

1.2.1.1.7. CONCENTRAR LAS DILIGENCIAS PROCESALES.

Este deber de dirección en cuanto al proceso en sí mismo, se halla adoptado legislativamente en CPCN, art. 34, inc. 5, *a*. Se establece allí que el juez debe "concentrar, en lo posible, en un mismo acto o audiencia, todas las dili-

[132] Para el eficaz cumplimiento de las tasas, el Estado cuenta con remedios específicos: multas, ejecutabilidad del título, etc.

[133] Ob. y lug. cits., p. 340.

gencias que sea menester realizar". Se instrumenta así, en la norma, el conocido principio procesal de concentración, que tiende, según Alsina, a acelerar el proceso, eliminando trámites que no sean indispensables, con lo cual el juez puede obtener una visión más concreta de la litis [134].

Entendemos que tan lata formulación no se compadece con su esencia, pues en rigor de verdad la concentración se refiere (casi con exclusividad) a la actividad probatoria, tanto en lo que toca a la proposición como a su producción [135].

Para mejor entender el planteo, debe partirse de la idea de "unidad del proceso" [136], que indica la necesidad de su abreviación, circunscribiéndolo al menor número de actos lo más aproximados entre sí en el tiempo, a fin de obtener la identidad física del juez en todo su curso. La cadena procedimental de tales actos debe guardar una estructura lógica que no puede apartarse del tradicional esquema "demanda-contestación-prueba (ofrecimiento-producción-alegatos)-sentencia".

Obviamente, la necesidad de que entre ambos extremos (demanda-sentencia) medie el menor tiempo posible, interesa al reconocimiento del principio de celeridad, del cual viene a ser el que tratamos una consecuencia directa. A nuestro juicio, escapan de éste los mencionados extremos, pues ellos se instrumentan en actos únicos, que no siempre pueden ser cumplidos simultáneamente [137]. No ocurre lo mismo con la actividad probatoria, que debe ser cumplida —como mínimo— en tres etapas diferentes: ofrecimiento, producción y alegación.

134 *Tratado...*, t. I, p. 461.

135 J. Ramiro Podetti, *Concentración en el régimen de la prueba*, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. III, p. 576.

136 Hugo Ferrone, *Il proceso civile moderno*, Ed. Cavotta, 1912, p. 282.

137 Por ejemplo, la presentación conjunta de demanda y contestación.

De tal modo, indica este principio que tales etapas deben hallarse aproximadas entre sí, debiendo, en consecuencia, señalarse audiencia —luego de ofrecida, aceptada y consentida la prueba de que habrá de valerse cada parte— a fin de proceder a su producción y alegación. Tal expresión implica la necesidad de adoptar la oralidad como medio de expresión en el proceso y, obviamente, la plena vigencia del principio de inmediación, pues su total conjunción sostiene la posibilidad de una administración de justicia eficiente, rápida y segura.

Para asegurar tal finalidad, después de ser acogida legislativamente la larga prédica doctrinal que hubo sobre el tema, se inauguró en el país el ofrecimiento conjunto con la demanda y contestación de la prueba instrumental en poder de las partes (ver art. 21, ley 14.237).

Posteriormente, al proyectar Podetti lo que luego fue el CPC de Mendoza, dispone que *toda* la prueba (no sólo la documental) debe ser ofrecida juntamente con los escritos constitutivos del proceso, siguiendo así —por propia confesión del autor— los lineamientos que sobre la materia dieron el Proyecto Chiovenda (arts. 4, inc. 8, 13, 36 y 37) y el actual CPC italiano (arts. 163, inc. 5, 167, 188 y 202).

Esta doctrina ha llegado a nuestro CPCN, donde se adopta un sistema probatorio similar para el trámite del juicio ordinario (arts. 333 y 336), sumario (art. 486, donde se establece la carga de ofrecer *toda* la prueba de que las partes intentan valerse), sumarísimo (art. 498), etc., consagrándose un régimen en el cual, pese a las bondades pregonadas por Podetti [138], encontramos serios defectos que

[138] Dice este autor que con un solo escrito se evitan docenas de ofrecimientos parciales de prueba; se impide la atención simultánea —imposible— de varios litigios; exige mayor labor personal de los jueces y, por ende, se logra mejor justicia; demanda mayor esfuerzo y estudio de los abogados antes de intervenir en el proceso, pero les permite seleccionar y, por tanto, desechar pleitos inútiles.

tornan peligrosa la defensa de los derechos del actor, al resultar fácticamente imposible que pueda prever —por virtud de la limitación de su prueba luego de notificada la demanda, ya que con posterioridad sólo podrá ampliarla respecto de los hechos nuevos invocados por su contraparte (CPCN, 486)— la totalidad de supuestos que puede presentar en el responde su contraparte. En Santa Fe ocurre algo similar en el trámite del juicio oral (CPC, arts. 545 y 549) y jucio sumarísimo (art. 413). De allí que antes de ahora hemos propiciado la adopción legal de un nuevo sistema probatorio, entendiendo que es poco el tiempo que se gana con el ofrecimiento conjunto y que ello en nada empece la vigencia de la concentración, tal como lo hemos señalado antes [139], sosteniendo que el diario tratamiento de expedientes demuestra acabadamente que, bajo la reglamentación vigente, existen ocasiones en las cuales se brinda al demandado malicioso —que desgraciadamente lo hay— la oportunidad de obtener una ventaja decisiva para la suerte del pleito, explotando alguna inadvertencia del actor. Con el sistema que se sugiere, se armoniza el principio de lealtad procesal en cuanto pesa sobre el actor, con la realidad de no tomar ese principio como una ventaja para el demandado desleal. La presunta dilación del trámite que tal sugerencia traería aparejada, quedará compensada con la prevención de negativas procesales maliciosas utilizadas como simples estrategias procesales y de innumerables incidentes sobre articulación de "hechos nuevos".

139 Ver: Julia B. Olivella de Rossi, Adolfo Alvarado Velloso y Jaime Yusem, *El juicio oral en el CPC: modificaciones propiciadas por el Tribunal Colegiado de Juicio Oral Nº 2 de Rosario ante la inminente reforma procesal*, "Juris", 31-269.

1.2.1.1.8. DISPONER TODA DILIGENCIA NECESARIA PARA EVITAR NULIDADES.

Este deber procesal de dirección en cuanto al proceso en sí mismo, es otra natural consecuencia de la adopción del principio de autoridad judicial (CPCN, 34, inc. 5), bajo cuya vigencia resulta obvio que el juez procure obtener pronunciamientos y actos jurídico-procesales válidos, ya que si bien no puede exigírsele al juzgador la emisión de decisiones siempre justas —limitación propia de la indudable falibilidad humana—, sí cabe imponerle el deber de velar por el mantenimiento de la legalidad en el cumplimiento de su actividad.

Para lograr ello, el juez puede disponer, en general, cualquier diligencia que fuere necesaria para evitar la nulidad del procedimiento. Y así, habrá de tener especial cuidado en respetar escrupulosamente los principios que gobiernan el proceso como medio dialéctico de debate, en especial el relativo a la bilateralidad de la audiencia, pues su desconocimiento implica la existencia de un vicio manifiesto (CPCN, 172) que autoriza el pronunciamiento oficioso de la nulidad, sin sustanciación alguna. Sin embargo, establece la norma recién citada que tal actividad puede cumplirse sólo "cuando el vicio no se hallare consentido", y ello porque toda nulidad procesal *es siempre* de carácter relativo (y, por tanto, el acto respectivo es convalidable, necesita pronunciamiento que lo invalide y requiere petición de parte cuando alguna de ellas ha sido notificada de su existencia), de donde surge la posibilidad de ser compurgada (aun las llamadas absolutas o de orden público) por la cosa juzgada.

Surge de lo expuesto que cuando las partes han consentido una actuación (por aplicación del principio de preclusión) o tan sólo han tomado conocimiento de ella

(por haber ingresado el acto dentro de la esfera de disposición de los interesados), aunque pueda ser tachada por su invalidez, el juez carece de potestad para efectivizar el deber que glosamos.

Sin embargo, entendemos que existen supuestos de excepción en casos de total e involuntaria falta de audiencia —flagrante violación del principio constitucional que asegura el otorgamiento de un debido proceso— que ocasionan o generan una cosa juzgada "aparente" que no puede evitar la declaración de nulidad de todo el proceso [140].

1.2.1.1.9. PRONUNCIAR DE OFICIO NULIDADES DE ORDEN PÚBLICO.

Este deber de dirección en cuanto al proceso en sí mismo se halla consagrado legislativamente en CPCN, 172.

Si bien el referido párrafo de tal norma establece que "los jueces podrán declararla de oficio (la nulidad) siempre que el vicio no se hallare consentido", con lo que pareciera que se trata de una facultad que puede o no ejercitar, toda duda se despeja —en cuanto a la verdadera naturaleza del tema que nos ocupa— cuando a renglón seguido la misma norma dispone "lo harán (adviértase el carácter imperativo del verbo empleado, lo que denota su calidad de deber, y no de facultad) cuando aquél (el vicio) fuese manifiesto".

Rige aquí, por tanto, lo que explicamos precedentemente en nº 1.2.1.1.8.

1.2.1.1.10. DECLARAR LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

Este deber procesal de dirección en cuanto al proceso en sí mismo se halla impuesto en la norma contenida en CPCN, 316.

140 Al respecto, resulta provechoso leer los fundamentos dados por la CSJN *in re* "Campbell Davidson c. Prov. de Bs. As.", en fecha 19/2/71 (v. "ED", 36-288), publicado con importante nota de Augusto Mario Morello.

Personalmente, somos contrarios al instituto objeto de este deber, pues con un triple y aparente fundamento político, legal y jurídico, se intenta aniquilar la instancia (entendida como grado de conocimiento funcional) por la inacción de las partes en el proceso durante el tiempo marcado por la ley, en plazos angustiosos para todo litigante (v. CPCN, 310); así concebida, la caducidad se presenta como un modo anormal, bilateral y tácito de extinción del proceso, so pretexto de restablecer el orden jurídico alterado por su existencia, a fin de obtener la pacificación social, de mantener la prescriptibilidad de los derechos (CC, 3987) y de evitar que los procesos se eternicen o que se produzcan indebidas demoras en sus trámites; a esta última finalidad, añade Mortara que cabe presumir un desistimiento del pleito por abandono de la instancia.

Como ya lo hemos señalado, no nos conforman tales argumentos: en primer lugar, porque la caducidad —en los términos de Mortara— implica una renuncia que no puede ser objeto de presunción, y la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva (CC, 874); en segundo término, porque el instituto no es un óbice definitivo de la prescripción liberatoria de la cual hay que reconocer que ostenta, en el fondo, un carácter inmoral; por último, porque si mediante la caducidad se intenta disminuír el índice de litigiosidad ("que no se eternicen los pleitos"), cabe recordar que la ansiada paz social no se logra, por cuanto: *a*) se mantiene latente el conflicto jurídico existente entre las partes; *b*) si bien se finiquita un proceso, como consecuencia de él pueden nacer otros tres: uno idéntico al caduco, otro por cobro de las costas en él devengadas y, finalmente, otro eventual contra el letrado que dejó perimir la causa, por resarcimiento del daño ocasionado a su cliente.

Estas razones nos han llevado antes de ahora a sostener que el instituto —importado a nuestra legislación de otras normativas claramente totalitarias— no se adecua con el carácter predominantemente dispositivo que impera dentro de nuestro proceso civil.

Aclarado lo precedentemente expuesto —elemental deber de honestidad intelectual ante el lector—, cabe recordar ahora que hay varios sistemas para llegar a la caducidad de la instancia: *a*) funciona *ope legis*, sin necesidad de petición de parte ni de declaración judicial; *b*) requiere declaración judicial, previa alegación (exclusiva) de las partes, ya por vía de acción incidental o de excepción; *c*) requiere declaración judicial, que puede provenir de petición de parte o de la actividad oficiosa del juez.

El CPCN implementa este último sistema, pues en tanto el art. 315 autoriza a promoverla al demandado en primera instancia, a la contraparte de quien hubiera incoado un incidente y a la recurrida en toda actividad impugnativa, el art. 316 establece que "la caducidad *será* (adviértase la imperatividad del verbo) declarada de oficio...".

Como a los fines propuestos en esta obra nos interesa sólo este último supuesto, nos parece necesario establecer los requisitos que tornan viable tal declaración:

a) *Existencia de una instancia*: es menester que haya proceso vigente aunque en él no se haya trabado la litis. Aunque fácilmente se advierte que el proceso comienza con la demanda, no ocurre lo mismo en cuanto a la determinación de su momento final: para algunos autores, la instancia termina con el llamamiento de autos [141]; para otros,

141 Manuel Alberto Ponz, *Perención o caducidad de instancia*, en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año II (1960), nº 4, t. II, p. 218.

con el dictado de la sentencia [142]; y, finalmente, para otros más, con su notificación [143].

Nosotros creemos que sólo el referido último supuesto se adecua con la normativa expresa de CPCN, 318: si la caducidad opera en instancias ulteriores y tiene en tal caso el efecto de otorgar fuerza de cosa juzgada a la resolución recurrida, parece razonable concluír que la instancia finaliza con la notificación de la sentencia, y no con su pronunciamiento (mucho menos, con el llamamiento de autos) [144]. Y afirmamos que ésta es la tesis correcta, porque si la institución de la caducidad responde (nos guste o no) a la necesidad de evitar la prolongación indefinida de los pleitos por la inactividad de las partes, creemos sensato que ella corra después de dictada la sentencia —pero antes de su notificación—, ya que todo pronunciamiento no notificado no hace cesar la competencia del juez, dado que él se halla en el deber de retener la causa para entender en eventual pedido de aclaratoria o en la admisibilidad (al menos) de los recursos ordinarios o extraordinarios que deduzcan las partes.

Palacio [145], tomando posición en la cuestión antes reseñada, sostiene —con criterio, compartido, que ya hemos adelantado— que "el pronunciamiento de la sentencia es una manifestación de voluntad del órgano jurisdiccional

[142] Couture, *Fundamentos...*, 3ª ed., Depalma, Bs. As., 1958, ps. 169 y ss. También CPC Chile, art. 153; similarmente, ver JTSF, t. 14, ps. 8 y 125.

[143] Podetti, *Tratado de los actos procesales*, p. 337; Manuel Ibáñez Frocham, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, 2ª ed., p. 108; Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, Bs. As., 1965, t. 2, p. 283, y *La caducidad de la instancia en el supuesto de sentencia pendiente de notificación*, en "JA", 1956-3-255; Alsina, *Tratado...*, t. 2, p. 571; CNPaz en pleno, 9/6/55, "LL", 79-51; CNAp., disidencia del Dr. Gabrielli, 23/3/56, "JA", 1956-3-556; CNPaz, S. 2ª, 2/6/67, "ED", 19-613, nº 87; I. Oscar Rillo Canale, *Interrupción, suspensión y purga de la caducidad de la instancia*, ps. 15 y 85; etc.

[144] Adolfo Alvarado Velloso, *Los efectos de la caducidad en segunda instancia*, "Juris", t. 35, p. 179, en comentario a fallo.

[145] Ob. y lug. cits.

que, para producir la plenitud de sus efectos normales, precisa integrarse con la formalidad extrínseca de la notificación a las partes intervinientes en el proceso". Es recién a partir del cumplimiento de ese requisito que la sentencia adviene como acto jurídico completo que —hasta esa oportunidad y como con acierto lo señala Alsina— "sólo constituye una expresión del pensamiento del juez, sobre el cual todavía las partes no han adquirido ningún derecho de contralor". El efecto de la notificación es, pues, doble: *cierra la instancia* e integra, como elemento formal, la sentencia definitiva.

Claro está que con esta tesis el art. 318, CPCN, peca por defecto, pues no regula los efectos de la caducidad producida en segunda instancia después que la sentencia pronunciada en ella ha anulado o ha modificado los efectos del fallo inferior recurrido. Entendemos que en tales supuestos la sentencia impugnada no puede alcanzar los efectos de la cosa juzgada [146], conforme a las enseñanzas de Chiovenda [147], plasmadas en los arts. 341, CPC Italia, y 1320, CPC Uruguay: "la perención en segunda o tercera instancia, da fuerza de cosa juzgada a la sentencia impugnada, cuando no se han modificado sus efectos por otra sentencia pronunciada en la misma instancia".

b) *Inactividad voluntaria de las partes*: decimos que debe ser *voluntaria*, pues la inactividad puede ser el resultado de causas de suspensión motivadas por circunstancias de hecho o de derecho como las que contempla el art. 3980 del Código Civil y que conducen, claramente interpretadas, a la imposibilidad de declarar la caducidad. Y referi-

[146] Tal como lo sostuvimos votando como integrantes de la Cámara de Paz Letrada de Rosario, S. 2ª, *in re* "Sánchez de Mateos, Nélida, c. Ramírez, Jorge".

[147] *Principios de derecho procesal civil*, trad. Casáis y Santaló, ed. Reus, Madrid, 1925, t. II, p. 387.

mos tal actividad sólo a las partes, por cuanto ella no puede producirse cuando los procesos están pendientes de resolución y la demora en dictarla es imputable al tribunal (CPCN, 313, inc. 3).

c) *El proceso de que se trata debe ser susceptible de caer por perención*: dispone CPCN, 313, que la caducidad no se produce en los procedimientos de ejecución de sentencia, en los procesos sucesorios, de concurso y, en general, en los voluntarios, salvo que en ellos se suscite controversia (en cuyo caso entran dentro de la regla general de CPCN, 310).

d) *Transcurso del plazo previsto en la ley*: conforme a lo dispuesto en CPCN, 310, la caducidad se opera cuando no se insta el curso de un proceso dentro del plazo de seis meses en primera o única instancia, de tres meses en segunda o tercera instancia y en cualesquiera de las instancias de los juicios sumarios y sumarísimos; y en el que se opere la prescripción de la acción, si fuere menor (el plazo respectivo) a los indicados precedentemente.

e) *Ausencia de consentimiento de la actividad cumplida vencido el plazo de caducidad*: establece CPCN, 315, que la petición debe ser formulada antes de consentir el solicitante cualquier actuación del tribunal posterior al vencimiento del plazo legal.

f) *En caso de existir relación litisconsorcial, que no haya impulso tempestivo por parte de uno de los litisconsortes*, pues de haberlo se benefician los restantes (CPCN, 312).

Para terminar: ya hemos indicado que no compartimos la adopción legal de este instituto; pero entendemos que en tanto se halle legislado como deber en la normativa vigente, habrá de ser cumplido por los jueces, quienes sólo podrán paliar sus desastrosos efectos por medio de una interpretación amplia en cuanto a la naturaleza impulsora

de ciertos actos de procedimiento que pueden suspender, interrumpir o purgar el curso de la caducidad.

1.2.1.1.11. FIJAR PLAZOS PROCESALES.

Este deber procesal de dirección en cuanto al proceso en sí mismo, se presenta en todos los códigos procesales cuando no se legisla específicamente determinado plazo para cumplir la concreta actividad requerida.

Por supuesto, y aunque existan leyes que lo cataloguen equivocadamente, no se trata de una facultad, pues si bien parece cierto que la extensión del plazo entra dentro de la esfera volitiva del juez, no ocurre lo mismo con la fijación del plazo en sí mismo, que constituye un claro deber de dirección.

Dentro de la economía general de CPCN, está expresamente previsto en los arts. 53, inc. 2 (caso de renuncia del apoderado judicial: el juez debe fijar plazo al poderdante para reemplazarlo o comparecer por sí); 53, inc. 5 (caso de muerte o incapacidad del poderdante; el juez señala plazo para que los interesados concurran a estar a derecho); 53, inc. 6 (caso de muerte o inhabilidad del apoderado: el juez fija al mandante un plazo para que comparezca por sí o por nuevo apoderado); 342 (caso de demandado que reside fuera de la República: el juez fija el plazo para que comparezca, atendiendo a las distancias y a la mayor o menor facilidad de las comunicaciones); 367 (fijación del plazo ordinario de prueba, que no puede exceder de cuarenta días); 369 (fijación del plazo extraordinario de prueba, que no puede exceder de 90 y 180 días, según se trate o no, respectivamente, de un país limítrofe); etc.

La actividad judicial, en todos los supuestos enunciados, se rige conforme a lo dispuesto en CPCN, 155: cuando el Código no fija expresamente el plazo que corresponde para la realización de un acto, lo señalará el juez *de con-*

formidad con la naturaleza del proceso y la importancia de la diligencia.

1.2.1.1.12. CONTROLAR EL PAGO DE COSTAS Y GASTOS.

Este deber procesal de dirección en cuanto al proceso en sí mismo —último de los que integran el título aquí glosado— se halla consagrado legislativamente en CPCSF, en sus arts. 33, 34, 104 y 231.

Del juego armónico de las normas contenidas en el artículo citado se infiere que el juez: *a*) no puede admitir escrito alguno ni practicar diligencias a pedido de parte si no se obló el correspondiente sellado; sin embargo, se puede prescindir de este requisito, con cargo de inmediata reposición, en todo caso de urgencia y cuando por razones de horario u otra causa, no funcionen las oficinas expendedoras de valores fiscales; y debe obviárselo siempre que litigue un establecimiento público de beneficencia, personas jurídicas que se dedican a obras de caridad y quienes hayan obtenido carta de pobreza, pues están exentos del pago de gastos judiciales; *b*) no puede devolver ningún exhorto diligenciado hasta tanto se hayan satisfecho todas las costas y gastos que se hubieran originado, salvo conformidad del interesado o interesados; *c*) no puede dar curso a una transacción sin la justificación del pago de las costas o el afianzamiento de ellas.

Pues bien: ya hemos expresado nuestra opinión en cuanto a lo que consideramos indebida y excesiva vigilancia fiscal dentro de los ámbitos del proceso, por cuya razón nos remitimos a los argumentos vertidos en nº 1.2.1.1.6.

En cuanto al control judicial del cobro de las costas por parte de los abogados intervinientes en un pleito, la norma encuentra sustento en regímenes que establecen aranceles mínimos (en defensa de los intereses generales

de la clase abogadil) irrenunciables [148] y que imponen, alternativa o paralelamente, la obligatoria afiliación a organismos previsionales forenses, cuyo patrimonio se forma con aportes que cada profesional efectúa en proporción a los honorarios regulados judicialmente [149].

1.2.1.2. EN CUANTO A LOS SUJETOS INTERVINIENTES.

1.2.1.2.1. MANTENER LA IGUALDAD DE LAS PARTES.

Tal como concebimos la función jurisdiccional —actividad sustitutiva a nivel intelectivo y volitivo por un tercero frente a dos partes en pie de igualdad (de donde extraemos que para que haya debido proceso es menester sustentarlo en dos pilares básicos y de ineludible cumplimiento: imparcialidad del juzgador e igualdad de los parciales), se presenta éste como uno de los más —sino el más— importantes deberes procesales en cuanto a los sujetos intervinientes.

En tanto la idea de igualdad se presenta como un concepto jurídico abstracto, creemos necesario establecer los alcances procesales del vocablo.

[148] El art. 34 de la ley 6767 de Santa Fe, reguladora de toda la materia arancelaria, dispone que "los jueces no podrán dar por terminado ningún expediente, disponer su archivo, aprobar transacciones, admitir desistimientos o cesiones, dar por cumplida la sentencia, ordenar levantamiento de embargos, inhibiciones u otras medidas de seguridad, inscripción de dominio o acto alguno de disposición, hacer entrega de fondos, valores o cualquier otro documento, *mientras no conste el pago o depósito de los honorarios...*".

[149] El art. 4 de la ley 4949 de Santa Fe, creadora de la Caja Forense (entidad que tiene como propósitos esenciales extender a los abogados y procuradores los beneficios de la seguridad social y cooperación mutual, en función de auxiliares de la justicia, y cuya ley reguladora fue declarada de orden público), establece: "El capital de la Caja se formará: 1) con el aporte obligatorio que sus afiliados —beneficiarios o no— deberán hacer de una parte de los honorarios devengados en las causas, juicios o gestiones que tramiten en cualquier fuero y en la siguiente proporción..".

Dice R. H. Hawney [150] que la igualdad puede implicar la formulación de un hecho o importar la expresión de un juicio ético. En el primer caso, se puede afirmar que los hombres son, en conjunto, muy parecidos en sus dotes naturales de carácter e inteligencia. En el otro, se puede aseverar que aunque los individuos difieran profundamente en capacidad y carácter, en cuanto seres humanos tienen los mismos títulos para la consideración y el respeto, y que es probable que aumente el bienestar de una sociedad si ésta planea su organización de tal manera que todos sus miembros, lo mismo si son grandes o pequeñas sus pretensiones, puedan estar igualmente capacitados para sacar el mejor provecho de los que aquélla posea [151].

Es indudable que a esta altura del avance sociológico, sería torpe o ingenuo sostener el primer enunciado; pero, en cambio, un análisis de las condiciones jurídicas y social-económicas de los pueblos hace que se consolide más el segundo. Y esto, que puede aparecer como curiosa paradoja, encierra en sí mismo una lógica rigurosa. Precisamente, cuanto más se advierten las profundas diferencias que existen entre los hombres, más necesario resulta arbitrar los medios que posibiliten una razonable convivencia fundada en la solidaridad.

Y los medios son varios. Van desde los planos económicos a los culturales, basados, a su vez, en la igualdad política. Pero, adviértase que independientemente de esta evolución, el derecho en sí mismo aparece como un instrumento destinado a producir una limitación de los derechos individuales, de modo de asegurar así el ejercicio igualitario de los de todos.

[150] *La igualdad*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1945, p. 44.

[151] Antonio Castagno, voz "Igualdad", en *Enciclopedia jurídica Omeba.*

Así las cosas, nadie duda que la "igualdad humana", acogida en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, no fue más que una ficción: la hipótesis de la cual se partía para paliar la injusticia derivada de las abismales diferencias que separan a los hombres.

Dice León Duguit [152] que "la igualdad absoluta de todos los hombres, corolario lógico del principio individualista, es contraria a los hechos y tal doctrina conduce, además, a la noción de un derecho ideal, absoluto, que tendría que ser el mismo en todo tiempo y lugar".

Como consecuencia inevitable de estos esfuerzos, lo cierto es que se prohijó el sistema político de la democracia y se desarrolló hasta la plenitud la idea de la igualdad ante la ley, la cual, plasmada en las constituciones modernas, aparece como la piedra angular de todo el sistema jurídico derivado de ellas.

Entroncando en esta tendencia, la pirámide normativa argentina consagra la igualdad en sus distintos niveles:

a) En un primer peldaño, la Constitución no solamente establece el principio de igualdad ante la ley, sino que en forma expresa prohíbe algunas situaciones que implican desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, título de nobleza, etc. [153], cuyos alcances se ha encarga-

[152] *Manual de derecho constitucional*, trad. de José Acuña, Madrid, 1926, p. 4.

[153] La Constitución argentina consagra en su art. 16 la igualdad ante la ley. Dice Bidart Campos (*Manual de derecho constitucional*, 2ª ed. actualizada, ed. Ediar, 1974, p. 208), que el primer aspecto de la igualdad queda satisfecho con el reconocimiento implícito de la libertad jurídica de todos los hombres, y con la abolición expresa de la esclavitud. Pero, además, la igualdad civil se traduce en el reconocimiento uniforme de los derechos civiles a todos los habitantes (art. 14), incluyendo también a los extranjeros (art. 20); en la supresión de las prerrogativas de sangre y de nacimiento, los títulos de nobleza y los fueros personales (art. 16); en la admisibilidad en los empleos sin otra condición que la idoneidad y en la igualdad como base del impuesto y de las cargas públicas.

do de pormenorizar prolijamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación.

A título de ejemplo, trascribimos la enunciación que formula Bidart Campos [154]: *a*) la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes están en iguales situaciones; *b*) por eso, implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias; *c*) la regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración; lo que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias y hostiles; *d*) la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable; *e*) las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias han de ser estimadas las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etc.

b) Pero, claro está, la formulación abstracta de la "igualdad ante la ley" solamente funciona como prohibición para el legislador: la de tratar a los hombres de modo desigual. Por ello, Bidart Campos [155] formula una concepción más integral: la *igualdad ante el Estado* (que comprende, a su vez, la *igualdad ante la ley*, ante la *administración* y ante la *jurisdicción*) y la *igualdad ante y entre los particulares.*

[154] Ob. cit.
[155] Ob. cit.

c) Centrando el desarrollo del tema exclusivamente en *la igualdad ante la jurisdicción,* ésta abarca un variado espectro de situaciones; la necesidad de los "jueces naturales", y la consecuente abolición de los "fueros personales"; la jurisprudencia contradictoria frente al principio de igualdad [156]; la igualdad económica de las partes en el proceso y el correlativo instituto del "beneficio de pobreza" [157]. Sin embargo, por ahora —en atención al comentario que este tema merece— obviaremos todos estos aspectos secundarios o consecuenciales, para referirnos con exclusividad a "la igualdad en el proceso", en sentido estricto.

d) En líneas generales, se puede afirmar que las partes, al ejercer el derecho de acción y el correlativo de contradicción, tienen que hallarse en una condición de perfecta paridad, de modo que las normas que regulan su actividad no puedan constituír, respecto de una de ellas, en perjuicio de otra, una situación de ventaja o privilegio [158]. Pero además es menester que el juez, frente a la lucha que viene a desplegarse a la sede jurisdiccional, dispense un trato absolutamente igualitario a ambos contendientes.

De ello se infiere que el postulado en cuestión requiere la existencia de dos pilares elementales: la ley, por un lado; el juez, por el otro. En efecto, básicamente será menester que las normas se enderecen a ambos contendientes, gravándolos paritariamente con cargas, deberes y obligaciones. Obviamente, el principio de igualdad no sufre deterioro alguno cuando la ley distingue frente a ciertas situaciones fundadas en la distinta condición de las personas: v.gr.: la manera de diligenciar una testimonial (por medio

156 Ver: Adolfo Gelsi Bidart, *Diversidad en la jurisprudencia y principio de igualdad,* en "Revista de Estudios Procesales", nº 15, p. 33.

157 Ver: Francisco Mancuso, *El beneficio de litigar sin gastos y la defensa gratuita,* en "Revista de Estudios Procesales", nº 16, p. 65.

158 Ugo Rocco, *Tratado de derecho procesal civil,* ed. Depalma, Bs. As., 1970, t. II, Parte general, p. 170.

de informes) en caso de que el testigo sea el presidente de la Nación, gobernadores de provincia, etc., pues ello lo es en razón de la jerarquía que ostentan. Idéntica situación respecto de los testigos, a quienes se exime del deber de comparecer cuando merezcan esta consideración por su edad o sexo.

En cambio, atención especial merecen algunas situaciones específicas de los procesos de ejecución: v.gr.: la imposibilidad recursiva del ejecutado en el apremio.

Pero además será el juez quien, en la concreción práctica de tal sistema, deberá dirigir el debate otorgándoles idénticas oportunidades defensivas[159]. Así concebido este fundamental deber procesal de dirección en cuanto a los sujetos intervinientes, cabe concluír que la consecuencia inexorable de la igualdad en el proceso es la contradicción o bilateralidad. Admitimos que resulta difícil trazar una nítida línea divisoria entre ambos principios. Además, hay coincidencia doctrinal en equipararlos. No obstante, creemos que la diferencia existe. La igualdad apunta a colocar en idéntica situación a los contendientes. La bilateralidad o contradicción, en cambio, refiere a la posibilidad que tienen éstos de ser escuchados antes de resolver sobre sus pretensiones.

Para clarificar la diferencia apuntada, piénsese en el siguiente ejemplo propio de Santa Fe: en los procesos donde la Provincia es parte, ésta goza del beneficio de la "duplicidad de plazos". Sin abrir juicio en este momento sobre la justificación o no de tal normativa, lo cierto es que la situación de "desigualdad" existe. Pero a nadie se le ocurriría dudar que en el pleito de referencia, obviamente se respeta —y en plenitud— el principio de contradicción.

Este deber se halla consagrado en CPCN, 34, inc. 5, *c*.

[159] Lo cual se patentiza, especialmente, en la dirección de las audiencias.

1.2.1.2.2. EXCUSARSE MEDIANDO CAUSAL.

Ya hemos afirmado, en el acápite anterior, que resulta menester, para que exista el debido proceso que garantiza la Constitución nacional a todos los habitantes del país, que el juez (o el árbitro, en su caso) sea un real tercero (no parte y, por ende, imparcial) en la relación litigiosa.

Cuando el juzgador no está en tal condición tiene el obvio deber legal de hacerlo saber a las partes mediante la excusación, medio que la ley le proporciona para afirmar la ausencia de su competencia subjetiva [160] y que se conoce como el deber procesal de dirección en virtud del cual el juez tiene que apartarse del conocimiento de todo pleito respecto de cuyo objeto, o de sus partes, no puede actuar con plena garantía de la imparcialidad e independencia que requiere la actividad jurisdiccional.

Sabido es que el instituto se presenta como la contrapartida de la recusación. Al respecto, dice Guasp [161] que la ley puede lograr el remedio de dos maneras: imponiendo al órgano jurisdiccional la obligación (léase deber) de separarse (abstención) o concediendo a las partes el derecho a pedir tal separación (recusación).

No creemos que tenga razón Díaz [162] al sostener —siguiendo a Carnelutti— la distinta naturaleza jurídica de una y otra figura, fundándose en que "la causa de *excusación*, en tanto el juez siente afectada su imparcialidad, se trasforma desde ese momento en una *condición impeditiva del poder jurisdiccional*, mientras que la recusación se tras-

160 Legislan este deber: Buenos Aires, art. 30; Catamarca, art. 30; Córdoba, art. 1102; Corrientes, art. 323; Chaco, art. 30; Chubut, art. 30; Entre Ríos, art. 27; Formosa, art. 30; Jujuy, art. 33; La Pampa, art. 30; La Rioja, art. 28; Misiones, art. 30; Río Negro, art. 30; Santa Fe, art. 11; San Luis, art. 30; Santiago del Estero, art. 30; Tucumán, art. 18.

161 *Comentarios...*, t. I, p. 568.

162 *Instituciones...*, t. II, vol. A, p. 345.

forma en un *hecho constitutivo del deber del juez de no ejercitar el poder jurisdiccional*", concluyendo que es distinta la consecuencia legal inmediata: el juez que no se excusa conociendo la existencia de un impedimento incurre en "mal desempeño" de la función, mientras que aquel a quien se recusa, simplemente es separado del conocimiento del asunto.

Entendemos, al contrario, que se trata de un mismo resorte legal para preservar la competencia subjetiva, que la ley coloca indistintamente en manos de las partes o del juez. Sólo de la circunstancia de quién mueva el resorte, dependerá que estemos en presencia de la recusación o de la excusación.

Adviértase que incurre en mal desempeño tanto el juez que no se excusa mediando razón para ello, como aquel que niega una causal de recusación correctamente invocada, pues en ambos casos lo que se deteriora es su aptitud subjetiva para fallar el pleito.

De allí que hayamos conceptuado a la excusación como un deber, y no deber-facultad, pues entendemos que el juez *debe* excusarse siempre que exista una causal (con el criterio amplio que luego explicaremos), con prescindencia de que las partes puedan hacer uso del derecho de dispensa, que sólo valdrá en tanto la causal excusatoria sea relativa y tal derecho esté contemplado en la ley respectiva[163].

Tradicionalmente se acepta que las causales recusatorias pueden ser clasificadas en *absolutas* y *relativas*. Las primeras constituyen un verdadero impedimento que inhabilita al juez para actuar jurisdiccionalmente, y que de existir no pueden ser dispensadas por las partes (parentesco, interés, relación de crédito, actuación como letrado,

[163] Por ejemplo, CPCSF, art. 11.

apoderado, fiscal o defensor, brindar recomendaciones acerca del pleito y parentesco entre jueces de sucesivos grados de conocimiento). Las segundas pueden ser dispensadas por las partes (haber sido el juez denunciante, acusador, denunciado o acusado, haber dictado sentencia como juez inferior, haber recibido beneficios de importancia, tener amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia de trato, tener enemistad, odio o resentimiento grave).

Es en función de rendir honor al escrúpulo siempre respetable del magistrado de abstenerse de juzgar cuando media algún motivo de sospecha o de interés o parcialidad, que propiciamos una interpretación amplia de las causas de excusación [164], lo cual se compadece con la circunstancia de que mientras en la recusación se trata de evaluar la inhabilidad del juzgador mediante elementos objetivos aportados por el recusante, en aquéllas la inhabilidad es admitida por el mismo juez [165].

Es por lo recién apuntado que cabe admitir la amplitud e imprecisión de los motivos alegados por el juez, pues ellos tienden a encubrir ciertos casos de violencia moral que sólo él sabe en qué medida pesan sobre su conciencia [166].

Veamos ahora cuáles son las causales que prevé la ley para efectivizar este deber, no sin antes afirmar que según nuestro concepto [167], que supera lo que puede ser estrecho marco de ciertas normativas legales [168], deben ser concebidas e interpretadas con generosa amplitud, tal como lo hace

164 En este sentido, CSJN, 21/12/25, "JA", bol. 26/9/73, nº 86.

165 CSSF, 7/10/71, "Impresit c. Provincia de Santa Fe".

166 Fassi, *Código...*, t. 1, p. 57; Jofré, *Manual...*, p. 35. En contra, sosteniendo una interpretación restrictiva, ver CNPaz en pleno, 22/7/66, "JA", 9/9/66; CCCR, S. 4ª, 8/6/71, "Sujopara de Novisky".

167 Que comparte, entre otros, Díaz, *Instituciones...*, t. II, vol. A, p. 346.

168 Por ejemplo, CPCSF, donde se interpretan estrictamente —cuando no restrictivamente— las causales recusatorias.

CPCN, 30, al establecer: "Todo juez que se hallare comprendido en alguna de las causales mencionadas en el art. 17 deberá excusarse. Asimismo podrá hacerlo cuando existan otras causas que le impongan abstenerse de conocer en el juicio, fundadas en motivos graves de decoro o delicadeza". Conforme se extrae del texto citado, las causales excusatorias pueden ser *legales* y *morales* o *íntimas*.

A) *Causas legales*: son las previstas en CPCN, 17, y se concretan en:

1) *Parentesco* (inc. 1)[169].

Superando el actualmente estrecho concepto contenido en el art. 345 del Código Civil, enseña Borda [170] que el parentesco es "el vínculo jurídico que nace de lazos de sangre, del matrimonio o de la adopción".

Según esta idea, resulta que la conceptuación legal de parentesco deviene notoriamente insuficiente para aplicarlo al instituto de la recusación, de donde surge la conveniencia de aconsejar su interpretación con criterio amplio [171], comprensivo de diversas circunstancias que, no obstante no encuadrar en el concepto legal ya aludido (Código Civil, art. 345), se perfilan como causales puras de recusación.

Por otra parte, es menester recordar, antes de entrar al análisis de los distintos tipos de parentesco, que el art. 346 del Código Civil establece que "la proximidad del parentesco se computa por líneas y grados", y que el art. 347,

[169] Esta causal la contemplan los códigos de Buenos Aires, art. 17, inc. 1; Catamarca, art. 17, inc. 1; Córdoba, art. 1085, incs. 1 y 2; Corrientes, art. 300, inc. 1; Chaco, art. 17, inc. 1; Chubut, art. 17, inc. 1; Entre Ríos, art. 14, inc. 1; Formosa, art. 17, inc. 1; Jujuy, art. 32, inc. 1; La Pampa, art. 17, inc. 1; La Rioja, art. 22, inc. 1; Misiones, art. 17, inc. 1; Río Negro, art. 17, inc. 1; San Luis, art. 17, inc. 1; Santa Fe, art. 10, inc. 1; Santiago del Estero, art. 17, inc. 1; Tucumán, art. 17, inc. 1.

[170] *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, 3ª ed., Perrot, Bs. As., 1962, t. I, p. 25.

[171] En contra, y sin dar explicaciones que fundamenten su posición, ver Serantes Peña y Clavell Borrás, *Código Procesal Civil anotado*, p. 17.

a su turno, dispone que "se llama grado, el vínculo entre dos individuos, formado por la generación; se llama línea, la serie no interrumpida de grados" [172].

a) *Parentesco por consanguinidad*: Es el que nace de un vínculo de sangre y comprende a quienes se hallan en generaciones sucesivas (línea recta) y a quienes tienen un ascendiente común (línea colateral).

Para que el parentesco pueda ser causal de recusación, algunas leyes exigen que sea "reconocido". Esta adjetivación se introdujo en Santa Fe por la ley 2924, cuyo art. 15, inc. 1, establecía como causal "el parentesco legítimo o *natural reconocido*...". Al sancionarse el actual CPC, ley 5531, se suprimieron las palabras "legítimo o natural" de la norma recién citada, sosteniendo sus autores [173] que la supresión tiene sentido, ya que "ha de aceptarse *todo* parentesco, desde luego que jurídicamente reconocido, que importe un vínculo de familia capaz de poner en sospecha la imparcialidad del juez". En rigor, aunque resulta bienvenida la innovación al permitir la norma actual que cualquier tipo de parentesco consanguíneo —matrimonial o extramatrimonial— resulte suficiente para recusar al juez actuante, parece que la subsistencia del adjetivo "reconocido", después de haberse suprimido la referencia al parentesco natural, carece de sentido y complica en demasía la interpretación de la ley.

En efecto: ¿por quién debe estar "reconocido" el parentesco? ¿Por la ley? ¿Por el juez? ¿Por la parte recusante? Cualquiera de los interrogantes resulta absurdo a poco que se advierta que los dos últimos son obvios y que el primero no alcanza a cubrir todas las hipótesis de paren-

172 Para contar los grados en las líneas ascendente y descendente, ver CC, 352; en la línea colateral, ver CC, 353.

173 Ver: Carlos y Rosas Lichtschein, *Explicaciones*..., ob. cit., p. 43.

tesco, como ya lo hemos afirmado y lo veremos a continuación.

En la *línea recta*, tanto ascendente como descendente, cualquier grado de parentesco existente entre el juez y el litigante, su abogado (actuando como patrocinante) o procurador (abogado o procurador actuando como mandatario) es causal de recusación.

La razón es obvia: los lazos de afecto existentes entre hijos y padres, nietos y abuelos, etc., originan una muy seria presunción —casi imposible de admitir prueba en su contra— que el juez no actuará respecto de sus parientes cercanos con la imparcialidad que requiere la función jurisdiccional para ser tal.

En la *línea colateral*, la ley limita el parentesco hasta el 4º grado [174]. La explicación ya la daba Caravantes [175], al afirmar que tal grado parental hace presumir fundadamente que quienes están comprendidos en él, constituyen un núcleo bastante estrecho basado en lazos de afecto, convivencia, etc., que pueden excitar en el juez el impulso de obrar con parcialidad. Añade Caravantes [176] que puede prevalecer, además de la presunción de parcialidad, el interés que eventualmente tenga en algunos casos el mismo juez, en que se acreciente o no se minore la fortuna de su pariente; v.gr.: si espera heredarlo o tiene que mantenerlo.

b) *Parentesco por afinidad.* Es el que nace del matrimonio, vinculando a uno de los cónyuges con todos los parientes consanguíneos del otro, pero no a los parientes

[174] Dentro de este límite se hallan: los hermanos entre sí, los primos hermanos entre sí, los tíos carnales respecto de sus sobrinos y sobrinos nietos, y viceversa. Se debe tener presente que el *grado* se computa conforme a lo que establece el derecho civil; y que tal forma de cómputo es esencialmente diferente de la usada en el derecho canónico (v. Borda, ob. cit., p. 27), de donde puede llamar a error alguna antigua doctrina y jurisprudencia.

[175] *Tratado*, t. 1, p. 384.

[176] Caravantes, ob. y lug. cits.

consanguíneos de uno y otro, entre quienes no existe vínculo alguno (Código Civil, art. 364)[177].

En la *línea recta*[178], tanto ascendente como descendente, cualquier grado de parentesco entre el juez y el litigante, su abogado (actuando como patrocinante) o procurador (abogado o procurador actuando como mandatario) es causal de recusación, por razones similares a las ya expuestas al tratar esta misma línea en el parentesco por consanguinidad, pues idéntica parcialidad habrá de presumirse en el juez cuando su suegro, por ejemplo, sea parte en un pleito que tramita ante él.

En la *línea colateral*, la ley limita el parentesco hasta el segundo grado (cuñados entre sí), no alcanzando el vínculo a los concuñados entre sí[179]. De allí ha extraído cierta jurisprudencia que cuando se presenta esta última hipótesis, no existe causa legal de recusación[180], con olvido de que el parentesco, para configurar el instituto, debe ser interpretado con sentido amplio y realmente extensivo de la norma, pues —como ya lo ha dicho el más alto tribunal de la Nación— cuando el grado de parentesco no encuadra en la norma legal, la presumible amistad derivada de éste es causal bastante para tornar procedente la recusación[181].

Situación similar se presenta entre el padrastro y el marido de la hijastra, entre quienes no existe parentesco por afinidad[182]. Para comprender mejor esta problemática recuérdese que la afinidad también fue extendida en algu-

177 Si bien el parentesco por afinidad deriva exclusivamente del matrimonio, se extiende a todos los parientes del cónyuge, consanguíneos (legítimos y naturales) y adoptivos. Busso, *Código...*, comentario al art. 363, p. 836.

178 Recuérdese que los grados del parentesco por afinidad se computan en forma similar a los del parentesco por consanguinidad.

179 Borda, *Familia*, ob. cit., p. 28.

180 CFed. La Plata, 31/10/30, "JA", 34-365.

181 CSJN, 21/12/25, "JA", 18-828.

182 SCBA, 1/8/61, "LL", 108-881.

nos otros casos por el derecho positivo. Interesa remarcarlo, no sólo porque es un antecedente histórico sino por la situación anterior —entre nosotros— a la ley de 1889. Se consideraba que los cónyuges respectivos de las personas que estaban en afinidad, venían a ser afines. Por ejemplo, los hermanos de la esposa o los hermanos del esposo, son cuñados del otro; pero el cónyuge de un hermano de la esposa, que nosotros llamamos en en lenguaje común "concuñado", era considerado en el derecho canónico como pariente por afinidad, según el principio de la asimilación que se hacía entre los consortes entre sí. Se concebía al matrimonio como una unión tan completa que las partes venían a formar, a los fines del parentesco, una sola persona. De ahí que los cónyuges no fueran parientes por afinidad, sino que se consideraban como identificados el uno con el otro [183].

Una particular situación, no prevista en la ley, se presenta respecto de los *cónyuges* entre sí: ellos no son parientes [184] afines, pues tienen un vínculo más estrecho que el parentesco [185]. De tal manera, al no enunciar la norma al cónyuge del juez, ¿debe reputarse que la ley no admite la recusación en tal caso? Es obvio que sí, y el punto no merece explicación alguna, pues una recta interpretación llevará a identificar al juez con su cónyuge, a fin de considerar a éste comprendido en la enunciación del inciso 1.

La cuestión se complica si se la analiza desde otras ópticas:

1) *Matrimonio putativo* (LMC, 87-88), *matrimonio nulo* (LMC, 84) y *matrimonio anulable* (LMC, 85): aunque el lazo matrimonial no exista, debe considerárselo exis-

[183] Héctor Lafaille, *Derecho civil. Familia*, Bs. As., 1930, p. 396.
[184] Lafaille, ob. cit., p. 394, nº 549; Busso, ob. cit., t. II, p. 835.
[185] Borda, ob. cit., p. 28.

tente a los fines de la recusación. A igual conclusión se debe llegar en caso de divorcio [186].

2) *Matrimonio in fraudem legis* o simple relación de *concubinato* (actual o anterior): en estos casos no existe vínculo jurídico reconocido y, por ende, pareciera que ellos escapan a la normativa legal [187]. Sin embargo, con el criterio que desde antes pregonamos, nos mostramos decididos partidarios de incluír esta hipótesis como causal de recusación, por entender que únicamente a tales fines la institución debe ser equiparada al matrimonio.

Se podrá argüir que en todos los casos planteados, respecto de los cuales propiciamos la extensión de los efectos de la norma, la solución puede encontrársela por otro camino: la causal de amistad íntima prevista en el inc. 9 de este mismo artículo. Sin embargo, hemos preferido insertar el tema en este punto, ya que el parentesco constituye una causal absoluta de recusación, que no puede ser dispensada por las partes (ver art. 31, CPCN) y que no requiere, llegado el caso, una prueba sobre relaciones afectivas que ha de resultar, obviamente, difícil o imposible de lograr.

Para terminar, cabe recordar que el parentesco por afinidad no se extingue por fallecimiento del cónyuge que lo originó. Sabido es que la cuestión relativa a la cesación del parentesco por afinidad, ha dado lugar a sistemas diversos. En el derecho romano, cesaba *ipso facto* desde el momento que fallecía uno de los cónyuges, criterio seguido por el viejo derecho francés, que consagró la máxima "*morte ma fille, mort mon gendre*". En el derecho canó-

186 Para el caso que fuera vincular. Cuando no es así, la hipótesis queda comprendida en el caso de matrimonio subsistente.

187 El parentesco por afinidad no nace del concubinato, pues no puede haber alianza fuera del matrimonio, ya que el Código Civil niega efectos jurídicos a la unión libre.

nico no se pensó de la misma manera. Esta concepción se basaba en un precepto moral, con el fin de mantener el orden en las familias y el respeto mutuo. Poco a poco, sin embargo, se llegó a reconocer la posibilidad de dispensa. Nuestro Código Civil no dice categóricamente cuál solución ha seguido: si la canónica (de mantener la afinidad después del fallecimiento) o la romanista (de no mantenerla). Lafaille [188] se inclina por sostener que ha seguido la primera orientación, lo cual estaría en concordancia con la tendencia legislativa del presente, sobre todo teniendo en cuenta que si existe descendencia, ya no se puede decir que era un extraño la persona que ha motivado esa misma progenie. Después de la ley 17.711, la norma introducida en el art. 3576 bis del Código Civil, corrobora el pensamiento de Lafaille.

c) *Parentesco por adopción.* A partir de la publicación de la ley 19.134 ("B. O.", 29/7/71)[189] se instituyó en nuestro ordenamiento jurídico el parentesco por adopción [190], que nace de la resolución judicial dictada a instancia del adoptante (ley 19.134, art. 1).

Dicha ley establece dos tipos de adopción:

1) la *plena* (art. 14), que confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. De consiguiente, el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales.

2) la *simple* (art. 20), que confiere al adoptado la po-

[188] Ob. cit., p. 398.

[189] Esta ley derogó la 13.252 y el art. 3569 bis del CC.

[190] La afirmación cabe en cuanto a sus efectos. Recuérdese que por el art. 12 de la ley 13.252, "el parentesco que crea la adopción se limita al adoptante y al adoptado, quien será considerado como hijo legítimo. El adoptado no adquiere vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación".

sición de hijo legítimo, pero que no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia de sangre del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en la misma ley [191].

Si bien en el caso de adopción plena el parentesco existe, debe ser reputada como subsumida en él la hipótesis de adopción simple [192] a todos los efectos de la recusación, ya que en tal caso no se crean derechos sino que se trata de dejar incólume la imparcialidad del juez en el desarrollo de su actividad jurisdiccional.

A igual conclusión habrá de arribarse en caso de revocación de la adopción (art. 28).

Para todos los supuestos valdrá, de consiguiente, lo apuntado *supra* respecto del parentesco por afinidad.

Quién puede recusar. La causal puede ser invocada tanto por el pariente como por quien no lo es.

De la Colina [193] se pregunta si siendo el vínculo de parentesco común con los dos litigantes y en igual grado, tienen las partes el derecho de recusar y, de consiguiente, el juez el deber de excusarse; y responde claramente que sí, pues la sospecha de parcialidad existe o puede existir siempre.

2) *Interés* (inc. 2).

La norma contenida en este inc. 2 del art. 17 comprende diversas hipótesis de causales excusatorias, que tra-

[191] Téngase presente que el otorgamiento de este tipo de adopción es facultad privativa del juez o tribunal, quien puede proceder sólo de oficio y sin atender las peticiones a su respecto de las partes cuando concurran circunstancias excepcionales que aconsejen tal temperamento como más conveniente para el menor (art. 21). La hipótesis supone, obviamente, que el adoptante intenta lograr una adopción plena.

[192] En este caso, el parentesco entre el adoptado y cualquier consanguíneo o afín de su vínculo de sangre (art. 22), es causal de recusación en la forma explicada en el texto.

[193] Salvador de la Colina, *Derecho y legislación procesal*, 2ª ed., Lajouane, Bs. As., 1915, t. 1, p. 180.

taremos separadamente, a fin de facilitar su comprensión por el lector.

Todas ellas tienen un denominador común: el *interés* —en el sentido de provecho, ventaja, utilidad, ganancia o conveniencia de orden moral o material— que el juez puede tener respecto del objeto litigioso [194], cuya decisión lo colocará en la situación de aprovechar o sufrir sus consecuencias [195].

Tal interés puede ser directo [196] e indirecto [197]. En nuestro entender, la norma comentada consagra ambos tipos de interés como causal de recusación.

En forma previa al tratamiento de ello, resta agregar que la causal en cuestión se presenta no sólo respecto del juez, sino de todos sus ascendientes y descendientes en la línea recta de consanguinidad o afinidad, y en la línea colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

No obstante que la norma no refiere al cónyuge del juez, lo computamos incluído en ella con todos los efectos extensivos tratados en el acápite anterior, al glosar la causal de parentesco.

a) *Interés directo*: Se presenta en dos supuestos:

A) cuando el juez, su cónyuge o sus parientes [198] tienen

[194] Un viejo refrán español enseña que "por el interés, lo hermoso feo es". Denota ello cuánto tuerce el interés la claridad de entendimiento y la rectitud de la voluntad.

[195] CSJN, "JA", 18-828; CCiv. Corrientes, "JA", 1-963; Alsina, *Tratado...*, t. I, p. 476; sim., CNCiv., Sala B, 13/4/66, "LL", 123-996, nº 14.117-S.

[196] Exigen un interés directo e inmediato, Alfredo Acuña, *Interés del juez como causal de recusación*, en "JA", 46-495, y CSJN, "Fallos", 163-13, y "JA", 13-1251.

[197] Aceptan la existencia del interés indirecto o mediato como causal de recusación, Caravantes, *Tratado...*, t. I, p. 402; Reus, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1881, t. I, p. 119; etc.

[198] El CPC de La Pampa, art. 17, inc. 3, amplía este concepto al referirlo, también, a las personas que están a cargo del juez o bajo su relación de dependencia.

interés en el *mismo* pleito que está sometido a su conocimiento. La explicación es obvia, y nos remitimos a lo que expresamos *supra*, al tratar del interés en general.

B) cuando el juez, su cónyuge o sus parientes tienen sociedad o comunidad con alguno de los litigantes.

En tal caso, la ley no distingue respecto del carácter civil o comercial de la sociedad. Enseña Fernández [199] que la causal comprende, además de las sociedades comerciales, cualquier sociedad o asociación que no tenga ánimo de lucro [200].

Por otra parte, la norma consagra una excepción a la regla general: cuando se trata de sociedad anónima. Equiparada a ella, a los efectos del instituto de la recusación, se debe considerar incluídas a las sociedades cooperativas de tanto auge en la República, pues las circunstancias de hecho determinantes de la existencia de la excepción valen por igual para ellas [201].

La excepción legal, en sí, es criticable, ya que al no hacer distinción alguna, queda comprendida en ella cualquier socio, aun cuando tenga el más importante paquete accionario. No obstante, desde un punto de vista práctico, ello no ocasiona mayores inconvenientes, porque de darse

199 *Código...*, t. I, p. 352, nota 5.

200 Tales como clubes, centros o círculos deportivos, sociales, recreativos, etc. Ver "JA", 62-63; "LL", 6-1098 y 1064, y CPC La Pampa, 17, inc. 11. En contra, sosteniendo que la norma se refiere sólo a sociedades de carácter comercial o que persigan fines de lucro, ver Serantes Peña y Clavell Borrás, *Código...*, ob. cit., p. 368, nota *b*. Nosotros estamos por la tesis amplia. Libros enteros se han dedicado a estudiar la psicología del "hincha" de fútbol o a explicar sociológicamente tal fenómeno. ¿Podemos todavía, en actitud de gabinete, sostener que el juez que debe fallar una causa en la cual se ventilan intereses de su club favorito, o, peor aún, de su equipo, o, peor aún, de su clásico rival, no se verá seriamente comprometido en su imparcialidad?

201 Pero la extensión no debe ir más allá, como por ejemplo la ha acordado la CCiv. 2ª CF, "LL", 6-1098, al sostener que además de las sociedades anónimas están exceptuadas todas las entidades con personalidad jurídica.

tal circunstancia, el juez quedaría en evidente situación de interesado directo en el pleito, con lo cual volvería a subsumirse en la regla general, y no en la excepción.

Resta agregar que en caso de que el pariente del juez [202] ocupe cargos directivos en la sociedad, nos parece que la excepción debe ceder ante la norma general, y el juez podrá, por ende, ser recusado válidamente en virtud de la causal en estudio.

b) *Interés indirecto*:

A) cuando el juez, su cónyuge, o sus parientes en los grados expresados en el inc. 1, tienen interés directo en otro pleito similar o análogo a aquel que se ventila en su juzgado.

Para determinar la procedencia de esta causal, no hace falta que los sujetos o el objeto de la pretensión deducida sean idénticos; basta, a tal fin, que lo sean los hechos que le sirven de causa o el fundamento jurídico que sustenta tal pretensión en ambos procesos.

La causal se explica por sí sola, en razón de que el interés directo del juez en el pleito en el cual es parte, puede inducirlo a resolver de manera satisfactoria a su propia pretensión en el proceso en que, no siendo parte, se debate asunto similar; por ello, y en resguardo de la imparcialidad judicial, es indiferente que el pleito semejante esté iniciado con antelación o con posterioridad respecto de aquel en que interviene el juez recusable.

Para demostrar la trascendencia de esta causal, piénsese en asunto opinable respecto del cual no existan antecedentes jurisprudenciales serios, y en la posibilidad que tiene el propio juez de emitir un precedente que oportunamente le resultará favorable.

[202] Descartamos su propia persona, pues existe una clara incompatibilidad entre la actividad judicial y el ejercicio de funciones directivas en sociedad anónima, a tenor de lo dispuesto en C.Com., 22 y 23.

B) cuando el juez, con motivo de su propio cargo, puede tener potencialmente un pleito similar.

El caso, como se puede advertir fácilmente, es diferente del anterior. En aquél, el pleito existe; en éste, no.

La hipótesis de trabajo la hemos tomado de Acuña [203], quien comenta el caso de la recusación deducida por el procurador fiscal en pleito incoado por un magistrado judicial, demandando la inconstitucionalidad de la ley 11.682, de impuesto a los réditos, en cuanto en su art. 18 grava los réditos provenientes de cargos públicos, como magistrados, entendiendo que tal gravamen afecta el art. 96 de la Constitución nacional. El procurador fiscal solicitó la excusación del magistrado interviniente sosteniendo que al desempeñar un cargo similar al del actor, cualquier resolución que adoptare sería aplicable en su propia remuneración, de donde resultaría tener un interés indirecto en el pleito.

Similarmente, sería causal de recusación de un juez sin acuerdo legislativo [204] si ante él se promoviera una pretensión de amparo por otro juez en idénticas condiciones de estabilidad, en trance de ser separado del cargo [205].

En ambos casos, es evidente la existencia de un interés indirecto, ya que el juez actuante puede, eventualmente, hallarse en idénticas condiciones o circunstancias que las referidas en los respectivos procesos, y no parece probable que su decisión se dicte sin mancha alguna de subjetividad en la comprensible búsqueda de un valioso precedente para su hipotético pleito propio.

[203] Alfredo Acuña, *Interés del juez como causal de recusación*, "JA", 46-495.

[204] Como los hubo recientemente en Santa Fe, reiterando muchos otros casos del pasado ocurridos en diversas provincias argentinas.

[205] Ver casos como el que mencionamos en Luis A. Luco, *El amparo a favor de los jueces*, en "Revista de Estudios Procesales", nº 14, p. 33.

El Proyecto de Reforma de 1979 al CPCN, originado en el Ministerio de Justicia de la Nación, ha variado el texto del inc. 2 del art. 17 que venimos glosando, afirmando que "la fórmula que sustituye a la vigente es de carácter general y más amplio: basta que exista interés en el pleito o en otro semejante para que proceda la recusación con expresión de causa sin que sea necesario distinguir cuál sea el origen de ese interés. El texto vigente, al detenerse en la consideración de algunos supuestos particulares, no contribuye a la claridad de la norma, especialmente cuando recoge el equívoco principio del art. 23 del Código de Comercio que, evidentemente, tiene una justificación y un alcance distintos de los que pueden interpretarse a través de la literalidad de la regla. De ello da una pauta el hecho de que la norma se refiere a los accionistas de las «compañías» que, como es sabido, era originariamente la denominación genérica de empresas públicas o semipúblicas. Esta explicación histórica del dispositivo del Código de Comercio, pone de manifiesto la impropiedad de su extensión a las sociedades por acciones del ámbito privado, en las que no se justifica que el juez pueda ser tenido como persona desinteresada, pese a su condición de accionista. Para disipar toda duda al respecto en esta materia, que ha llegado a tener proyecciones concretas en algún caso, se entiende más adecuado emplear la formulación amplia del nuevo texto y suprimir las otras referencias de la redacción original". A base de tales motivaciones, la norma queda redactada en el Proyecto con el siguiente texto: "tener el juez o sus consanguíneos o afines dentro del grado expresado en el inciso anterior, interés en el pleito o en otro semejante".

Ya expresamos anteriormente que el texto de la ley 17.454 era criticable. Lo mismo cabe decir de la excesiva latitud del proyecto, pues si bien se efectúa a base del

confesado fin de eliminar "algún" caso que ha llegado a tener proyecciones concretas, genera una causal excusatoria de excesiva amplitud que puede ocasionar serios inconvenientes en la administración de justicia; piénsese, al efecto, que la mera condición de asegurado en una compañía de seguros (sociedad anónima o cooperativa) podría hacer que un juez se sintiera incluído en la causal que estudiamos. Y en un medio forense pequeño tal circunstancia derivaría eventualmente en la total carencia de jueces para conocer de un determinado asunto en el cual fuera parte la aseguradora.

3) *Pleito pendiente* (inc. 3).

Con mayor pureza que la norma glosada, y considerando que se trata de un caso de interés indirecto subsumible en la norma del inc. 2, anteriormente tratado, CPCSF extiende la causal al cónyuge del juez o a sus parientes dentro de los grados expresados en el inc. 1 de la norma en estudio.

Para que la causal resulte idónea a los fines de la excusación (o de la recusación), el pleito debe haber sido promovido antes de tomar el juez intervención en la causa donde se intenta su recusación, pues de lo contrario podría deducirlo el litigante a fin de crear artificiosamente la causal requerida [206].

En nuestra interpretación, el caso supone que el juez o sus parientes sean demandantes o demandados [207], pues, a los fines del instituto, ambos supuestos revisten similar gravedad.

4) *Relación de crédito* (inc. 4)[208].

Cabe efectuar una preliminar aclaración: a nuestro

[206] Caravantes, *Tratado*..., t. I, p. 403. Sim., CComCF, "JA", 1-751; CATucumán, "JA", 20-552.

[207] En contra, Caravantes, *Tratado*..., t. I, p. 403.

[208] Esta causal la contemplan los códigos de Buenos Aires, art. 17,

juicio, la norma debe ser extendida a los parientes del juez, tal como lo sostuvimos al explicar la anterior causal excusatoria.

Dice Alsina, comentando norma similar, que la redacción del inciso autoriza a interpretarlo en el sentido de que la recusación procederá cuando el juez sea acreedor del recusante o deudor o fiador de la parte contraria [209]. Nosotros creemos que las causales valen por igual para las dos partes, porque el juez acreedor de una de ellas podría ser sospechado por la otra, por la elemental razón de que eventualmente podría saldar su acreencia con lo que su deudor percibiera en el pleito. De allí que no limitemos el concepto con el alcance que le otorga Alsina.

En todos los supuestos contemplados en este inc. 4 existe una relación de la cual surge un marcado interés patrimonial que hace sospechable la actuación del juez. Es por ello que nos parece caprichosa la norma cuando limita la procedencia de la causal excusatoria al propio juez, con olvido de su cónyuge y parientes.

La excepción es clara: la recusación (o la excusación) no procede cuando la relación de crédito existe respecto de bancos oficiales [210].

5) *Denuncia o acusación* (incs. 5 y 6)[211].

La norma contempla dos situaciones diferentes:

a) El juez ha sido denunciante o acusador de una de

---

inc. 4; Catamarca, art. 17, inc. 4; Córdoba, art. 1085, inc. 6; Corrientes, art. 300, inc. 6; Chaco, art. 17, inc. 4; Chubut, art. 17, inc. 4; Entre Ríos, art. 14, inc. 4; Formosa, art. 17, inc. 4; Jujuy, art. 32, inc. 4; La Pampa, art. 17, inc. 9; La Rioja, art. 22, inc. 5; Misiones, art. 17, inc. 4; Río Negro, art. 17, inc. 4; San Luis, art. 17, inc. 4; Santiago del Estero, art. 17, inc. 4; Tucumán, art. 17, inc. 6.

209 *Tratado...*, t. 2, p. 299.

210 La norma refiere exclusivamente a bancos estatales —nacionales, provinciales, o municipales—. No comprende la banca privada.

211 Esta causal la contemplan los códigos de Buenos Aires, art. 17, inc. 5; Catamarca, art. 17, inc. 5; Córdoba, art. 1085, inc. 7; Corrientes, art.

las partes, en juicio distinto de aquel en el cual se puede deducir la recusación. La hipótesis es clara: la acusación o denuncia dentro del mismo pleito no es causal recusatoria, pues el juez actúa, en tal caso, en cumplimiento de un mandato legal [212].

En la causal queda comprendida la situación en que se halla el juez que ha actuado como testigo de cargo en causa criminal [213].

b) El juez ha sido denunciado o acusado por una de las partes *antes* de haber comenzado el pleito en el cual se puede deducir la recusación.

La causal se refiere a procesos penales en que se imputa al juez —por vía de denuncia o acusación— el carácter de autor, cómplice o encubridor de un delito o autor de una falta o contravención [214], y el juicio político o jury de enjuiciamiento que se pide contra el magistrado, por causa penal o administrativa [215].

300, incs. 7 y 8; Chaco, art. 17, inc. 5; Chubut, art. 17, inc. 5; Entre Ríos, art. 14, inc. 5; Formosa, art. 17, inc. 5; Jujuy, art. 32, inc. 5; La Pampa, art. 17, inc. 7; La Rioja, art. 22, inc. 6; Misiones, art. 17, inc. 5; Río Negro, art. 17, inc. 5; San Luis, art. 17, inc. 5; Santa Fe, art. 10, inc. 4; Santiago del Estero, art. 17, inc. 5; Tucumán, art. 17, inc. 7.

212 Casos, por ejemplo, del art. 180, CPPCF, o 225, CPCSF. En ello están contestes Serantes Peña y Clavell Borrás, *Código Procesal Civil comentado y concordado*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1959, art. 266, y Pío Jofré, *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, comentado y concordado*, ed. Depalma, Bs. As., 1961, p. 165.

213 Mauricio A. Ottolenghi, *Es recusable el juez que ha actuado como testigo en la causa criminal*, "JA", 66-356.

214 Díaz, *Instituciones*..., t. 2, p. 325.

215 Como específica causal de recusación, el "ser o haber sido el juez denunciado por el recusante en los términos de la ley de enjuiciamiento de magistrados, siempre que se hubiere dispuesto dar curso a la denuncia", está prevista en los códigos de Buenos Aires, art. 17, inc. 6; Catamarca, art. 17, inc. 6; Chaco, art. 17, inc. 6; Chubut, art. 17, inc. 6; Entre Ríos, art. 14, inc. 6; Formosa, art. 17, inc. 6; Jujuy, art. 32, inc. 6; La Pampa, art. 17, inc. 8; Misiones, art. 17, inc. 6; Río Negro, art. 17, inc. 6; San Luis, art. 17, inc. 6; Santiago del Estero, art. 17, inc. 6.

En ambos casos, para que la causal resulte idónea a los fines de la recusación es menester que la acusación o denuncia haya sido admitida, se le haya dado curso [216]; y que no se presenten, con posterioridad, circunstancias conocidas que demuestren armonía entre acusante y acusador [217].

La ley exige, siempre, que la actuación acusatoria contra el juez se haya cumplido antes de haber comenzado a conocer en el pleito, pues trata de evitar que los litigantes creen anticipadamente causas sobrevinientes, no admitidas en forma alguna por la norma.

El legitimado para recusar en cualesquiera de los casos expuestos, es —obviamente— la parte que ha sido denunciante o acusadora del juez.

El Proyecto de Reforma de 1979 al CPCN del Ministerio de Justicia, so pretexto de precisar la terminología de la norma contenida en el art. 17, inc. 5, la varía, introduciendo el siguiente texto: "Ser o haber sido el juez autor de denuncia o querella contra el recusante, o denunciado por éste con anterioridad a la iniciación del pleito".

Para finalizar: al inc. 6 se lo puede considerar subsumido en el caso previsto en el inc. 5, ya que se presenta como una simple variante de él. Aquí, la causal refiere a "ser o haber sido el juez denunciado por el recusante en los términos de la ley de enjuiciamiento de magistrados, siempre que la Corte Suprema hubiere dispuesto dar curso a la denuncia".

6) *Intervención del juez como defensor* (letrado o apoderado) (inc. 7)[218].

La norma prevé la hipótesis de que el juez, en el mis-

[216] Ayarragaray-De Gregorio Lavié, *Código...*, p. 79.

[217] CPC Cba., 1085, inc. 7.

[218] Esta causal la contemplan los códigos de Buenos Aires, art. 17, inc. 7; Catamarca, art. 17, inc. 7; Córdoba, art. 1085, inc. 8; Corrientes, art.

mo expediente en que ha de pronunciar sentencia, haya tomado intervención como letrado (patrocinando jurídicamente a alguna de las partes), apoderado (actuando como mandatario legal o convencional de ellas), fiscal o defensor (el caso refiere al defensor oficial o general, miembro del ministerio pupilar)[219].

Los supuestos son claros: en todos ellos se contempla el caso de un juez recién designado para ocupar la titularidad de un Juzgado ante el cual ha actuado profesionalmente con anterioridad a su designación.

Pero la norma no autoriza la recusación por esta causal, en caso de que el juez haya patrocinado o representado a una de las partes en otro pleito[220], pues la opinión formada respecto de éste no puede razonablemente comprometer su imparcialidad en el que ahora debe resolver[221].

7) *Prejuzgamiento* (inc. 7)[222].

El buen orden procesal indica que el juez debe abstenerse en lo absoluto, hasta el momento de dictar sentencia, de emitir cualquier manifestación de opinión de la que se pueda deducir su actitud posterior, al decidir el pleito llegado a su conocimiento. Como luego se verá, queda a

---

300, inc. 9; Chaco, art. 17, inc. 7; Chubut, art. 17, inc. 7; Entre Ríos, art. 14, inc. 7; Formosa, art. 17, inc. 7; Jujuy, art. 32, inc. 7; La Pampa, art. 17, inc. 5; La Rioja, art. 22, inc. 7; Misiones, art. 17, inc. 7; Río Negro, art. 17, inc. 7; San Luis, art. 17, inc. 7; Santa Fe, art. 10, inc. 5; Santiago del Estero, art. 17, inc. 7; Tucumán, art. 17, inc. 8.

219 CFLP, 23/9/32, "JA", 39-355.

220 CSJN, 8/5/39, "LL", 14-732.

221 Alsina, *Tratado*..., t. 2, p. 301.

222 Esta causal la contemplan los códigos de Buenos Aires, art. 17, inc. 7; Catamarca, art. 17, inc. 7; Córdoba, art. 1085, inc. 11; Corrientes, art. 300, inc. 9; Chaco, art. 17, inc. 7; Chubut, art. 17, inc. 7; Entre Ríos, art. 14, inc. 7; Formosa, art. 17, inc. 7; Jujuy, art. 32, inc. 7; La Pampa, art. 17, inc. 5; La Rioja, art. 22, inc. 7; Misiones, art. 17, inc. 7; Río Negro, art. 17, inc. 7; San Luis, art. 17, inc. 7; Santa Fe, art. 10, inc. 5; Santiago del Estero, art. 17, inc. 7; Tucumán, art. 17, inc. 8.

salvo lo que actúa en tarea de intentar conciliación entre las partes.

De tal forma, le está vedado al juez opinar sobre el fondo del asunto, tanto dentro del propio expediente (actuando como magistrado) como fuera de él (opinando con conocimiento de las actuaciones). Cuando quebranta tal norma de conducta profesional dando opinión precisa, fundada y comprometida como juez, se dice que existe *prejuzgamiento.*

1) *Dentro del expediente* (opinión judicial). Para que ello pueda servir de sustento a la recusación es menester que:

a) la opinión refiera expresa [223] y concretamente al asunto justiciable [224];

b) se emita en el propio expediente [225];

c) antes de dictar la sentencia que ponga fin al litigio [226], y aun antes de la resolución de cualquier incidente, pues tolerada la competencia para dirimir un diferendo, no puede ser negada después de ser resuelto éste en forma adversa al recusante [227].

Por considerar que tales condiciones se presentaban reunidas, el casuísmo jurisprudencial que citamos a continuación —a manera de ejemplo— ha admitido la recusación por prejuzgamiento: 1) si el juez, en extensas motivaciones, se ha expedido respecto del carácter de inquilinos de los incidentistas en la ejecución hipotecaria, adelantando su opinión en cuanto lo que ha de ser materia de fondo a resolver una vez que esté firme lo decidido con relación

[223] No cabe fundar la recusación en supuestos preconceptos o inclinaciones subconscientes del juez. CNCCF, S. A, 16/5/64, "ED", 9-802, fallo 5183.

[224] CCCF, S. A, 29/6/62 y 30/7/62, "JA", 1963-IV-7 y 1963-V-5; CNCCF, S. F, 10/12/64, "ED", 9-803, fallo 5185.

[225] CCCF, S. E, 30/8/63, "JA", 1966-I-246.

[226] CPazCF, en pleno, 30/12/55, "JA", 1966-I-246.

[227] CCCR, S. 1ª, 10/6/74, "J", 44-234.

a la excepción de incompetencia [228]; 2) si el juez, sin resolver el recurso interpuesto contra una providencia, tiene a ésta por firme compartiendo sus conclusiones [229]; 3) si el juez hace referencia a la suma que constituiría un alquiler módico en el momento actual, al pronunciarse sobre la validez de la pena estipulada contractualmente, en el proceso en que debe decidir acerca del importe locativo razonable [230]; 4) si el juez, al analizar *prima facie* el vínculo de derecho invocado, excede ese límite al calificar asertivamente la relación jurídica [231]; 5) si el juez ha presentado a las partes una fórmula de avenimiento, que compromete su opinión [232].

Al contrario, se ha sostenido que no existe prejuzgamiento: 1) si el juez declara una cuestión como de puro derecho, ya que se concreta a ordenar el trámite que considera adecuado a las circunstancias del caso, sin pronunciarse sobre el fondo de aquélla [233]; 2) si el juez de una convocatoria intima, a pedido del síndico, que el deudor ponga a disposición de éste la documentación que ha manifestado necesitar para expedirse [234]; 3) si el juez ha ordenado la suspensión de los procedimientos en los autos sobre calificación de conducta del fallido, mientras se sustancia un incidente planteado en el expediente principal [235]; 4) si el juez ha fijado un régimen de veraneo en favor de uno de los padres, no prejuzga acerca de la culpabilidad del otro en el juicio de divorcio [236]; 5) si el juez, en juicio de divorcio entablado por la esposa imputando abandono al

228 CNCCF, S. B, 21/7/65, "LL", 121-664, 12945-S.
229 CNCCF, S. E, 3/10/66, "ED", fallo 9198.
230 CPazCF, en pleno, 19/2/63, "JA", 1963-IV-282.
231 CComCF, S. C, 10/7/62, "JA", 1963-IV-8, nº 120.
232 CC2aCF, 2/2/18, "JA", 1-73.
233 CNCCF, S. E, 25/11/64, "LL", 118-888-11.940-S.
234 CNComCF, S. A, 29/5/64, "ED", 8-583, fallo 4605.
235 CNComCF, S. A, 19/10/66, "ED", 17-820, nº 92.
236 CNCCF, S. B, 15/12/64, "LL", 118-917-12.161-S.

marido, ordena no impedir la entrada de éste al hogar conyugal y, al mismo tiempo, que se le entregue un juego de llaves [237]; 6) si el juez dicta una resolución sin audiencia de parte, ya que tal situación puede hallar remedio por la vía del recurso de reposición [238]; 7) si el juez ordena medidas precautorias [239], pues se trata siempre de medidas provisionales y que no comprometen el resultado final del pleito; 8) si el juez designa perito para determinar el *quantum* del daño reclamado en la demanda, pues no se vincula tal quehacer con la procedencia o improcedencia de la pretensión [240]; 9) si el juez equivoca el modo o el efecto con que concede un recurso [241]; 10) si el juez vierte su opinión respecto de un punto sometido a su consideración, al resolver un incidente [242]; 11) si el juez, en una decisión interlocutoria, recapitula las actuaciones cumplidas en el expediente [243]; 12) si el juez se declara incompetente y luego resulta ser competente [244]; 13) si el juez rechaza una excepción inadmisible, sin sustanciarla [245]; 14) si el juez valora anticipadamente la eficacia de los elementos probatorios, a efectos de poder reconstruír un expediente [246]; 15)

237 CNCCF, S. C, 15/12/66, "ED", 17-820, nº 94.

238 CNCom.CF, S. B, 30/3/66, "JA", 1966-IV-6, nº 52.

239 CNPaz, S. 3ª, 2/2/66, "LL", 3/8/66; CNCCF, S. A, 8/10/64, "ED", 9-802, fallo 5182; íd., S. E., 11/6/65, "LL", 120-934, 12.723-S; íd., S. C, 30/11/65, "LL", 122-921-13.482-S; CNCCF, S. B, 7/3/66, "JA", 30/8/66, sec. Sínt., nº 149; CFCF, S. Cont. Ad., 22/7/66, "ED", 17-818, nº 73; CNCCF, S. C, 17/5/66, "ED", 17-819, nº 87.

240 CNCCF, S. B, 30/11/66, "LL", 125-15.031-S; CCom.CF, S. A, 31/12/62, "JA", 1963-V-11, nº 172.

241 CCCF, S. B, 5/10/65, "JA", 1966-I-667, nº 109.

242 CNCCF, S. E, 14/2/65, "LL", 122-931-13, 556-S.

243 CNCCF, S. E, 21/5/64, "ED", 9-800, fallo 5181.

244 CNCCF, S. E, 10/2/66, "LL", 123-13.898-S.

245 CNCom.CF, S. B, 5/8/64, "JA", 1964-VI-240; CNCom.CF, S. A, 6/7/65, "LL", 121-663-12.933-S; CNCCF, S. E, 12/8/64, "JA", 1965-II-624.

246 CNCom.CF, S. A, 28/6/65, "ED", 11-616, fallo 6134.

si el juez dicta medidas para mejor proveer [247]; 16) si el juez emplea una expresión dudosa —por ejemplo, deudor— no como juicio definitivo de esa calidad, sino como referencia basada en los elementos acumulados en la causa [248]; 17) si el juez, en su resolución, emplea una frase referida a una actitud procesal de una de las partes, de la cual se pueda inferir una apreciación subjetiva [249]; 18) si el presidente de un tribunal colegiado resuelve la admisión previa de un recurso, en su aspecto formal [250].

Empero, aun cuando concurran los requisitos ya vistos, no existe prejuzgamiento cuando el juez se halla en la necesidad de emitir oportuna opinión acerca de algún punto de la cuestión debatida, a fin de resolver otro aspecto litigioso sometido a su conocimiento [251], puesto que los jueces no pueden rehusarse a juzgar, y tal actividad no importa otra cosa que el cumplimiento de un deber primordial impuesto por la ley [252].

2) *Fuera del expediente* (opinión extrajudicial). Para que exista prejuzgamiento deben concurrir los siguientes requisitos:

a) que la opinión dada refiera concretamente al asunto justiciable [253];

b) que tal asunto exista al tiempo en que se opina [254];

c) que no se haya dictado todavía la sentencia.

247 CCCF, S. A, 29/6/62, "JA", 1963-IV-7, nº 104; íd., S. B, 5/3/64, "JA", 1964-VI-29, nº 196; íd., S. D, 31/8/62, "JA", 1963-V-9, nº 127; íd., S. F, 12/9/63, "JA", 1964-III,7, nº 81.

248 CCom.CF, S. B, 20/11/63, "JA", 1964-IV-11, nº 141.

249 CNCCF, S. E, 19/11/64, "LL", 118-884-11, 909-S.

250 CSSF, 30/3/54, "J", 5-51.

251 CCCSF, S. 1ª, 26/5/71, "J", 39-13; CNPazCF en pleno, 17/4/64, "ED", 9-205, fallo 4886.

252 CNPazCF, S. 3ª, 2/2/66, "LL", 3/8/66; STSF, S. 2ª CC, 28/12/59, "J", 17-190; íd., 26/5/60, "J", 18-28.

253 CCCF, S. B, 5/3/64, "JA", 64-VI-29; CCCF, S. D, 31/8/62, "JA", 1963-V-9.

254 CCCF, S. 2ª, 21/4/39, "LL", 14-372.

Esta causal se presenta cuando el juez adelanta opinión a uno de los litigantes [255] o se refiere públicamente a la solución que le dará o daría al momento de sentenciar, pero no cuando el juez ha fallado asunto semejante con anterioridad en otro expediente [256].

Esto nos lleva a considerar otro aspecto del asunto que venimos tratando. Un problema de difícil solución para el intérprete se presenta cuando en cuestión de puro derecho —en la que no existen implicaciones fácticas— y que resulta, además, ser materia opinable, el juez tiene criterio formado y fundado en determinado sentido, emitido en sentencia anterior o en tratados, estudios o ensayos jurídicos.

La doctrina mayoritaria señala que la opinión académica no implica anticipo de la opinión judicial que seguramente se aplicará en la causa concreta. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, entendemos que por no presentarse la relación fáctica variable propia de todo juicio, y circunscribiéndose el *thema decidendum* a una pura cuestión jurídica, se debe admitir la causal en estudio como motivo de recusación [257].

8) *Recomendaciones acerca del pleito* (inc. 7)[258].

La causal induce lógicamente a sospechar la existencia de interés en el magistrado, pues no se concibe que

255 CCCR, 8/4/26, "JA", 19-1086.

256 CNCCF, S. A, 12/7/66, "JA", 31/10/66, nº 18.

257 Colombo, *Código*..., t. 1, p. 661, participa en algo de esta opinión, al admitir que la solución mayoritaria no es tan clara en el caso que nos ocupa. Y agrega que si el juzgador, en su trabajo de doctrina, cita como ejemplo el pleito *sub examine* en apoyo de una teoría o solución, la recusación es procedente. Cfr. CNCom., S. B, 7/6/61, "LL", 106-975.

258 Esta causal la contemplan los códigos de Buenos Aires, art. 17, inc. 7; Catamarca, art. 17, inc. 7; Córdoba, art. 1085, inc. 8; Corrientes, art. 300, inc. 9; Chaco, art. 17, inc. 7; Chubut, art. 17, inc. 7; Entre Ríos, art. 14, inc. 7; Formosa, art. 17, inc. 7; La Pampa, art. 17, inc. 5; La Rioja, art. 22, inc. 7; Misiones, art. 17, inc. 7; Río Negro, art. 17, inc. 7; San Luis, art. 17, inc. 7; Santa Fe, art. 10, inc. 5; Santiago del Estero, art. 17, inc. 7; Tucumán, art. 17, inc. 8. No la contempla el CPC de Jujuy.

aconseje —por ejemplo— a un litigante acerca de la elección de letrado o a éste en cuanto a las defensas que debe oponer para salir airoso en el pleito.

Obviamente tales actitudes colindan con el mal desempeño de la función [259] y, aunque de difícil y esporádica existencia, configuran supuestos de clara parcialidad.

9) *Beneficios de importancia* (inc. 8)[260].

Explica Alsina [261] esta causal, diciendo que la gratitud es un sentimiento que obra tan poderosamente como el desafecto y puede inclinar, aun sin quererlo, el ánimo del juez. Es por ello que se extiende a sus parientes, en los grados expresados en el inciso 1.

Anteriores leyes procesales, más sabiamente redactadas que la vigente, establecían como causal de recusación "haber recibido el juez beneficio de importancia de alguna de las partes, *en cualquier tiempo*, o después de iniciado el pleito, presentes o dádivas, *aunque sean de poco valor*" [262].

Creemos que esta última hipótesis, aunque no contemplada en la norma comentada, debe ser subsumida en ella, pues después de incoado un pleito, el juez debe colocarse en posición absolutamente equidistante de las partes y, por ende, no puede recibir de ellas —sin desmedro de su investidura— presente alguno, cualquiera que fuere su valor, importante o no en términos económicos o morales. Adviér-

259 Díaz, *Instituciones*..., p. 331.

260 Esta causal la contemplan los códigos de Buenos Aires, art. 17, inc. 8; Catamarca, art. 17, inc. 8; Córdoba, art. 1085, inc. 9; Corrientes, art. 300, inc. 10; Chaco, art. 17, inc. 8; Chubut, art. 17, inc. 8; Entre Ríos, art. 14, inc. 8; Formosa, art. 17, inc. 8; Jujuy, art. 32, inc. 8; La Pampa, art. 17, inc. 10; La Rioja, art. 22, inc. 8; Misiones, art. 17, inc. 8; Río Negro, art. 17, inc. 8; San Luis, art. 17, inc. 8; Santa Fe, art. 10, inc. 7; Santiago del Estero, art. 17, inc. 8; Tucumán, art. 17, inc. 10.

261 *Tratado*..., t. 2, p. 303.

262 El CPC La Pampa, art. 17, inc. 10, extiende la norma al supuesto de que el beneficio de importancia lo hayan recibido personas a cargo del juez o que mantengan relación de dependencia con él.

tase —por ejemplo— que la Ley Orgánica de Tribunales de Santa Fe, art. 168, prohíbe a los jueces ejecutar acto alguno que comprometa la dignidad del cargo y que el quebrantamiento de la norma se considera falta grave a los efectos del juicio político o destitución. Parece claro que si el juez acepta dádivas de las partes ya comenzado un pleito, se coloca automáticamente en la prohibición establecida por la citada norma.

10) *Amistad* (inc. 9)[263].

La Real Academia define a la amistad como "el afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato".

Alguna jurisprudencia ha entendido que la amistad, a los efectos de la recusación, debe ser del juez hacia la parte, y no a la inversa.

Esta distinción abstrusa desconoce supinamente el elemento caracterizador de la causal que tratamos: la reciprocidad. Recuérdese que los autores de las Partidas, que consagran todo el título 27 de la 3ª, a definir y explicar este noble afecto, lo conceptúan más filosóficamente, exigiendo reciprocidad. Amistad, dicen, "es cosa que ayunta mucho la voluntad a los omes, para amarse mucho; ca según dijeron los sabios antiguos, el verdadero amor pasa todos los debdos... E amistad, según dice Aristóteles, es una virtud... e ha lograr propiamente cuando aquel que ama es amado del otro de quien ama, ca de otra guisa non seria verdadera amistad; e por ende dijo que departimento muy grande ha entre amistad e amor... E puede haber

263 Esta causal la contemplan los códigos de Buenos Aires, art. 17, inc. 9; Catamarca, art. 17, inc. 9; Córdoba, art. 1085, inc. 12; Corrientes, art. 300, inc. 11; Chaco, art. 17, inc. 9; Chubut, art. 17, inc. 9; Entre Ríos, art. 14, inc. 9; Formosa, art. 17, inc. 9; Jujuy, art. 32, inc. 9; La Pampa, art. 17, inc. 13; La Rioja, art. 22, inc. 9; Misiones, art. 17, inc. 9; Río Negro, art. 17, inc. 9; San Luis, art. 17, inc. 9; Santa Fe, art. 10, inc. 8; Santiago del Estero, art. 17, inc. 9; Tucumán, art. 17, inc. 9.

amor a la cosa el non aura amistad a ella; assi como aviene a los enamorados que aman a las vegadas, a las mujeres que los quieren mal... E assi se prueba que non es una cosa amistad e amor; porque amor puede venir de una parte solamente, mas la *amistad conviene en todas guisas que venga del amor de dos*" [264].

En cuanto a los *sujetos* de la relación de amistad, conforme lo preceptúa el acápite, ellos son el litigante, su abogado o procurador, fórmula más amplia que la consagrada por el art. 17, inc. 9, del CPCN, que lo limita a los "litigantes".

En cuanto a la *forma* en que debe aparecer tipificada la amistad, debemos hacer las siguientes consideraciones:

a) Como lo señala Díaz [265], la deformación que el uso cotidiano le ha introducido hace que existan "grados de amistad", y de ahí que se hable de "amistad íntima", "amistad familiar", etc. En rigor, tales grados no existen, pues se es amigo de alguien o no, con el alcance que hemos dado *supra* [266]. Por ello, es menester advertir que hay situaciones de simples contactos de las personas que aun cuando se den con asiduidad, sólo son derivados del desempeño de funciones comunes, de la vecindad o de la frecuentación de los mismos lugares. Particularmente en el Foro, el inevitable acercamiento entre magistrados y abogados y el respeto de elementales reglas de cortesía que ellos se dispensan, pueden hacer aparecer como amistad lo que es sólo un simple conocimiento que de manera alguna llega a configurarla.

b) La ley exige una manifestación objetiva, y para ello establece como pautas la gran familiaridad o la fre-

264 Caravantes, *Procedimientos judiciales*, t. I, p. 376.

265 *Instituciones...*, p. 332.

266 Obviamente la ley no requiere una perfección del sentimiento, tal como lo profiere con profunda belleza Rudyard Kipling en *Uno entre mil.*

cuencia de trato. Creemos que no pasan de ser meros elementos interpretativos de los cuales pueda valerse el recusante para argüir la causal, pero ni el tuteo ni la comensalidad son índices de la amistad tal como la hemos concebido [267].

11) *Enemistad, odio o resentimiento* (inc. 10)[268].

La causal entraña la idea de antipatía o aversión contra alguna persona o la de guardar hacia ella sentimiento, pesar o enojo por alguna cosa.

Es menester que la enemistad o resentimiento se manifieste por actos externos [269] directos, referidos a una persona determinada [270], que traduzcan la gravedad del desafecto [271] que presumiblemente impedirá que el juez actúe imparcialmente.

Obviamente, la causal juega del juez hacia la parte, siendo por completo indiferente la enemistad que ésta guarde para aquél [272].

Pero la enemistad o resentimiento que proviene de ataques u ofensas inferidas contra el juez después de comen-

[267] El Código de procedimientos civiles francés, art. 378, establece que es recusable el juez que sea "comensal de una de las partes" o "si después del comienzo del pleito ha bebido o comido con una y otra de las partes en su casa".

[268] Esta causal la contemplan los códigos de Buenos Aires, art. 17, inc. 10; Catamarca, art. 17, inc. 10; Córdoba, art. 1085, inc. 12; Corrientes, art. 300, inc. 12; Chaco, art. 17, inc. 10; Chubut, art. 17, inc. 10; Entre Ríos, art. 14, inc. 10; Formosa, art. 17, inc. 10; Jujuy, art. 32, inc. 10; La Pampa, art. 17, inc. 14; La Rioja, art. 22, inc. 10; Misiones, art. 17, inc. 10; Río Negro, art. 17, inc. 10; San Luis, art. 17, inc. 10; Santa Fe, art. 10, inc. 9; Santiago del Estero, art. 17, inc. 10; Tucumán, art. 17, inc. 11.

[269] CNCCF, 29/11/62, "ED", 16/3/63; "LL", 111-899; el CPC Tucumán, art. 17, inc. 11, requiere la existencia de "hechos conocidos".

[270] Por tal razón se ha declarado que no es suficiente como causal recusatoria la aversión racial (CNCom, S. B, 11/12/63, "DJ", 26/7/63).

[271] Acorde con esta idea, se ha sostenido que no es causal suficiente el retiro del saludo ("JA", 12-262), pero sí el uso —por parte del juez— de expresiones lesivas respecto de uno de los litigantes ("JA", 60-416).

[272] CSJN, "Fallos", 21-180.

zada su intervención como tal en determinada causa, no resulta idónea para apartarlo del conocimiento de ella, ni para su autoseparación; con tal normativa se proscribe la creación artificiosa de la causal mediante el simple y deleznable procedimiento de inferir ofensas al juez.

12) *Otras causales legales no autorizadas expresamente o negadas por CPCN.*

a) Haber dictado sentencia como juez inferior.

Esta causal no se halla legislada en ningún CPC argentino, salvo en Santa Fe, 10, inc. 6, donde se introdujo en 1940, al sancionarse la ley 2924 (hoy derogada por la 5531). Sus comentaristas, Cabal y Atienza [273], aclaran que aunque a primera vista pareciera que la norma es sobreabundante, puesto que el juez que ha dictado sentencia ya emitió opinión y, por ende, queda comprendido en el inciso que autoriza la causal de prejuzgamiento, se ha querido evitar que se discuta si el solo hecho de haber intervenido como juez de primera instancia, es suficiente para inhabilitarlo como juez de segundo grado; y aseguran que ello no es así, a condición de que no haya dictado sentencia y que no haya emitido opinión (actitud subsumible en el caso de prejuzgamiento).

El problema es de fácil comprensión: si el mismo juez actúa tanto en el primero como en el segundo grado de conocimiento, se elimina automática y tácitamente el sistema jurisdiccional de la doble instancia.

b) Haber sido recusado como juez inferior.

Tampoco se encuentra esta causal contemplada en otro CPC distinto del de Santa Fe (art. 10, inc. 6).

El juez que ha sido recusado —con o sin expresión de causa— en el primer grado de conocimiento funcional, ya nunca puede actuar en el mismo expediente en calidad

273 *Anotaciones...*, comentario al art. 14.

de juez de segundo o ulterior grado, so pena que la sentencia que emita caiga por vicio de nulidad a tenor de lo dispuesto en CPCSF, 247.

Por tal razón, si el juez recusado en instancia inferior asciende a un tribunal superior, respecto de él —y en cuanto a la parte que lo recusara oportunamente— nace la causal en estudio.

c) Tutela o curatela [274].

La hipótesis, autorizada en CPCSF, 10, inc. 10, contempla la relación existente entre tutor y curador, que engendra connotaciones de tipo afectivo —en cuyo caso es equiparable al supuesto de amistad— o bien de tipo económico —en cuyo caso es equiparable a la relación de crédito—.

Tal vez sea ésta la razón por la cual la mayoría de los códigos argentinos no consagran específicamente esta causal.

En Santa Fe, ya la establecían las leyes anteriores, aunque la ley 2924 redujo a dos el término de tres años desde que cesó la tutela o curatela, fijado por el código anterior; pero, a condición —en cambio— de "que estén aprobadas las cuentas respectivas" [275].

Creemos más plausible la no fijación del término, tal como lo hacen otras legislaciones [276].

d) Parentesco del juez de segunda o ulterior instancia con el que dictó la sentencia de primer grado.

Esta hipótesis, contemplada legislativamente desde antiguo, es conectada por Chiovenda con la incapacidad subjetiva absoluta para efectuar juzgamiento.

CPCN no sólo no la prevé como causal excusatoria, sino que expresamente dispone lo contrario, a tenor de una

[274] Esta causal sólo es contemplada en los códigos de Córdoba, art. 1085, inc. 10; La Pampa, art. 17, inc. 2, y Santa Fe, art. 10, inc. 10.

[275] Cabal y Atienza, *Anotaciones...*, comentario al art. 15.

[276] La Pampa, art. 17, inc. 2; Córdoba, art. 1085, inc. 10.

literal interpretación del art. 30, último párrafo: "no será nunca motivo de excusación el parentesco con otros funcionarios que intervengan en cumplimiento de sus deberes".

En rigor de verdad, como ya se ha señalado, se trata de una causa de inhabilidad que veda el acceso a la magistratura, tal como dispone la Ley Orgánica de Tribunales de Santa Fe, art. 171, donde se establece: "No podrán desempeñar funciones *simultáneas*, en un tribunal del mismo fuero, dos parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. En caso de parentesco sobreviniente, el que lo causare abandonará el cargo. Esta prohibición comprende a los magistrados, funcionarios y empleados".

Como es evidente la sabiduría de esta norma, que guarda armonía con antiguas enseñanzas relativas a la materia, parece obvio concluír que la interpretación a dar al art. 30, CPCN, ya citado, debe ser lo suficientemente amplia como para dar cabida a excusaciones fundadas en la causal en estudio.

B) *Causas morales o íntimas.*

Paralelamente a las legales, existen otras causas de excusación que, aun sin encuadrar en la previsión normativa, resultan idóneas para que el juez se autoaparte del conocimiento de un asunto justiciable, y que deben ser aceptadas [277], en la medida que se funden en razones atendibles, por la doctrina jurisprudencial.

Se trata, simplemente, de impedimentos que el propio juez evalúa y confiesa, que lo inhabilitan para actuar en caso concreto con la imparcialidad y objetividad que exige la ley, como se desprende claramente de CPCN, 30.

Otras leyes, al igual que abundante jurisprudencia nacional, aceptan que tales causas pueden consistir en:

[277] En tal sentido, ver CSSF, 7/10/71, "Impresit c. Provincia de Santa Fe".

b.1) *Motivos graves de decoro.* Enseña Couture [278] que "el decoro es un concepto de excepcional amplitud. Abarca no sólo el honor, sino también el respeto, la reverencia, el recato y la estimación. Es no sólo la consideración externa de una persona, sino también su propia estimación. Abarca tanto el prestigio social representado por la dignidad de comportamiento, como el respeto que una persona debe a los dictados de su propia conciencia. Hiere el decoro no sólo una ofensa recibida, claramente perceptible, sino también la insinuación malevolente, el estado de recelo, la sospecha o el desdén. El juez puede sentirse herido en su decoro si la parte le supone incapaz de juzgar con independencia en determinado asunto; pero su integridad de espíritu, la elevada conciencia de su misión y el sentido de su responsabilidad, pueden también colocarle por encima de tales sospechas y su propio decoro puede conducirle a la conclusión contraria. Se trata, sustancialmente, de una actitud de orden espiritual que puede conducir, indistintamente, a una u otra solución".

Obvio es remarcar que se debe aceptar, en materia tan delicada, que sea el propio juez, actuando con recta conciencia, quien decida en definitiva si la afectación que determinada actitud ha producido en su espíritu, es suficiente para que él mismo sospeche que no obrará imparcial e independientemente de todo rencor o sentimiento bastardo al sentenciar.

Acorde con esta manera de pensar, se ha dicho que la violencia moral invocada por un magistrado para excusarse, no puede ser apreciada sino por quien la invoca [279], y que debe ser aceptada por los subrogantes cuando ello surja de

[278] *Estudios de derecho procesal civil,* ed. Ediar, Bs. As., 1950, t. III, p. 184.

[279] CNPaz en pleno, 8/9/64, "LL", 116-357.

efectivas circunstancias demostrativas de la realidad de la fundamentación [280].

b.2) *Motivos de delicadeza personal.* Por la profunda belleza y amplitud de su pensamiento, volveremos a citar a Couture [281], quien enseña que "*delicadeza* está tomada, en cuanto al tema, no en un sentido directo de finura, ternura o suavidad, sino también de escrupulosidad y de miramiento. En este sentido, al no considerar como sinónimos ambas palabras, habrá que admitir que la delicadeza constituye un grado superlativo del decoro. Sería, así, el honor y la propia estimación llevados a su grado extremo" [282]. Empero, como todas las cosas, la excusación por razones morales debe tener su límite armonioso.

Partimos de la base de que los jueces no eluden el cumplimiento de sus tareas y no dejan de afrontar su responsabilidad so capa de autocrear causales íntimas de excusación. No. Nuestra judicatura no puede ser bastardeada con tales argumentos que mucha y autorizada doctrina señala. Estamos firmemente convencidos, al contrario, de que cuando un magistrado —actuando con la prudencia y puntillosidad que debe caracterizarlo— decide abstenerse de juzgar, lo hace con el real convencimiento de que no podrá enfrentar el momento decisorio con plena objetividad de espíritu.

No obstante, si existiera en el mundo judicial la excepción confirmatoria de la regla, personificada en un juez que tratara de evadir el conocimiento de un asunto desplazándolo indebidamente hacia su subrogante por ociosa comodidad o, aun peor, por inconcebible acoquinamiento,

280 CNPaz en pleno, 8/6/66, "LL", 2/8/66.

281 Ob. y lug. cits.

282 Con tales argumentos, se ha aceptado la excusación por escrúpulos fundados en razones serías, por CNCCF, S. D, 13/4/64, "ED", 9-765; 13/6/28, "JA", 27-927; en contra, con la consabida "interpretación restrictiva", "Fallos", 55-46 y 49; "JA", 56-376; "Fallos", 80-11; etc.

reflejado en la futilidad de su fundamentación excusatoria o en la reiteración de tal actividad, es evidente que la abstención no podrá ser aceptada por el subrogante ni por el superior y habrá de ser considerada como "mal desempeño de la función" a los fines de su enjuiciamiento.

1.2.1.2.3. CUIDAR EL ORDEN Y EL DECORO EN LOS JUICIOS.

Este deber procesal de dirección en cuanto a los sujetos intervinientes surge como natural consecuencia de la adopción por la ley del principio de autoridad judicial (ver nº 1.2.1.1.1): si el juez es el *director* del debate dialéctico que es, en esencia, el proceso, el respeto a su propia investidura y el recíproco que se deben las partes le imponen una vigilante actuación [283] para mantener la plena vigencia de los principios de lealtad, probidad y buena fe, que deben presidir los debates ante los estrados de justicia [284].

Y ello resulta obvio, a poco que se recuerde que el deber de lealtad es recíproco: del juez hacia las partes y de ellas hacia aquél.

Respecto de los litigantes, este deber les impone no utilizar subterfugios destinados a posponer la correcta y rápida solución de los conflictos sometidos a la potestad jurisdiccional. "Ciertamente que la función de actor y demandado son distintas, pero sin perjuicio de los diversos intereses contrapuestos, sus propósitos, desde un punto de vista trascendente y superior, son sustancialmente coincidentes, pues, en definitiva, su actividad aparece ordenada a la realización del derecho, aplicado de un modo equita-

[283] En este sentido, STSF, 14/12/60, "J", 19-102.

[284] Ha dicho la CSJN, "Fallos", 28-241, que "es facultad y deber inherente al desempeño de una magistratura, la de corregir disciplinariamente a los que intervienen en los juicios, cuando incurren en excesos de lenguaje que impliquen una falta de respeto y consideración a la Justicia".

tivo y justo a la relación jurídica objeto de la controversia" [285].

A fin de facilitar la efectivización de este deber, que se concreta siempre con posterioridad al hecho que resulta violatorio de la regla de conducta que presidió la actuación de todos los intervinientes en un proceso, la ley otorga al juez las facultades que enunciamos en el nº 2.3 y que, como tales, puede o no usar y, en su caso, graduar.

Estas facultades están destinadas a salvaguardar el respeto y la dignidad que la Justicia tiene y merece, "sancionando no sólo aquello que haga contra el decoro, sino también toda actividad encaminada a dilatar o entorpecer el curso del proceso. Naturalmente, estas facultades están limitadas (taxativamente) a fin de evitar la posible arbitrariedad judicial" [286].

Tales hechos violatorios no son habituales en la Casa de Justicia. Sin embargo, se presentan en buen número de casos, pues la permanente actitud de contienda que se vive en ella, sumada a la excesiva subjetividad que muchos letrados ponen en su actuación, hacen que no se haya podido lograr un ambiente grato, un sereno y amable clima que en el tribunal —como en todo instituto donde la función es siempre puramente intelectual— debería imperar [287], a fin de que la labor jurisdiccional se constituya en un exponente de erudición jurídica y un factor de cultura profesional.

A lograr esta meta —¿utopía?— tiende la norma que glosamos, muchas veces olvidada por los jueces que no son

285 Horacio J. Baquero Lazcano, *El juez ante los deberes de lealtad, veracidad y respeto de las partes y demás intervinientes en el proceso.* Comunicación presentada a las Primeras Jornadas Nacionales de Ética de la Abogacía, Rosario, 1967.

286 Miguel Á. Passi Lanza, *Crónica del IVº Congreso Nacional de Derecho Procesal*, "LL", bol. del 8/6/67.

287 Adolfo E. Parry, *Sanción disciplinaria por faltar el respeto a la verdad y al juez*, "ED", 3-323.

celosos guardianes de su autoridad y que permiten, con su pasividad, que se menoscabe su investidura, con el desprestigio general de la Justicia que ello engendra [288].

Para poder efectivizar correctamente el cumplimiento de este deber, CPCN, 35, otorga a los jueces amplias facultades sancionatorias que glosaremos en particular en nº 2.3.

1.2.1.2.4. PREVENIR Y SANCIONAR TODO ACTO CONTRARIO AL DEBER DE PROBIDAD, LEALTAD Y BUENA FE.

Este deber es una consecuencia del reciente y anteriormente tratado y, al igual que aquél, se traduce en la utilización de facultades sancionatorias que glosaremos en nº 2.3 y en la declaración que autoriza CPCN, 45.

Todo ello entronca con el deber de moralidad procesal que explícitamente imponen a las partes litigantes todas las leyes procedimentales del país.

Para mejor comprender todo lo que se diga en el congruo lugar, al cual hemos remitido, parece conveniente establecer qué se debe entender por el conocido "principio de moralidad".

[288] La mansedumbre del oficio judicial se ha pregonado y apañado desde siempre en el curso de la historia. La ley 3ª, tít. 4, partida 3ª, refiriéndose a los jueces establecía "que sean leales, e de buena fama e sin mala cobdicia. E que ayan sabiduría, para judgar los pleytos derechamente por su saber, o por uso de luengo tiempo. E que *sean mansos*, e de buena palabra a los que vinieren ante ellos a juyzio. E sobre todo, que teman a Dios, e a quien los pone. Ca si a Dios temieren, guardarse han de facer pecado, e auran en si piedad e justicia. E si al Señor ouieren miedo, recelarse han de fazer cosa que do les venga mal del; viniéndoseles a miente, como tienen su lugar, quanto para judgar derecho". En similar aunque no idéntico orden de ideas, Platón prefería los hombres sabios a las leyes sabias, lo que le hace decir a Parry (*Facultades disciplinarias del Poder Judicial*, Ed. Jur. Arg., Bs. Aires, 1939), que "aparte de la necesaria preparación intelectual, son cualidades indispensables del buen juez la honestidad, el reposo de criterio, el conocimiento del medio en que desempeña su función, la independencia de carácter y el valor cívico suficiente para cumplir su misión libre de ajenas influencias".

Vastamente se ha escrito sobre este tema. Pero tanta vastedad, de manera alguna es sinónimo de precisión y claridad: la nutrida bibliografía —cuyo valor no se puede negar, pues denuncia una preocupación ética fundamental— acusa, sin embargo, con rara constancia, dos importantes defectos: el primero consiste en la obviedad de ciertas afirmaciones (por ejemplo, que el proceso civil debe estar gobernado por reglas morales); el segundo, de mayor relieve, hacer vincular la ética en el proceso con el principio inquisitivo y, en consecuencia, generar —so pretexto de moralidad— efectos distorsionantes de la mecánica procesal. A ambos nos referiremos seguidamente, no sin antes verter algunos conceptos previos.

La lealtad es definida por el Diccionario de la Real Academia como "el cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien", acepción, ésta, que no difiere de la que se otorga a la *probidad*, que significa precisamente "bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar".

La *buena fe*, por su parte, sea aplicada al derecho en general o al procesal en particular, es un concepto aglutinante de todas estas expresiones. Así, entonces, al hablar indistintamente de "probidad, lealtad y buena fe", estamos refiriendo lisa y llanamente a la moralidad de las conductas humanas dentro del proceso.

En orden al primer defecto recién apuntado, es casi rutinario leer párrafos como éste: "La cuestión de saber si las partes están obligadas a conducirse con buena fe en el proceso es todavía materia de controversia y presenta no pocas dificultades. Desde luego, cualquiera que fuese el concepto que se tenga de la función judicial, no cabe duda que es una exigencia moral que la actividad de los sujetos procesales se desenvuelva con sujeción al principio de lealtad, a fin de que el pronunciamiento que recaiga sea la

expresión de la justicia. Pero la dificultad está en saber si es posible convertir esa exigencia moral en un deber jurídico y, en caso afirmativo, cuáles son los textos legales que lo sancionan" [289]. Creemos, al contrario, que la obligación de conducirse con buena fe, lejos de ser materia de controversias, es algo tan obvio que ni siquiera se puede empezar a discutir. En efecto, la moralidad es un canon que debe presidir todas las conductas humanas con absoluta prescindencia de que ellas refieran al proceso, a una competencia deportiva o a un juego de niños. No pensamos que el hombre moral puede dejar de serlo a poco que atraviese el tribunal. Y sigue siendo absurdo preguntarse si las partes tienen que obrar con moralidad o pueden desentenderse despreocupadamente de ella, por el simple hecho de litigar.

Como lo hace notar Couture [290], "el derecho no puede ser torcido. El proceso tiene cierta nota necesaria, cierta inherencia de verdad, porque el proceso es la realización de la justicia, y ninguna justicia se puede apoyar en la mentira. El proceso es un debate dialéctico; como debate es lucha, y en toda lucha existe una ley implícita que impone a los contendientes el *fair play*; no es necesario, entonces, que un texto expreso de un código consagre ese deber de decir verdad para que tenga efectiva vigencia. Existe un principio ínsito en todo proceso civil que pone a la verdad como apoyo y sustento de la justicia".

Por lo demás, la idea dista de ser nueva: lejos de responder a una reciente preocupación por el tema, como parecen indicarlo algunos autores, ella encuentra antecedentes precisos y concretos en las legislaciones antiguas. Así lo hace notar Couture [291] cuando se pregunta si existe un deber

[289] Hugo Alsina, *Tratado*, ed. Ediar, Bs. As., 1956, t. I, p. 487.

[290] *El deber de las partes de decir la verdad*, en *Estudios de derecho procesal civil*, Ed. Ediar, Bs. As., 1950, t. III, p. 249.

[291] *Estudios de derecho procesal civil*, ed. Ediar, Bs. As., 1950, t. III, ps. 235 y ss.

jurídico de decir la verdad en el proceso, si el precepto moral es también un precepto de derecho o si, al contrario, la disponibilidad del derecho autoriza a defenderlo de la manera más conveniente. Y así recuerda máximas extraídas de textos jurídicos antiguos: "No levantéis falso testimonio contra tu prójimo" (Éxodo, 23, 7); "No mintáis, y que nadie engañe a su prójimo" (*Levítico*, 19, 11); "No mintáis; la verdad es más fidedigna que el juramento" (precepto de Solón); "No jures invocando los dioses; el hombre correcto está como juramentado" (precepto de Pitágoras). Recuerda también numerosos antecedentes de la legislación española: "Y porque las cosas que son hechas con engaño deben ser desatadas con derecho, por ende decimos que si el demandado pudiera averiguar el engaño, el demandante pierda también la verdadera deuda como lo que fue puesto maliciosamente en la carta o en el pleito. Y esto por dos razones: la una, por el engaño que hizo al demandado, y la otra porque siendo sabedor de lo que había hecho maliciosamente, se atrevió a demandarlo en juicio" (Partida III, ley 44). Las mismas Leyes de Partidas contemplaron el *juramento de mancuadra*, que se efectuaban mutuamente los litigantes prometiendo proceder con verdad y sin engaño en el pleito; el *juramento de calumnia*, prestado por el accionante y el excepcionante, demostrando la confianza que tienen en la razón, derecho o justicia que le asisten (cinco puntos integraban este juramento: 1) que el uno y el otro de los litigantes creen tener justicia o buena causa; 2) que cuantas veces sean preguntados sobre lo concerniente al pleito, dirán la verdad; 3) que no han sobornado ni sobornarán al juez ni al escribano; 4) que no se valdrán de falsas pruebas ni de excepciones fraudulentas; 5) que no pedirán plazo maliciosamente por prolongar el pleito en perjuicio de su contrario —ley 23, título 11, partida 3ª—); el *juramento de malicia*, que uno de los litigantes debe prestar siempre

que lo pida su adversario por sospechar que obra con malicia o engaños en alguno de los puntos o artículos que ocurren durante el curso del pleito. Estos juramentos producían el efecto de que quien los prestaba no era condenado en costas si era vencido, porque por el hecho de prestarlo la ley presumía que obraba de buena fe y persuadido de su justicia. En igual sentido, ver la Real Cédula de Aranjuez (1794), indicando al Tribunal del Consulado cómo llevar un procedimiento en el que las partes actúan "a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada" [292].

El segundo defecto que señalábamos es la vinculación que de manera constante se establece con la ética procesal y el principio inquisitivo. A título de ejemplo, el mismo Alsina [293] dice refiriéndose a este tópico: "La solución está *vinculada a la naturaleza que se atribuya al proceso* y a la posición que se asigne en el mismo a las partes". Véscovi, a su turno, expresa: "Desde que se dejó de concebir al proceso como un duelo privado, en el cual el juez era sólo el árbitro y las partes podían usar todas las argucias y armas contra el adversario para confundirlo, con su finalidad pública de establecer la vigencia de la ley, se comenzó a reclamar de los litigantes una conducta adecuada a ese fin, y a exigir para el juzgador mayores facultades para imponer el "juego limpio" [294].

Una vez más creemos que se incurre en el error de confundir "métodos" con "principios". Ya hemos dicho, en anterior oportunidad, que *inquisición* y *disposición* no pue-

[292] Sobre el origen, formas y efectos del juramento en el proceso, ver la polémica mantenida por Antonio Montarcé Lastra y el siempre recordado Carlos A. Ayarragaray, en Carlos Ayarragaray, *El perjurio*, ed. Valerio Abeledo, Bs. As., 1945.

[293] Ob. cit.

[294] Enrique Véscovi, *Curso de derecho procesal civil*, ed. del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1974, t. I, p. 81.

den ser entendidos como *principios procesales* (a la manera del principio de imparcialidad judicial), sino que se los debe interpretar como "reglas técnicas" del debate: en el primero, el juez tendrá absoluta injerencia; en el segundo, se mantendrá al margen del debate, lo cual, obviamente, no significa mantenerse al margen del proceso. Y creemos que aquí reside toda la cuestión: pues una cosa es participar en el debate (lo cual está ínsito en todo sistema inquisitivo) y otra bien distinta dirigir el proceso, estar presente en el debate custodiando que las conductas desplegadas por los contrincantes no se aparten de las reglas de probidad, buena fe y lealtad.

Así, entonces, tanto en uno como en otro método de debate la moralidad no puede estar ausente.

Desde esta óptica, se advierte que las principales consecuencias que la mayoría de la doctrina hace derivar de la ética en el proceso (tales como no afirmar falsedades, presentar toda la documental con la demanda, etc.), no son tales. Piénsese, por ejemplo, en la incongruencia que entraña requerir, en virtud del principio de probidad, el deber de no sostener a sabiendas cosas contrarias a la verdad, cuando nada menos que la Constitución consagra el derecho de no declarar contra sí mismo.

Es el esclarecedor pensamiento de Salvatore Satta [295], el que pareciera delimitar precisamente cuál es el área de moralidad por la que el juez debe velar. Dice el eximio jurista:

"La parte desarrolla su acción en el proceso según una serie de normas de carácter técnico-jurídico, dirigidas a asegurar la mejor realización de la justicia. La observancia de esas normas es condición para la eficacia de aquella

[295] *Manual de derecho procesal civil*, ed. E.J.E.A., Bs. As., 1972, t. I, p. 103.

acción, y con esto, para la consecución del resultado querido, o al menos de un resultado favorable. Suele hablarse a propósito de una carga de la parte junto a su poder y casi como el mismo poder mirado a contraluz. Así, junto al poder de obrar está la carga de proponer la demanda, de constituírse en juicio, etc.; junto al poder de probar está la carga de la prueba, y así sucesivamente.

"Pero, más allá de esta consideración técnico-jurídica, la actividad de la parte puede ser considerada, como cualquier otra actividad humana, en lo que ella tenga de lícito o ilícito. Por cuanto el proceso, en efecto, es indudablemente una lucha, que cada parte conduce en su exclusivo interés, existe empero en la misma idea de proceso la exigencia de un límite más allá del cual la actividad de la parte no puede avanzar sin determinar una invasión de la esfera jurídica de la otra parte, y por tanto, sin dañarla. Sucede, en otras palabras, en la lucha procesal, lo que sucede en la guerra, cuando una convención internacional limita los medios ofensivos o disciplina en general las relaciones entre los contendientes: por lo que cualquier acto que viole la convención misma es sin duda antijurídico; y legitima, en cuanto sea posible, la sanción. También en la lucha procesal puede hablarse de relaciones entre los litigantes, y la fuente reguladora de estas relaciones es la ley, la misma ley que establece las formas y los términos en los que la acción de las partes se debe ejercitar. Como del poder de las partes surgía la carga, así de la carga surge ahora el deber: que no es sino la carga misma considerada no en relación al fin general de la regla y, por tanto, en primer lugar a la justicia, sino en su proyección subjetiva, que es el interés de la contraparte. Así, para poner un ejemplo, la comunicación de los escritos de conclusiones es indudablemente una carga para la parte, y el escrito no comunicado no puede ser incluído en el fascículo ni tomado

en consideración por el juez; pero la comunicación de un escrito deliberadamente diverso del incorporado al fascículo es algo más que la trasgresión de una carga, es engaño, y por lo tanto la lesión de un derecho de la contraparte, que reclama la necesaria sanción".

Así concebido, el principio de moralidad se presenta claro al intérprete: impuesto como deber de conducta para las partes [296] (recíproco entre ellas y de ambas hacia el juez) les está vedado recurrir a la añagaza y a la artería procesal, a la "tecniquería" o "chicana" utilizada en detrimento de la seriedad de la Justicia o en el del interés particular —por cierto no menos atendible que el superior interés de la sociedad— del contrario, expuesto leal y correctamente en el litigio. Nos apartamos así de toda idea que vaya más allá de lo dicho, "inventando" —so pretexto de la buena fe— requisitos procedimentales [297] que operan, a la postre [298], en contra del derecho de defensa: claro ejemplo de ello se encuentra —reiteramos— en la necesidad de ofrecer toda la prueba juntamente con la demanda, aun antes de conocer si habrá controversia y, en su caso, cuáles serán los hechos contradichos, en orden a generar la carga de probar. Pero sobre el tema volveremos luego, aunque desde ya adelantamos que nos parece absurda toda norma —como la mencionada— que destruye la anhelada y asegurada igualdad procesal con tanta evidencia y obviedad, que no precisamos mayores argumentos para demostrarlo.

Veamos ahora quiénes son los sujetos de este deber de moralidad. Claramente surge de CPCN, 45, que incumbe

296 Ya hemos sostenido que el mismo deber se halla impuesto al juez respecto de los litigantes.

297 Que en general recaen sobre el actor, de quien las estadísticas judiciales demuestran que obtiene sentencia favorable —por tener razón en el litigio— en el 99 % de los casos justiciables.

298 Reconocemos que obra como efecto no querido por el legislador, ya que sostener lo contrario implicaría imputarle una torpeza inadmisible.

tanto a la parte como a su representante o a su letrado patrocinante (alternativa o conjuntamente) según las circunstancias del caso. En cualesquiera de los supuestos mencionados, el órgano hábil para imponer la correspondiente sanción es el propio juez de la causa.

Sin embargo, otras legislaciones (v.gr., Santa Fe, art. 24), si bien establecen normativa similar, la amplían en cuanto a los defensores, habida cuenta del régimen de colegiación obligatoria allí existente. De ahí que en tal supuesto los letrados deben ser sometidos también a la potestad disciplinaria del respectivo colegio profesional.

Resta por ver la estructura del régimen sancionatorio, que analizaremos seguidamente.

Prescribe CPCN, 45, que el desconocimiento en el proceso de la norma moral que lo preside, por parte de quien resulta total o parcialmente perdidoso, autoriza al juez a imponer una multa en favor de la contraria, que debe graduar conforme a la naturaleza de la falta cometida y a los topes mínimo y máximo que la misma norma prevé (entre el 10 y el 30 % del valor del juicio o entre $ 10.000 y $ 50.000 moneda nacional si no existe monto determinado). (Estos montos fueron reformados por ley 22.434).

Cabe aquí considerar que CPCSF legisla el tema con mayor precisión doctrinal y mejor pulcritud legislativa, ya que en su art. 24 establece que "las partes (comprende tanto el perdidoso como el ganancioso, que escapa de la normativa que venimos comentando y que también, obvio es destacarlo, puede convertirse en infractor de este deber) y sus defensores tendrán el deber de conducirse en el juicio con lealtad, probidad y buena fe".

Mucho se ha escrito sobre las circunstancias fácticas que pueden resultar determinantes de la imposición de multa, y existe abundante jurisprudencia contradictoria sobre el tema. Por ejemplo, y en un rápido muestreo juris-

prudencial, se advierte que se ha sancionado por faltar a la probidad, lealtad y buena fe procesal, a quien desconoció un documento privado que luego de peritado se concluyó era auténtico; a quien opuso excepciones y no las probó; a quien apeló de la sentencia adversa y no expresó agravios en la alzada; etc.

Como a nuestro juicio se trata siempre de cuestiones de hecho que deben meritarse subjetivamente, en larga experiencia judicial nos hemos mostrado amplios en el juzgamiento de conductas que rozan, por acción u omisión, el incumplimiento del deber de moralidad. Y así, hemos mantenido invariablemente la tesis de que no corresponde sancionar a quien ejerce —aunque sin éxito— un derecho expresamente conferido en la ley [299], pues de seguir la tesis contraria, se vulneraría el derecho de defensa que la Constitución nacional promete y asegura a todos los habitantes del país.

El momento oportuno para que el juez de la causa imponga la correspondiente sanción se halla al sentenciar en definitiva el litigio sometido a su conocimiento, pues sólo allí puede advertir —luego del estudio integral de las posiciones adoptadas y defensas esgrimidas— si existe o no el incumplimiento sancionable.

Consideración especial merece el monto de la sanción de multa, la cual, como es sabido, debe ser acorde con la naturaleza de la falta y de entidad suficiente para que en cierta forma logre perturbar el patrimonio del sancionado (si no se presenta este efecto, parece obvio que la multa pierde su carácter sancionatorio, pues de no existir reflejos económicos, los reflejos puramente morales no rozarán al inmoral que la mereció).

[299] De tal forma, salvo el caso extremo de desconocimiento de firma que no podía ofrecer dudas a quien fuera llamado a reconocerla, no admitimos se sancione a quien opuso excepciones, a quien recurrió, etc.

Hacemos esta reflexión pues sufriendo nuestro país un antiguo mal inflacionario que ha provocado un total deterioro y envilecimiento de nuestro signo monetario, las cantidades dinerarias contenidas en la norma de CPCN, 45 (hoy superada la crítica por la elevación de topes dispuesta por resolución 112 de CSJN, 17/2/81), han perdido toda razón de ser al convertirse en cifra ínfima y ridículamente exigua; y nadie podrá dejar de convenir que carece de sentido imponerla a alguien para que pague a otro, en concepto de severa sanción, una suma de dinero que en términos alimenticios no alcanza para comprar un chocolatín...

El mal que apuntamos no se halla circunscrito a esta norma, sino que se presenta en muchísimas otras, tanto en los CPC del país como en el resto del ordenamiento vigente, que contienen cifras dinerarias que o no han sido actualizadas por el legislador o lo han sido, pero tarde y sin la frecuencia que la necesidad inflacionaria exige.

En todas aquellas normas procesales en las cuales aún se advierte carencia de adecuación monetaria a las actuales exigencias económicas, al haber perdido vigencia de hecho [300], el intérprete debe asumir tal carencia legislativa, integrando la norma que hoy rige conforme a las circunstancias jurídicas que se viven [301].

Puesto el juez en tal tarea, y habiéndose admitido jurisprudencialmente que la indexación de las cifras dinerarias

[300] Adviértase, por ejemplo, que CPCSF, art. 332, establece que "será considerado pobre para litigar el que acredite no poseer bienes por mayor valor de quince mil pesos ni renta mensual que exceda de dos mil...". Y como actualmente el haber mínimo jubilatorio —el económicamente más sufrido sector poblacional del país— supera los quinientos mil pesos mensuales, resulta que no hay pobres en la Argentina.

[301] Así lo ha hecho CCCR, S. 3ª, 14/7/78, "Carezani c. Strappa", elevando el monto mínimo del agravio —para tornar admisible la apelación— de $ 2.000 (ver CPCSF, 348) a $ 50.000 (en julio de 1978), luego de efectuar la correspondiente tarea indexatoria a base de los índices de aumentos de precios al consumidor proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC).

implica, en esencia, la adopción de un elemental principio de justicia conmutativa [302] para mantener el equilibrio de las prestaciones a base de un pie de valor monetario constante, entendemos que en todos aquellos ordenamientos que han perdido vigencia de hecho por el silencio legislativo en materia de adecuación de importes de multas procesales, las cantidades topes establecidas al respecto deben ser indexadas al momento de imponérselas en carácter de multa, multiplicándola por el índice de aumento de costo de vida, proporcionado mensualmente por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, que en la fecha de la sanción se halle vigente respecto del mes en el cual comenzó a regir la norma respectiva, a fin de mantener incólume el espíritu que guió al legislador [303] y plenamente vigente el principio de moralidad.

1.2.1.2.5. PROCURAR EN CIERTOS CASOS EL AVENIMIENTO DE LAS PARTES, CON FACULTAD DE CONVOCARLAS.

El procurar el avenimiento de las partes es una indudable facultad ordenatoria de los jueces, que trataremos —como tal— en nº 2.1.2.3. Sin embargo, la hemos tipificado como auténtico deber procesal de dirección en cuanto a los sujetos intervinientes, para contemplar desde una correcta óptica interpretativa ciertos supuestos legales en los cuales se consagra como tal en forma expresa.

Tal el caso previsto en el art. 67 de la Ley de Matrimonio Civil, donde se establece que ante la demanda de divorcio por mutuo consentimiento, "el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas".

302 Así lo ha sostenido CSJN, actuando por la vía del recurso extraordinario en carácter de supremo custodio de la Constitución nacional, en el caso "CASFEC c. Altieri", 11/8/77, "J", 54-185.

303 Éste es el criterio de CCCR, S. 3ª, "Pérez c. Fernández Méndez", 19/11/77, "J", 54-196.

Como todo lo relativo a la facultad de convocar a las partes y a la conciliación de ellas (y las formas que tal solución autocompositiva puede adoptar) será tratada en nº 2.1.2.3, allí remitimos al lector para completar la lectura de este tema.

1.2.1.3. EN CUANTO AL OBJETO DEL PLEITO.

1.2.1.3.1. EN CUANTO A LA PRETENSIÓN.

1.2.1.3.1.1. VELAR POR SU COMPETENCIA.

Este deber procesal de dirección en cuanto a la pretensión deducida en la demanda, se halla impuesto en todos los ordenamientos procedimentales del país, como una natural consecuencia de la exclusiva atribución legal de la competencia judicial (queda a salvo todo lo relativo a competencia territorial, cuando se trate de intereses meramente privados y, por ende, transigibles).

Por tal razón, y para mejor comprender la verdadera extensión de este deber, creemos conveniente recordar qué se debe entender por competencia.

Desde el momento —histórico o hipotético— en que no hubo necesidad de más de un juez para resolver los litigios que las relaciones intersociales planteaban, fue menester la creación de distintos órganos —provistos de jurisdicción— para entender en asuntos de diversa índole.

En rigor, para que jurisdicción y competencia pudieran superponerse, sería necesaria la existencia de un solo juez. Empero, cabe aclarar que la coexistencia de más de un juzgador no implicó de manera alguna que la jurisdicción se fraccionara, como lo admiten algunos autores [304], ni tampo-

[304] Podetti, *Tratado de la competencia*, ed. Ediar, Bs. As., 1954, ps. 289 y 290.

co se repartiera [305], porque el poder jurisdiccional del Estado es *único* y como tal no puede ser fraccionado, repartido, limitado, etc.

Lo que ocurre es que el desarrollo del Estado moderno ha impuesto la necesidad de dividir el trabajo de la administración de justicia, y, por ende, ha reglamentado el ejercicio de la jurisdicción, la cual, sin embargo, sigue siendo única.

De tal suerte, podemos entender por *competencia* la "extensión funcional del poder jurisdiccional", existiendo entre *jurisdicción* y *competencia* una relación cuantitativa, y no cualitativa, de género a especie.

Por ello ha podido decir con acierto Couture [306] que todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia.

Por otra parte, se admite por la doctrina moderna que la *jurisdicción* (o sea, la existencia de un juez con investidura de tal) es un presupuesto procesal de la acción (no existe propiamente el ejercicio de tal derecho si se intenta ante un *no juez*), en tanto que la *competencia* es un presupuesto procesal de la demanda (exteriorización del derecho de acción) que existe, como tal, siempre que se incoe ante un juez, aunque éste no tenga competencia [307].

Siendo así, entonces, resulta de particular interés determinar las diversas clases de competencia (entendida ésta como criterio repartidor de la labor jurisdiccional),

[305] J. Guasp, *Derecho procesal civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, t. I, p. 126.

[306] *Fundamentos de derecho procesal civil*, Depalma, 3ª ed., Bs. As., 1958, p. 29.

[307] De aquí, por ejemplo, que la demanda ante juez incompetente interrumpa el curso de la prescripción.

pues la validez misma del pleito podrá derivar de la exacta radicación de la demanda, por el interesado, en sede judicial.

Ahora bien: pueden existir, como primario y elemental criterio clasificador, dos pautas perfectamente diferenciadas entre sí, atendiendo que ellas miren el litigio o la persona del juez.

En el primer caso, teniendo sólo en cuenta el *litigio* (afirmación dentro del proceso de la existencia de un conflicto en el terreno sociológico) presentado al conocimiento del juez, existen diversas subpautas que se relacionan: *a*) con sus sujetos (actor - demandado - tercero interviniente que se convierte en parte); *b*) con la materia litigiosa (civil, penal, etc.); *c*) con la cuantía de la pretensión; *d*) con el territorio donde se desarrollara el conflicto afirmado; *e*) con el grado de conocimiento o instancia judicial en la cual se litiga; y *f*) con el juzgado o tribunal que atenderá el pleito, cuando existan varios.

Todo ello constituye lo que llamaremos *pautas objetivas*, no porque las relacionemos con el *objeto del litigio*, sino con el *litigio mismo*, con absoluta prescindencia de la persona del juzgador.

En el segundo caso, cuando se tiene en mira a éste, no ya como sujeto del litigio (que no lo es) sino como *sujeto del proceso*, por encima de las partes, hablaremos de pautas subjetivas, que ya hemos glosado al analizar el deber de excusación.

Las normas reguladoras para determinar objetivamente la competencia, pueden ser *externas* o *internas*.

Las *externas* son las que indican dónde han de radicarse los procesos en orden a las modalidades del litigio: sujetos intervinientes (competencia personal), materia cuestionada (competencia material), cuantía del pleito (competencia por valor), territorio donde se asientan los sujetos

o nace el conflicto (competencia territorial) y grado de conocimiento jurisdiccional (competencia funcional).

A su turno, las *internas* son las que indican ante qué juez ha de proponerse el conocimiento de un litigio, cuando existen varios que resultan —al mismo tiempo— competentes para ello en razón de todas las pautas externas precedentemente enunciadas.

En caso de presentarse la multiplicidad de jueces o tribunales aludidos, se habla de una "competencia por turno", como criterio repartidor de la labor jurisdiccional entre ellos; pero en rigor de verdad, no se trata de una auténtica clase o tipo de competencia, sino de una distribución *interna* (se da exclusivamente *dentro* del *Poder Judicial* y según normas —contingentes— impuestas por los tribunales que ejercen superintendencia en el fuero respectivo) del trabajo entre los distintos jueces y tribunales, que conduce al mejor servicio judiciario.

De tal suerte, parece claro que el "turno" es una forma de (asimilable a la) competencia, creada en *favor* del juez, y, por *tanto*, que *no* es de *orden público*, de donde surge que ellos pueden aceptar un proceso que no les corresponde por razón del turno, y que una vez aceptado carecen de facultades para repelerlo oficiosamente o estimando una excepción de incompetencia fundamentada en no haberse respetado el orden respectivo [308], y todo ello en razón de que éste es de carácter *preventivo* (competencia preventiva), lo que supone que para un asunto existen varios jueces competentes, pero el primero que lo hace *previene* en su conocimiento e impide a los demás que lo hagan; y sabido es que la competencia *preventiva* adquiere carácter de *pri-*

[308] Confrontar abundante jurisprudencia en Adolfo Alvarado Velloso, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe concordado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, ed. Zeus, Rosario, 1973, t. 2, ps. 828 y ss.

vativa una vez que alguno de los jueces asume el conocimiento [309].

Pues bien: dejando de lado la pauta externa referida a la competencia territorial cuando se trata de asuntos exclusivamente patrimoniales (caso en que es prorrogable, CPCN, 1, y, por ende, sujeta a la voluntad de las partes) y la pauta interna turno, recién explicada, en todos los demás supuestos ya enunciados la demanda debe ser interpuesta ante juez competente, y si éste carece de la adecuada competencia para el caso, debe inhibirse de oficio, según lo dispone CPCN, 4, que acepta expresamente este deber. En concordancia con lo antes expresado, el Proyecto de Reforma del Ministerio de Justicia ha añadido como tercer párrafo del art. 4, CPCN, el siguiente texto: "En los asuntos exclusivamente patrimoniales no procederá la declaración de incompetencia de oficio fundada en razón del territorio".

En la misma tesitura, "los jueces deben abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa (principal) no fuese de su competencia" (CPCN, 196); sin embargo, la medida ordenada por juez incompetente es válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones legales respectivas, pero no prorroga su competencia, ya que el juez actuante debe remitir inmediatamente las actuaciones al que sea competente.

Sin perjuicio de lo expuesto, el juez no sólo vigila su competencia evitando conocer asuntos que exceden la suya, sino también reclamando entender en las causas que tramitan ante otros magistrados que aquél reputa incompetentes. Ello explica el nacimiento de un conflicto positivo de competencia (CPCN, 13), la competencia por conexidad y el fuero de atracción.

[309] Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. Aguilar, Madrid, 1966, p. 107.

El cumplimiento de este deber no se halla sujeto a preclusión alguna: cuando el juez advierte tardíamente su incompetencia en cualquier estado del proceso, debe así declararlo tratándose de pautas materiales, funcionales o relativas a la cuantía del pleito (cuando ello procede); todo, claro está, respetando lo dispuesto en CPCN, 352, que veda una declaración oficiosa de incompetencia cuando el mismo juez desestimó en sentencia firme una excepción planteada por la parte en el mismo sentido.

1.2.1.3.1.2. SEÑALAR LOS DEFECTOS DE LAS PETICIONES DE LAS PARTES ANTES DE DARLES TRÁMITE.

Este deber procesal de dirección en cuanto a los sujetos intervinientes se correlaciona con los deberes de vigilar para que durante la tramitación de la causa se procure la mayor celeridad y economía posibles (ver nº 1.2.1.1.6) y de disponer toda diligencia necesaria para evitar nulidades (ver 1.2.1.1.8), vinculados todos, a su turno, al principio de autoridad judicial.

Consecuencia de ello es que los jueces deben señalar los defectos de las presentaciones de las partes a fin de evitar, en lo posible, la proliferación de incidentes que dilaten la solución del litigio. Empero, claro está, tal tarea debe cumplirse teniendo en cuenta el juzgador que nuestro proceso es predominantemente dispositivo, razón por la cual tiene que actuar prudentemente en cada caso, cuidando de no invadir esferas que competen en forma natural y exclusiva a las partes [310].

A título ejemplificativo, señalamos que tal deber está adoptado en CPCN, 337 —aunque allí se legisle con ca-

[310] Por ejemplo, sin perjuicio de lo que luego se expone en el texto, la falta de constitución de domicilio *ad litem* en el escrito de demanda no puede generar un rechazo oficioso del juzgador, ya que la sanción por el incumplimiento de tal carga está específicamente determinada en CPCN, 41.

rácter de facultad—, al establecer que "los jueces podrán rechazar de oficio las demandas que no se ajusten a las reglas establecidas, expresando el defecto que contengan".

Precisándolo como auténtico deber —y no como facultad—, CPCSF establece en su art. 131: "los jueces *no darán* curso a las demandas que no se deduzcan de acuerdo con las prescripciones establecidas".

1.2.1.3.1.3. INTEGRAR EL LITIGIO.

Este deber procesal de dirección en cuanto al objeto del pleito se relaciona directamente con la pretensión ejercitada, pues para que una demanda pueda resultar útil para componer el litigio es menester que demanden o sean demandados en forma conjunta todos quienes están legitimados sustancialmente para pretender o resistir [311].

Cuando ello no ocurre inicialmente, por indebida o inadvertida decisión del actor, como es *voluntad de la ley* que el litigio se trabe entre *todos los interesados*, pues de otra forma la sentencia que se dicte en la causa resultará inútil y de cumplimiento imposible, el juez debe integrarlo adecuadamente, convocando al proceso a quienes no son partes en él, debiendo serlo.

El supuesto comprende dos claros casos de intervención forzosa:

a) *por inescindibilidad legal*: tiene lugar cuando es la propia ley la que ordena la presencia en el litigio de todos los intervinientes en la relación litigiosa; por ejemplo, la pretensión de filiación matrimonial debe promoverse conjuntamente contra padre y madre (art. 260 del Código Ci-

311 Este tema se vincula estrechamente con el concepto que se tenga de las "partes procesales"; como desarrollar *in extenso* este tópico excedería notoriamente los alcances dados a este trabajo, remitimos al lector a nuestra obra *Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe*, ed. CDEPR, 1978, t. I, ps. 481 y ss.

vil). De no cumplirse la exigencia legal, resultará absurdamente inútil el pronunciamiento judicial respectivo, pues no se concibe que alguien sea hijo matrimonial de su madre y no del marido de ella.

b) por inescindibilidad por la naturaleza jurídica de la pretensión sustentada: tiene lugar, aunque la ley no lo ordene expresamente, cuando se desprende de su texto que debe requerirse la presencia en el proceso de todos los intervinientes en la relación material litigiosa, pues de no ser así la sentencia resulta de imposible cumplimiento; por ejemplo, la pretensión de división de condominio debe ser promovida contra todos los condóminos, la de declaración de nulidad de un acto, v.gr. compraventa, debe entablársela contra vendedor y comprador, pues no se concibe una venta que sea válida para el primero y nula para el segundo [312].

En todos los ejemplos citados la relación inescindible origina un litisconsorcio necesario [313].

Este deber que glosamos se halla impuesto expresamente en CPCN, 89, donde se establece que "el juez, de oficio o a solicitud de parte, ordenará antes de dictar la providencia de apertura a prueba la integración de la litis, dentro de un plazo que señalará, quedando en suspenso el desarrollo del proceso mientras se cita al litigante o litigantes omitidos" [314].

[312] Acerca de la forma de actuación del llamado a integrar el litigio, ver nuestro trabajo *Intervención de terceros*, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, ap. III, ps. 488 y ss.

[313] Sobre el tema, ver nuestra obra *Comentarios...*, ob. cit., ps. 497 y ss.

[314] La norma está contemplada en idéntica o similar redacción en los códigos de Buenos Aires, art. 89; Catamarca, art. 89; Córdoba, art. 1038; Corrientes, art. 84; Chaco, art. 89; Chubut, art. 89; Entre Ríos, art. 86; Formosa, art. 89; Jujuy, art. 295; La Pampa, art. 90; Misiones, art. 89; Río Negro, art. 89; San Luis, art. 89; Santa Fe, art. 305; Santiago del Estero, art. 89; Tucumán, art. 82.

Claro está que el límite temporal impuesto en la norma citada puede ser excedido por el juez actuante; por ejemplo, advierte la necesidad de integrar el litigio al momento de sentenciar. Como resulta de toda claridad que el pronunciamiento no puede ser emitido, habrá de convocar a quien debió ser parte originaria, para decidir la causa luego de tramitarla con tal interesado. De no proceder en esa forma, su sentencia será anulable por el superior y, aun de ser consentida, resultará de cumplimiento imposible cuando se omitió la integración; y si la sentencia se ataca por vía recursiva, la decisión nulificante del superior tiene que sancionar al juez incumplidor del deber que glosamos. CPCSF, por ejemplo, en su art. 254, dispone que "si el procedimiento se anula por causa imputable a una de las partes, serán a su cargo las costas producidas desde el acto o la omisión que dio origen a la nulidad. Si ésta debiera atribuírse a culpa del juez o tribunal que sentenció la causa, se le impondrán las costas".

Esta norma, de antigua sabiduría jurídica, se halla repetida en CPCN, 74, aunque sin el párrafo que deriva al juez los efectos de la declaración de nulidad. De allí que no resulte aplicable al supuesto que venimos tratando, porque si bien el actor omitió demandar a todo el conjunto de personas susceptibles de asumir el rol de demandado en un proceso, el juez actuante debió velar por la integración del litigio. Y al no hacerlo, debe sufrir una sanción —como en todo incumplimiento de un deber— que si no consiste en la imposición de costas tendrá que ser de naturaleza administrativa. Pero, nótese bien, es insoslayable para el tribunal de alzada imponer la sanción.

1.2.1.3.1.4. ACUMULAR PROCESOS.

Este deber procesal de dirección en cuanto a la pretensión objeto del pleito está expresamente previsto en

CPCN, 190 [315], luego que el mismo código, en su art. 188 y en términos similares a los que legislan los demás CPC del país, establece los presupuestos que necesariamente deben concurrir en cada caso para permitir una acumulación de procesos.

Considerando que el texto de CPCN, 188 [316], no resulta suficientemente idóneo para resolver lo que se presenta como delicado problema procesal, entendemos conveniente explicar antes que nada la razón por la cual se permite o se exige (según las circunstancias) la actividad acumulativa.

a) Se dice que las relaciones jurídicas son absolutamente *idénticas* cuando coinciden exactamente en la comparación de la totalidad de sus elementos (idénticos sujetos, objeto y causa). Ellas se presentan siempre en sede judicial, en virtud de la interposición de sucesivas demandas por un mismo sujeto contra otro, pretendiendo el mismo objeto a base de la misma causa. Si la segunda (sucesiva) demanda se entabla pendiente la primera, originará la aplicación del instituto de la *litispendencia por identidad*; si se incoa habiendo sido sentenciada la anterior, se aplicará el de la *cosa juzgada.*

Estas ideas, que serán tratadas nuevamente en el siguiente número, las explicitamos aquí al solo efecto de posibilitar una mejor comprensión de lo que ahora escribiremos.

315 Esta norma se halla contenida en similar e idéntica redacción en los códigos de Buenos Aires, art. 190; Catamarca, art. 190; Córdoba, art. 1055; Corrientes, art. 84; Chaco, art. 190; Chubut, art. 190; Entre Ríos, art. 187; Formosa, art. 190; Jujuy, art. 213; La Pampa, art. 190; La Rioja, arts. 33/47; Misiones, art. 190; Río Negro, art. 190; San Luis, art. 190; Santa Fe, art. 340; Santiago del Estero, art. 190; Tucumán, art. 180.

316 Esta norma se halla contenida en similar o idéntica redacción en los códigos de Buenos Aires, art. 188; Catamarca, art. 188; Córdoba, arts. 1053 y 1054; Corrientes, art. 84; Chaco, art. 188; Chubut, art. 188; Entre Ríos, art. 185; Formosa, art. 188; Jujuy, art. 213; La Pampa, art. 188; La Rioja, art. 47; Misiones, art. 188; Río Negro, art. 188; San Luis, art. 188; Santa Fe, art. 340; Santiago del Estero, art. 188; Tucumán, arts. 180 y 181.

b) Se dice que dos relaciones son *conexas* cuando tienen uno o dos elementos comunes (nunca los tres), quedando fuera de la comunidad el otro u otros.

La conexidad puede ser *subjetiva* (es común el elemento "sujetos"), *objetiva* (es común el elemento "objeto"), *causal* (es común el elemento "causa") o *mixta* (son comunes los sujetos y el objeto o la causa).

La *conexidad subjetiva* origina, procesalmente, una *acumulación objetiva de pretensiones* (acumulación de objetos en una misma demanda). Configura un *derecho facultativo* del actor, quien puede ejercerlo siempre que sus pretensiones no se excluyan entre sí, que pertenezcan a una misma competencia (territorial, material y cuantitativa) y que deban sustanciarse por los mismos trámites (CPCN, 87)[317].

La *conexidad objetiva* y la *causal* originan, procesalmente, una *acumulación subjetiva* o de autos o procesos (acumulación de sujetos demandados por un mismo objeto o base de una misma causa). Configura *un derecho facultativo de ambas partes*: si el actor, pudiendo hacerlo, no acumuló pretensiones, los demandados podrán pedir que se simultaneen las causas, siempre que ellas estén en la misma instancia, pertenezcan a la misma competencia material (a estos efectos no se considera distintas a las materias civil y comercial) y puedan ser sustanciadas por los mismos trámites (CPCN, 188)[318].

[317] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 87; Catamarca, art. 87; Córdoba, art. 158; Corrientes, art. 84; Chaco, art. 87; Chubut, art. 87; Entre Ríos, art. 84; Formosa, art. 87; Jujuy, art. 297; La Pampa, art. 88; La Rioja, art. 45; Misiones, art. 87; Río Negro, art. 87; San Luis, art. 87; Santa Fe, art. 133; Santiago del Estero, art. 87; Tucumán, arts. 177 a 179.

[318] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 188; Catamarca, art. 188; Córdoba, arts. 1053 y 1054; Corrientes, art. 84; Chaco, art. 188; Chubut, art. 188; Entre Ríos, art. 185; Formosa, art. 188; Jujuy, art. 213; La Pampa, art. 188; La

Como se ve, existe evidente similitud de requisitos entre ambos institutos analizados, pues —salvo el caso del inc. 1 del art. 87, CPCN, que luego trataremos específicamente— los demás son idénticos entre sí; y es que tanto la acumulación de pretensiones como de procesos, responden a los principios de economía y celeridad; tanto al órgano jurisdiccional, a las partes, a los auxiliares judiciales, como a la comunidad toda, les interesa que los litigios tengan justa pero pronta y económica solución.

La *conexidad mixta* puede originar, procesalmente, tanto una acumulación de pretensiones como de autos. El primer caso se presenta cuando son varios los actores y uno o varios los demandados, siempre que la pretensión se funde en el mismo título o nazca del mismo hecho y tenga por objeto la misma cosa. El segundo caso se presenta como derecho (facultativo) de ambas partes, ya visto al tratar la conexidad objetiva y causal.

c) Por último, se dice que dos relaciones son *afines* cuando no teniendo ningún elemento idéntico o común (es distinto *uno* de los sujetos, el objeto y la causa), presentan la conveniencia de un solo acto de juzgamiento, pues en ambas el meollo litigioso está constituído por un *mismo punto de hecho o de derecho* que merece idéntica evaluación o solución judicial.

d) En todos los casos de conexidad objetiva, causal y mixta y eventualmente en los de afinidad, la necesidad de acumular no proviene de la aplicación de los principios ya vistos de celeridad y economía (que explicaban por qué la acumulación era facultad de las partes), sino de otro de mayor entidad y jerarquía, con carácter de orden pú-

---

Rioja, art. 47; Misiones, art. 188; Río Negro, art. 188; San Luis, art. 188; Santa Fe, art. 340; Santiago del Estero, art. 188; Tucumán, arts. 180 y 181.

blico, que responde a la denominación de "principio de seguridad jurídica".

De ahí que la seguridad jurídica, uno de los más importantes fines del derecho, se logra en el proceso impidiendo el dictado de sentencias contradictorias sobre un mismo litigio (razón por la cual se puede decretar de oficio la litispendencia y la cosa juzgada) o sobre litigios que se presentan conexos objetivamente o afines (lo que explicará el porqué de la necesidad acumulativa, aun cuando las partes no deseen simultanear procesos).

Y es que siempre que la sentencia que se dicte en una causa haya de producir efectos de cosa juzgada en otra, aunque las partes no lo hayan solicitado, es deber del juez (por ser ésa la voluntad expresa de la ley) ordenar su acumulación, a fin de evitar la posibilidad de coexistencia de sentencias contradictorias.

Esta tarea, atendiendo a su finalidad de mantenimiento del orden y seguridad jurídica y de la paz social, no puede quedar librada a la concurrencia de los requisitos que acumulativamente prevé CPCN, 188. Claramente se advierte que si la sentencia que se dicte en un proceso hará cosa juzgada en otro, poco importa que ellos no estén en la misma instancia, que no radiquen ante una misma competencia material, que no puedan sustanciarse por los mismos trámites, o que el estado de las causas lo permita (como reza el inc. 4, agregado en el Proyecto de Reforma al CPCN de 1979), pues igualmente tendrá que ordenarse la acumulación, o al menos, si resulta materialmente imposible efectuarla, imponer el dictado de una sola sentencia emitida por un mismo juez en un mismo acto de juzgamiento.

Se trata —por ejemplo— del supuesto que hemos dejado antes pendiente de explicación: si bien no pueden acumularse pretensiones cuando ellas se excluyen entre sí (v.gr., cumplimiento y resolución contractual presentados

contemporáneamente, y no subsidiariamente), es menester la acumulación cuando, por falta de oportuna reconvención, el demandado pretende en otro pleito distinta solución contradictoria a la sustentada en su contra en el anterior (v.gr., demandado el cumplimiento se contrademanda por separado pidiendo se resuelva el contrato). Como en el supuesto de no acumular puede resultar factible que ambas pretensiones sean acogidas por cada uno de los jueces actuantes, deviene fácil advertir que en virtud de ello se presenta el fin no querido de la ley: coexistencia de sentencias contradictorias que generan un total caos jurídico. ¿Cuál de ellas podrá ejecutarse? ¿La que ordena el cumplimiento? ¿La que declara la resolución?

Como la solución obtenida es claramente disvaliosa, habrá que aceptar, por vía interpretativa, que la palabra "además" que se halla en el segundo párrafo de CPCN, 188, o se tiene por no escrita (caso de considerar, como lo hace la inteligente doctrina que existe sobre el tema, que los requisitos establecidos en el artículo de marras no son acumulativos) o se aplicará la solución que indirectamente brinda CPCN, 194: cuando la acumulación material resultare dificultosa, cada proceso se sustanciará por separado, pero se dictará una sola sentencia.

Ello generará, materialmente, otros obvios problemas difíciles de resolver; pero eso constituye harina de otro costal. Si los pleitos tramitan en distintos grados de conocimiento o ante diferentes competencias materiales o cuantitativas, ¿a quién corresponderá dictar la solución única? Claro está que la decisión habrá de ser tomada en caso concreto, acumulando sobre el proceso que radica en instancia superior o de mayor cuantía en los casos extremos reseñados o en el que tenga competencia material de carácter residual o haya prevenido con anterioridad en la restante hipótesis.

Lo mismo ocurrirá en todo supuesto de intervención de tercero, principal o adhesiva autónoma. En el primer caso, porque al no permitirse en CPCN, 90, la intervención agresiva o excluyente, queda como única solución posible la de acumular autos; en el segundo, en el supuesto de no admitirse el pedido de intervención formulado conforme a lo dispuesto en CPCN, 92, será menester que el juez ordene la acumulación, en cumplimiento de este importante deber que hemos glosado.

1.2.1.3.1.5. COMPROBAR LA AUSENCIA DE LITISPENDENCIA POR IDENTIDAD Y DE COSA JUZGADA.

Este deber procesal de dirección en cuanto a la pretensión objeto del pleito ya ha sido esbozada en el número anterior; empero, para obtener una mejor comprensión del tema, reiteramos aquí algunas de las ideas ya expuestas.

Si analizamos comparativamente dos relaciones jurídicas litigiosas en sus elementos sujeto, objeto y causa, a efectos de determinar si una controversia es idéntica a otra, si la contradice y si puede coexistir con ella, puede resultar que coincida integralmente la totalidad de elementos estudiados, lo que determina —en resguardo del principio de seguridad— que sólo una de las causas pueda mantenerse vigente a fin de evitar un eventual escándalo jurídico.

En rigor de verdad, estos tres elementos que utilizamos para efectuar la tarea comparativa, que están normados en el art. 1351 del Código Civil francés, en el viejo Código Civil italiano —inspirado en aquél— y en el Código Civil español, no los exige nuestra legislación, de donde resultan aplicables al caso las leyes preexistentes a nuestra independencia, por esa particular característica de las leyes procesales, que derogan y no abrogan las anteriores dejándolas subsistentes en cuanto no han sido modificadas. De allí, al

decir de Tomás Jofré [319], que están vigentes en este tópico las leyes de Partidas, que expresamente consagraban la triple identidad que venimos estudiando.

Sin perjuicio de lo expuesto, hace notar Manuel Ponz [320] que Vélez Sarsfield se refiere a tales elementos en la nota a los arts. 1102 y 1103 del CC, lo cual —sostiene— permite suponer que no los consideraba innecesarios.

Sobre el tema, Alsina —quien fundó doctrinalmente el amplio desarrollo de las tres identidades— [321] sostiene que "la circunstancia de que nuestro codificador se abstuviera de formular un precepto semejante al art. 1351 del Código Civil francés, no significa que prescindiese de la doctrina, sino que quiso facultar a los jueces a que, con sujeción a ese principio, puedan examinar libremente si la cosa es o no idéntica a la ya sustanciada y establecer, en consecuencia, si hay posibilidad de contradecir la decisión anterior (en el caso de cosa juzgada) o si ambas sentencias son susceptibles de coexistencia, porque no se desconoce o disminuye un derecho reconocido implícita o explícitamente en la primera sentencia, para lo cual deben examinarse, no sólo los fundamentos de la decisión, sino los términos en que quedó trabada la litis, que integran de tal manera la parte dispositiva" [322].

Esta referencia a la posibilidad de coexistencia o de contradicción de dos sentencias, sugiere el problema que nace cuando la cosa juzgada debe desempeñar la función

319 *Manual de procedimiento*, 5ª ed., La Ley, anotada por Halperin, Bs. Aires, 1943, t. 4, p. 175 y nota p.

320 *Cosa juzgada*, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, IV, p. 975, últ. par., 2ª columna. Similarmente, Carlos Colombo, *Código de procedimiento civil y comercial anotado y comentado*, Bs. As., 1965, t. I, p. 645.

321 *Tratado...*, 2ª ed., Bs. As., 1961, t. 4, ps. 134, 55 y ss.

322 Íd., ob. cit., p. 168, nota 122, con abundantes citas jurisprudenciales; similarmente, ver Pío S. Jofré, *Código Procedimiento Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, comentado y concordado*, Bs. As., 1961, p. 68, art. 109, nota 2, última parte, con varias citas jurisprudenciales.

que institucionalmente le corresponde, aun sin la concurrencia de las tres identidades, por ej. cuando se promovieron varios juicios en que se debaten cuestiones conexas, de modo que la sentencia que haya de ser dictada en un proceso pueda producir en otro cosa juzgada, de donde deviene la existencia de ésta, aun cuando no confluyan las tres identidades.

Y tal es el caso —necesariamente— en que el legislador autoriza al juzgador, previo examen integral de las dos contiendas, a determinar si la conexidad, continencia, accesoriedad o subsidiariedad, imponen que la jurisdicción no sea inducida a contradicción.

Ahora bien: este tema se halla íntimamente vinculado con el antiguo, controvertido y aún no resuelto problema relativo a si la autoridad de la cosa juzgada reside en la parte dispositiva de la sentencia o si se extiende a sus fundamentos.

Las dos posiciones doctrinales sobre el punto, en realidad no plantean la cuestión en términos tan absolutos, ya que los tratadistas que se ocupan del asunto están contestes, en definitiva, en que:

A) Si la parte dispositiva de la sentencia tiene todos los elementos para establecer los límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada, no será necesario recurrir a los fundamentos.

B) Si la parte dispositiva carece de algún elemento (caso típico de la sentencia impuesta por la costumbre del foro local, donde se concreta a "hacer lugar a la demanda y condenar a la demandada a abonar a la actora la suma reclamada" o "condenar a fulano a que desaloje tal finca dentro de tal término") habrá que recurrir necesariamente a los motivos para identificar la pretensión.

Es bueno hacer notar que esta última es la solución impuesta por casi unánime corriente moderna; y así, se pue-

de advertir que la fundamentación del fallo hace cosa juzgada —porque forma parte integrante de él— para Jofré [323], Imaz [324], Ponz [325], Fernández [326], Serantes Peña y Clavell Borrás [327], Reimundín [328], Couture [329] (quien se inclina por la tesis contraria, pero aceptando utilizar los fundamentos como elementos interpretativos)[330], Pío Jofré [331] (quien adopta igual tesis que Couture, con la salvedad de que los motivos de la sentencia hacen cosa juzgada cuando constituyen un supuesto indispensable y la verdadera razón del pronunciamiento) y Chiovenda [332]; también para la Corte Suprema de Justicia [333].

Claro está que no todas las motivaciones de la sentencia harán, junto con la parte dispositiva, cosa juzgada, sino tan sólo aquellas que se refieran, evaluando, calificando, interpretando o decidiendo, a hechos que "constituyen el supuesto indispensable y la verdadera razón del pronunciamiento" [334]. Por ello, no pueden ser discutidas nuevamente sin atentar contra la integridad de la situación de las partes fijada por el juez con relación al bien de la vida

323 Ob. cit., p. 168, tercer párrafo y sig., con abundantes citas a Savigny, autor del planteo.

324 *Límites procesales de la cosa juzgada*, en "LL", 75-876;

325 Ob. cit., p. 976, nº IX, con citas a: "JA", 70-630; 1942-IV-715; "LL", 50-335; "GF", 192-261; "LL", 51-847; "JA", 1943-II-451; "GF", 80-194.

326 *Código de Procedimiento Civil comentado*, Bs. As., 1955, t. I, p. 178, nota 52.

327 *Código Procesal Civil y Comercial comentado y concordado*, 2ª ed., Bs. As., 1965, art. 95, nota *c*.

328 *Derecho procesal civil*, Bs. As., 1957, t. II, p. 73.

329 *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Depalma, Bs. As., 1958, p. 426, nº 279.

330 Ob. cit., p. 428.

331 Ob. y lug. cits.

332 *Principios de derecho procesal civil*, trad. española de la 3ª ed. italiana de J. Casals y Santaló, Madrid, 1925, t. II, ps. 424 y 425.

333 "Fallos", t. III, p. 339; "JA", 5-21; 44-540; 34-1219; y especialmente "LL", 18-467.

334 Pío Jofré, íd.; "JA", 1943-I-328; CARos., en pleno, 28/11/47, en "LL", 50-539; "J", 2-42; 3-7; 7-317 y 5-402.

discutido [335]. En otras palabras, la cosa juzgada se mantiene sobre *toda la sentencia*, dentro de los límites de la demanda sobre la cual el juez se pronuncia *"principaliter"* y no *"incidenter tantum"* [336].

Efectuadas estas necesarias y previas aclaraciones, volvamos ahora a la idea inicial: siempre que concurran demandas sucesivas entre idénticas partes, por idéntico objeto e idéntica causa, es menester que el juez mantenga vigente sólo la primera de ellas, si todavía no llegó a estado de sentencia. A tal fin, aun cuando las partes no aleguen el estado de litispendencia, el juez debe declararlo de oficio a efecto de evitar el peligro potencial de coexistencia de sentencias contradictorias. A su turno, si la primera causa ya obtuvo pronunciamiento judicial firme, el juez debe declarar —también de oficio, en ausencia de pedido expreso de partes— que existe cosa juzgada, por las mismas razones ya expuestas.

En ambos casos se guarda estricto respeto al principio de seguridad jurídica, cuya vigencia no puede quedar sólo al cuidado de las partes, y el destino final de las causas que deben caer o ceder para dar preferencia a la que primero se dedujo o a la que fue sentenciada, es el archivo que ordenará el juez actuante.

Ahora bien: la identidad precedentemente vista puede presentarse también por *continencia* (figura intermedia entre la identidad absoluta y la conexidad). Ocasiona también el estado de litispendencia, con la particularidad de poder derivar al archivo de las actuaciones o a la acumulación de la causa "contenida" sobre la "continente".

Resta ver, para finalizar, a partir de cuándo se origina el estado de litispendencia, ya que el de cosa juzgada se

[335] Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. I, p. 439.

[336] Chiovenda, ob. cit., p. 460.

presenta fácilmente observando si un pronunciamiento anterior adquirió o no ejecutoria.

Distintas son las posiciones doctrinales existentes al respecto: la litispendencia nace en ocasión de ser promovida la demanda, o de su notificación, o de la traba de la litis.

Para nosotros la solución es sencilla: si se entiende por litigio la afirmación en sede judicial de la existencia de un conflicto intersubjetivo de intereses en el plano de la realidad social, es obvio que la litis es el contenido necesario de la demanda y, por ende, el estado de litispendencia nace a partir del momento mismo de su promoción. Esta tesis implica la posibilidad de aceptar la contestación *ante tempus*, la necesidad de declarar caduco un proceso inmovilizado por el plazo fijado al efecto aunque no se haya notificado la demanda, etc.

1.2.1.3.2. EN CUANTO A LA PRUEBA.

1.2.1.3.2.1. DETERMINAR LOS HECHOS A PROBAR.

A partir de la derogación de la ley 14.237, CPCN no establece este deber procesal de dirección en cuanto a la prueba, no obstante lo cual, atendiendo la indudable vigencia del deber que le impone al juez vigilar para que durante la tramitación de la causa se procure la mayor celeridad y economía procesal, creemos que está implícito en la normativa vigente, por fluír naturalmente de conocidos principios expresamente aceptados.

Para mejor comprender lo que se viene exponiendo, resulta útil recordar que el art. 23 de la ley 14.237 establece que "en el auto de apertura de la causa a prueba en los juicios ordinarios, el juez convocará a las partes a una audiencia que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes, a fin de que establezcan los hechos articulados sobre los cuales versará la prueba de acuerdo con la de-

manda, reconvención o contestación de ambas en su caso y que sean conducentes a la decisión del juicio... La audiencia se realizará *en presencia del juez* y en el acto o dentro del tercero día, según la complejidad de las cuestiones, aquél fijará definitivamente los hechos".

Sobre esta norma, Clemente A. Díaz[337] sostuvo que "desde el momento en que se conoció el texto del proyecto del Poder Ejecutivo, fue la manzana de la discordia; existe unanimidad de pareceres respecto de la importancia práctica de ese precepto, pero las opiniones particulares, pesimistas las unas, escépticas las restantes, son tan discordes que todavía no se ha hallado el común denominador que permita asentar una definición. No es solución propicia la derogación del art. 23; en los casos de disposiciones aberrantes, contradictorias, etc., la doctrina y la jurisprudencia buscaron, de consuno, la solución más justa, más razonable o más equitativa, por vía de interpretación del sistema general, y solamente en casos excepcionalísimos, donde gravitaba intensamente un derecho de la vida, propugnaron, con prudencia y humildad sumas, solamente la modificación legislativa del texto legal. El criterio axiológico del pesimismo, que se encamina a la derogación de la ley, no solamente no comporta ningún progreso para la ciencia jurídica, sino que está falseado por consideraciones ideológicas, muy respetables, pero no siempre jurídicas". Y agregaba en nota: "La posición pesimista a que se alude en el texto se colocó en situación profética cuando expresó que se trataba de un precepto destinado a no ser cumplido. La profecía se ha cumplido; con ello, no se ha demostrado que el propósito del legislador no está inspirado en sanos principios; el único saldo de esta experiencia podrá desilusionar acerca de los hombres, pero no de la ley".

[337] *Exégesis del art. 23 de la ley 14.237*, en "Revista de Derecho Procesal", de Hugo Alsina, año XI (1953), 1ª parte, ps. 271 y ss.

Ello se explica por cuanto el art. 9 del decreto-ley 23.398 derogó el art. 23 que venimos comentando, lo que motivó un excelente trabajo monográfico de Santiago Sentís Melendo [338], quien sostuvo que esta norma era la más interesante e innovadora de la ley 14.237, y ello porque en virtud de ella se imponía la *predeterminación de la prueba y la prefijación de los hechos controvertidos.* Así, "el legislador pensó que en un cierto momento del proceso, quedasen fijados, se estableciesen los hechos sobre los cuales habría de versar la prueba. Pero lo importante no es tanto esa determinación... sino el momento procesal en que se realizaba, y solamente en él se podía realizar tal determinación". Y haciendo un escalonamiento de los conceptos contenidos en la ley, el recordado autor alegaba: "*los hechos articulados* lo son por las partes en sus respectivos escritos; al enfrentarse, forman los *puntos litigiosos*; estos puntos litigiosos son los *hechos articulados sobre los cuales versará la prueba* y el juez deberá *fijarlos*; y estos *hechos fijados definitivamente por el juez* son los *hechos controvertidos.* Comoquiera que sólo en virtud de tal *fijación* los *hechos articulados* se convertían en *hechos controvertidos,* hasta tanto existiesen como tales no podían ser objeto por parte del juez de medidas conducentes a esclarecer la verdad de ellos".

Tan claro y fluído resulta lo expuesto, que sólo una carencia de mentalidad reformista o una ociosa comodidad de partes y jueces pudo generar la derogación de la norma [339], de la cual se afirmó que era impracticable porque absorbía un enorme tiempo útil de la tarea judicial.

[338] *El proceso civil* (estudio de la reforma procesal argentina), ed. E.J.E.A., Bs. As., 1957, ps. 185 y ss.

[339] Clemente Díaz, en ob. y lug. cits., comienza su explicación recordando un párrafo de la inolvidable obra de Calamandrei, *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados,* p. 130: "También yo, al atreverme a hacer algún pronóstico sobre el nuevo Código, me siento decididamente incli-

Pese a no tener normativa similar en Santa Fe, aplicamos el criterio que venimos desarrollando durante un prolongado lapso de actuación como jueces de primera (y única) instancia en juicio oral sobre ciertas materias civiles, obteniendo un resultado inmejorable que pusimos de manifiesto en trabajo estadístico publicado hace años [340].

No sólo por las bondades prácticas demostradas, sino por el convencimiento —como ya lo hemos dicho *supra*— de que este deber surge naturalmente de la aplicación de otros, es que lo hemos insertado en la enunciación que desarrollamos en esta obra, considerándolo de insoslayable cumplimiento por el juez.

De tal forma, sostenemos que antes de ordenar la apertura del período probatorio, el juez debe fijar con claridad cuáles son los hechos controvertidos, a fin de que sobre ellos, y sólo sobre ellos, las partes ofrezcan los medios adecuados que acrediten sus respectivas afirmaciones vertidas en los escritos constitutivos del proceso.

1.2.1.3.2.2. MANTENER EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN.

Este deber procesal de dirección en cuanto al objeto del pleito y más concretamente en cuanto a la prueba, está expresamente adoptado en CPCN, 34, inc. 5, *a* [341], y respon-

---

nado hacia el optimismo. Pero es necesario se trate de un optimismo activo; es necesario que magistrados y abogados se pongan al trabajo de buena gana, para hacer que esta reforma de la estructura visible del proceso, vaya acompañada de una reforma de la costumbre, que opera más adentro, sobre las conciencias y sobre los espíritus...".

340 *El juicio oral en la provincia de Santa Fe*, en la revista "Jus", La Plata, nº 7, p. 11.

341 Esta norma se halla contenida en similar o idéntica redacción en los códigos de Buenos Aires, art. 34, inc. 5; Catamarca, art. 34, inc. 5; Chaco, art. 34, inc. 5; Chubut, art. 34, inc. 5; Entre Ríos, art. 31, inc. 5; Formosa, art. 34, inc. 5; Jujuy, art. 2; La Pampa, art. 35, inc. 5; La Rioja, art. 31; Misiones, art. 34, inc. 5; Río Negro, art. 34, inc. 5; San Luis, art. 34, inc. 5; Santa Fe, art. 21; Santiago del Estero, art. 34, inc. 5; Tucumán, art. 31.

de al conocido como "principio de concentración", el cual, según Alsina [342], tiende a acelerar el proceso, eliminando trámites que no sean indispensables, con lo cual el juez puede obtener una visión más concreta de la litis.

El tema ya fue tratado en nº 1.2.1.1.7, donde remitimos al lector. Agregamos aquí, tan sólo, que esta doctrina ha llegado a CPCN, donde se adopta un sistema probatorio similar para el juicio sumario (art. 486) y sumarísimo (art. 498), consagrándose un régimen en el cual, pese a las bondades pregonadas por Podetti [343], encontramos serios defectos que tornan sumamente gravosa la defensa del actor, puesto en la carga de ofrecer prueba que luego puede resultar inútil por no existir contradicción en cuanto al hecho que se intenta probar.

En CPCSF, 546, donde en régimen similar la notificación de la demanda limita definitivamente los medios de prueba a los ya ofrecidos, la defensa de los intereses del actor se torna peligrosa, al resultar prácticamente imposible que logre prever la totalidad de supuestos que puede presentar en el responde su contraparte. De allí que antes de ahora hemos propiciado la adopción legal de un nuevo sistema probatorio, entendiendo que es poco el tiempo que se gana con el ofrecimiento conjunto y que ello en nada empece a la vigencia de la concentración, tal como lo hemos señalado [344]. Sostuvimos en esa oportunidad que el diario trata-

342 *Tratado...*, p. 461.

343 Dice este autor que con un solo escrito se evitan docenas de ofrecimientos parciales de prueba; se impide la atención simultánea —imposible— de varios litigios; exige mayor labor personal de los jueces y, por ende, se logra mejor justicia; demanda mayor esfuerzo y estudio de los abogados antes de intervenir en el proceso, pero les permite seleccionar y, por ende, desechar pleitos inútiles.

344 Ver: Julia B. Olivella de Rossi, Adolfo Alvarado Velloso y Jaime Yusem, *El juicio oral en el CPC; modificaciones propiciadas por el Tribunal Colegiado de Juicio Oral Nº 2 de Rosario ante la inminente reforma procesal*, "J", 31-269.

miento de expedientes demuestra, acabadamente, que bajo la reglamentación vigente existen ocasiones en que se brinda al demandado malicioso —que lo hay, desgraciadamente— la oportunidad de obtener una ventaja decisiva para la suerte del pleito, explotando alguna inadvertencia del actor. Con el sistema que sugerimos, se armoniza el principio de lealtad procesal en cuanto pesa sobre el actor con la realidad de no tomar ese principio como una ventaja para el demandado desleal. La presunta dilación del trámite que tal sugerencia traería aparejada, quedará compensada con la prevención de negativas procesales maliciosas utilizadas como simples estrategias procesales y de innumerables incidentes sobre articulación de "hechos nuevos".

1.2.1.3.2.3. DESECHAR LA PRUEBA NOTORIAMENTE IMPROCEDENTE Y LA IMPERTINENTE O INCONDUCENTE.

Este deber procesal de dirección en cuanto a la prueba ofrecida en el pleito, se halla legislado en CPCN, 364 [345], donde se dispone: "*no podrán* producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos. *No serán* admitidas las que fueren manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias".

a) La primera parte de esta norma refiere a lo que en doctrina se conoce como "prueba impertinente" o "inconducente", que no versa sobre los hechos contradictorios que es menester acreditar en función de las afirmaciones

[345] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 362; Catamarca, art. 364; Córdoba, art. 173; Chaco, art. 342; Chubut, art. 364; Entre Ríos, art. 350; Formosa, art. 361; Jujuy, art. 310; La Pampa, art. 342; La Rioja, art. 300; Misiones, art. 364; Río Negro, art. 360; San Luis, art. 364; Santa Fe, art. 145: Santiago del Estero, art. 356; Tucumán, art. 312.

de las partes; en otras palabras, se trata de una prueba que intenta confirmar un hecho no articulado ni en la demanda ni en la contestación.

Esta norma juega exactamente al revés en CPCSF, art. 415: allí se impone al juez el deber de abstenerse de emitir pronunciamiento (antes de la sentencia) sobre la impertinencia probatoria.

¿Cómo es posible la adopción por diferentes regímenes legales de tan antagónicos deberes? Efectivamente, es un problema que se debe resolver con la pauta filosófico-política que se tenga en mira al regular cada actividad procedimental.

Para nosotros, en un proceso que no consagra el deber de prefijar los hechos contradictorios (v. número anterior) y que veda, además, en ciertas ocasiones, la posibilidad de alegar, resulta peligroso el cumplimiento de este deber por el juez y, por ende, se convierte en letra muerta dentro de la ley por ausencia de constante aplicación oficiosa.

Nosotros no comprendemos cómo se puede suprimir la etapa crucial del pleito —la correspondiente a las alegaciones—, so capa de mantener vigente el principio de celeridad. Si se entiende que un buen alegato no es otra cosa que un proyecto de sentencia, mediante el cual el defensor intenta *dar los argumentos* que convencerán al juez de su razón (en definitiva, el abogar no es otra cosa que eso: intentar convencer con argumentos serios e irrebatibles), no se puede dejar de advertir que vedar la alegación implica una evidente merma del derecho de defensa, tal como está latamente concebido a nivel constitucional.

Couture [346], después de plantear el problema en agudos términos, opta por la solución que brinda CPCSF: "propuesta una prueba aparentemente impertinente, no corres-

[346] *Fundamentos...*, 3ª ed., Depalma, Bs. As., 1958, p. 239.

ponde debatir *in limine* sobre su incorporación o su alejamiento del proceso. El juez debe postergar siempre esa calificación para la sentencia definitiva". Y agrega: "La jurisprudencia ha reservado a los jueces, sin embargo, una especie de válvula de seguridad para aquellas pruebas notoriamente impropias o escandalosas, o cuyo costo desproporcionado excede de las exigencias del litigio, o escritos improcedentes, etc. Pero estas soluciones no pueden considerarse inherentes a la prueba, sino de verdadera disciplina judicial, tendientes a evitar los excesos de litigantes notoriamente maliciosos. Fuera de esos casos, y aun en la duda, la conducta que corresponde asumir... es reservar el pronunciamiento para el instante del fallo".

Compartiendo este pensamiento, somos partidarios de guardar una lógica prudencia y mesura en el cumplimiento de este deber, pues el juez puede caer fácilmente en prejuzgamiento o, lo que es peor, mermar el derecho de defensa de las partes, con todo lo que ello implica de disvalioso.

b) La segunda parte del art. 364 refiere a lo que se conoce como prueba "inadmisible" o "improcedente". Con ella no se trata de probar un hecho no afirmado, como ocurría en el caso anteriormente tratado; al contrario, se intenta acreditar un hecho conducente, pero con un medio probatorio que carece de idoneidad al efecto. No se trata ya del *tema* de prueba, sino de los *medios* aptos para producirla. Los ejemplos pueden encontrarse tanto en la ley de fondo como en la procesal: no es idónea la prueba testimonial para acreditar una contratación superior a determinado monto dinerario, si no existe principio de prueba por escrito; tampoco la exhibición general de libros fuera de las causas expresamente previstas en la ley; también resulta inadmisible, ya en lo procesal, una absolución de posiciones de un menor de edad (por carencia de capacidad para obligarse) o de un mayor previa sujeción a drogas que

inducen a decir verdad (por carencia de *animus confitendi*), o un medio apto pero ofrecido extemporáneamente, si ello no fue consentido por la contraparte, etc.

Como se puede colegir de lo que llevamos expuesto, tampoco aquí resulta siempre sencilla la actuación oficiosa del juez. Por ejemplo, si aceptamos que un hecho notorio no requiere de prueba y ella —no obstante— se ofrece, al rechazarla el juez, ¿no prejuzga acerca del carácter de notoriedad que puede encontrarse litigioso? ¿Y si para el juez el hecho no era notorio? Tampoco requiere de prueba el hecho evidente; sin embargo, el constante avance de la ciencia puede hoy demostrar lo contrario de lo que ayer se aceptaba como norma y como dogma. ¿Es factible aplicar la idea de improcedencia para desechar un medio probatorio al respecto?

Por cierto, tanto en uno como en otro caso, habrá que analizar detenidamente las eventuales implicaciones disvaliosas posteriores en cada supuesto concreto y resolver en consecuencia, pues resulta imposible, insistimos, efectuar una formulación general que comprenda todas las hipótesis justiciables. Ello se tornaría menos gravoso, obviamente, si este deber coexistiera con el que ya impuso el derogado art. 23 de la ley 14.237, pues en la audiencia designada a efectos de prefijar los hechos de prueba el juez tiene oportunidad de valorar debidamente la totalidad de los hechos alegados y de los medios ofrecidos para confirmarlos.

1.2.1.3.2.4. ABSTENERSE DE CUESTIONAR LA VALIDEZ INTRÍNSECA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

Este que parece curioso deber procesal de dirección en cuanto a la prueba, no se halla impuesto en CPCN, pero sí en CPCCba, art. 298, y en CPCSF, art. 201, en cuyo texto se establece: "la inadmisibilidad de la prueba testimonial no puede ser objeto de articulaciones, y los jueces

deberán siempre decretar el examen de los testigos, cualquiera que sea su opinión al respecto".

Literalmente, y a primera vista, pareciera que la norma carece de sentido, pues luego de referir a la "inadmisibilidad" (no a la admisibilidad), ordena a los jueces que siempre decreten el examen testimonial, no obstante su opinión al respecto.

Como este deber proviene del Código que para Santa Fe redactó Isaías Gil en la segunda mitad del siglo pasado, hemos buscado su verdadero alcance interpretativo en los glosadores del texto original y del que le siguió temporalmente.

Así, descubrimos que Parody [347], confundiendo procedencia con conducencia, sostiene que "esta disposición concuerda con la que establece que el juez no podrá pronunciarse antes de la sentencia sobre la *pertinencia* de los hechos alegados. Supongamos el caso que se trate de un juicio sobre cumplimiento de contrato cuyo valor no exceda de doscientos pesos, que por la legislación no puede ser probado por testigos y, a pesar de ello, la parte interesada ofrece prueba testimonial; ¿debe admitirla o rechazarla el juez?". De este ejemplo resulta evidente que se glosa un problema de inadmisibilidad, y no de impertinencia; y si ello es así, ¿qué sentido tiene la norma civil frente al claro texto procesal que ordena que el juzgador decrete siempre el examen testimonial?

Cabal y Atienza [348] también incurren en el error de sostener que "el artículo se refiere a la pertinencia de la prueba, que no puede ser puesta en cuestión antes de

[347] Alberto N. Parody, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe*, ed. Lajouane, Bs. As., 1912, t. I, p. 322.

[348] *Anotaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, ley 2924*, ed. Ciencia, Rosario, comentario al art. 176.

la sentencia (recuérdese la explicación que dimos en nº 1.2.1.3.2.3), no a la procedencia, que debe ser examinada al ser ofrecida. El juez no podrá negarse a admitir la prueba testimonial, so pretexto de que no es pertinente; v.gr.: si se trata de probar un contrato superior a doscientos pesos (CC, 1193)". Y para colmo de confusiones, agregan: "...pero podrá y debe negarse a admitirla, si se ofrece fuera del término legal, en mayor número que el permitido, con personas comprendidas en la prohibición de testimoniar, etc.".

Para nosotros la explicación es bien distinta. Cuando se redactó la norma originaria, promediando la segunda mitad del siglo pasado, estaba latente en toda la doctrina de entonces una especial aversión hacia la prueba testimonial. Se puede ver, por ejemplo, que Caravantes [349] informa que "la prueba de testigos ha sido una de las primeras de que se ha hecho uso después de la confesión de las partes. En los primeros tiempos, en que se tenía en gran respeto la veracidad en el uso de la palabra y la religiosidad del juramento, se consideró esta prueba como una de las más acabadas, hasta el punto de llegar algunas legislaciones a preferirla a la prueba instrumental"; y después de abundar en detalles históricos que aseveran lo recién afirmado, agrega: "mas luego que se dictaron las disposiciones convenientes para asegurar la autenticidad de los documentos públicos hasta poder asegurar, como decía Montesquieu, que una escritura era un testigo a quien se corrompía difícilmente, y que llegó a conocerse lo peligrosa que era la extensión dada a la prueba testifical, ya por haberse introducido la mala fe en el testimonio de los hombres, ya por la falta de inteligencia y de memoria de éstos para recordar y exponer debidamente los hechos sobre que versaba su

[349] *Tratado histórico, crítico y filosófico de la ley de enjuiciamiento*, Madrid, 1856, t. II, p. 215.

declaración, perdió esta clase de prueba gran parte de su prestigio y de su favor; y en efecto: bien considerada la prueba de testigos, es una de las más peligrosas, pues en las demás el juez puede engañarse a sí mismo, pero en ésta son los testigos los que pueden engañar al juez. Sin embargo, estos inconvenientes no han parecido ni debido parecer suficientes para proscribir esta prueba... Así, los legisladores modernos, siguiendo aquel principio fundamental de Bentham: «no excluyáis ningún medio de prueba por el solo temor de ser engañados, sino meditadlo y pensadlo bien», no han hecho más que dirigirla y reglarla del modo más conveniente para que dé por resultado la verdad".

A la luz de lo expuesto, fácil resulta colegir que lo que se pretende con la norma glosada (recuérdese la época en la cual se inserta en el plexo jurídico) es que el juez, so pretexto de no confiar en la prueba testifical, la deseche con argumentos relativos a la admisibilidad (no a su pertinencia). Obviamente, ello ya ha perdido sentido histórico, de donde extraemos que CPCN atina al no imponer este deber.

1.2.1.3.2.5. RECIBIR POR SÍ LAS DILIGENCIAS DE PRUEBA.

Este deber procesal de dirección en cuanto a la prueba, encuentra sustento normativo en CPCN, 34, inc. 1, y 263 [350], e instrumenta legalmente el conocido "principio de inmediación judicial", por cuya razón parece conveniente dar, en forma preliminar, el concepto de éste.

Se ha dicho, y con razón, que la función judicial —antes que decisoria— es idéntica a la que cumple el historiador,

[350] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 258; Catamarca, art. 258; Córdoba, arts. 179/180; Chaco, art. 261; Chubut, art. 262; Entre Ríos, art. 255; Formosa, art. 261; Jujuy, art. 13; La Pampa, art. 262; Misiones, art. 263; Río Negro, art. 258; San Luis, art. 263; Santa Fe, art. 18; Santiago del Estero, art. 258; Tucumán, arts. 786 y 787.

pues al comienzo del proceso el juez ignora —en rigor, debe ignorar— los hechos sobre los cuales habrá de juzgar (pues su conocimiento personal sobre tales hechos no resulta idóneo para fundar su decisión).

De tal forma, en el cumplimiento de la tarea de historiar, el juez civil conoce los hechos (salvo en la inspección que él mismo realiza) sólo por referencias, por pruebas arrimadas por las partes en apoyo de sus respectivas afirmaciones.

Y parece claro que quien ha de tomar una decisión en virtud de tales pruebas, deba tener un contacto directo, con ellas, a fin de que no lleguen desvirtuadas por el tamiz efectuado por otros funcionarios [351].

A base de tal idea se formula el *principio de inmediación*, mediante el cual se procura asegurar que el juez se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa —desde su principio—, pues es él quien ha de pronunciar en definitiva la sentencia que la resuelva [352].

Como lo señala Eisner [353], cuando "se afirma que el juez debe recibir directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias [354], debe entenderse como la

351 Ello agrava el peligro de que la causa sea decidida por un juez que sólo tiene conocimiento mediato de las razones y pruebas, en virtud de los documentos —autógrafos o heterógrafos— que forman el fascículo procesal. Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, ed. E.J.E.A., Bs. As., 1959, t. II, p. 46.

352 Esta definición pertenece a Isidoro Eisner, autor argentino que más ha elaborado el tema en su magnífica monografía *El principio de inmediación*, ed. Depalma, Bs. As., 1963.

353 Ob. cit., p. 34.

354 No siempre fue éste el concepto que el común denominador abogadil ha tenido sobre el vocablo "inmediación". Refiere Enrico Allorio, *Problemas de derecho procesal*, ed. E.J.E.A., Bs. As., 1963, t. I, p. 332, que en la confe-

necesaria presencia e intervención del magistrado en el acto de producirse las afirmaciones y postulaciones del actor y demandado referentes a los hechos y derecho invocados por ellos, tanto al trabarse la litis como con motivo de sus alegatos y recursos o impugnaciones; y por otro lado, a la intervención directa del juzgador en el conocimiento del material probatorio, sin valerse de intermediarios que puedan alejar o desfigurar la impresión personal que aquél debe recibir de los medios de verificación. Enrico Allorio [355] sostiene que ya se encuentra superada la fase del proceso aparatoso y solemne realizado ante un juez esfinge, extraño a la investigación activa, en cuya instrucción no despliega intervención útil alguna, que juzga a base de «los escritos de las partes y con la impresión que le deja un debate oral, conducido por los viejos cánones de la elocuencia, y que el juez no pudo dirigir por haber llegado a él impreparado». Conforme el moderno sentir, este rito le quita al juez en efectiva autoridad lo que le confiere la solemnidad externa. Han de caer no pocos oropeles y la justicia aproximarse a la vida. Sirva de fundamento de la moderna ciencia legislativa procesal este simple concepto: el juicio civil debe operar con procedimientos semejantes a los del arbitraje privado; esto es, mediante una serie de encuentros entre el juez y las partes, o quienes las representan, para establecer poco a poco, con las alternadas interrogaciones del primero y la ilustración de los contrapuestos puntos de vista de las segundas, la nebulosa del litigio. Sede oportuna para ello es ese convenio democrático y civil que ha de ser, en la nueva concepción, la audiencia".

---

rencia que el ministro de Justicia de Italia, S. Gullo, pronunció en Milán el 23 de noviembre de 1946 sobre la reforma de los códigos, los asistentes confundían inmediación con rapidez en los juicios! Tal vez ésa haya sido la razón por la cual Niceto Alcalá Zamora empleó la voz "inmediatividad" —traduciendo "*immediatezza*"— en la versión española del *Sistema*... de Carnelutti.

[355] Ob. cit., p. 12.

Con la actividad antes señalada, además de asegurar un conocimiento cabal por el juez del material instructorio, se le facilitará grandemente la percepción de la verdad oculta en el proceso [356], pues "la muda lengua, la elocuencia del cuerpo, es más verídica que las palabras; todos los signos contemplados —el rostro, el tono de la voz, el movimiento— se pierden en la escritura y faltan al juez que no los percibe los más claros y ciertos argumentos" [357]. Como lo remarca Salvador de la Colina [358], "no es dudoso que puestas las partes, en presencia una de la otra y obligadas a explicarse con sencillez, a su manera y sin ninguna preparación, no tardarán en hacer luz completa a la cuestión, sea que procedan de buena fe y se encuentren divididas por errores o malentendidos, sea que la penetración del magistrado atento e ilustrado, reconozca el dolo y el engaño a través de las contradicciones, reticencias, evasivas o silencio del litigante sin razón".

Además de la expresa aceptación de este principio en las normas glosadas, el CPCSF, por ejemplo, lo consagra en sus arts. 151, 152, 162, 177, 180, 184, 208, 227, 543, 558, etc. Obviamente, el principio no rige en la prueba preconstituída extrajudicialmente ni en las comisiones probatorias delegadas a otros jueces.

Por otra parte, es de hacer notar que tradicionalmente se vincula la inmediación con la oralidad; y si bien es cierto que ellas están íntimamente relacionadas, pues la oralidad lleva aneja la inmediación (no se concibe de otra manera, ya que lo que se dice en un proceso de viva voz debe tener al juez por interlocutor necesario), no ocurre lo mismo a la inversa, dado que el principio de inmediación puede existir

356 Enrique Vescovi, *Derecho procesal civil*, ed. Idea, Montevideo, 1974, t. I, p. 75.

357 Ibídem, p. 193.

358 *Derecho y legislación procesal*, ed. Lajouane, Bs. As., 1915.

sin el de oralidad, tal como ocurre en nuestro proceso escrito [359].

Desarrollaremos ahora el esquema legal, teniendo en cuenta que la norma refiere a la aplicación de este principio en los procesos contenciosos y en los que la ley llama voluntarios.

a) *En los procesos contenciosos.*

a.1) *En primera instancia.*

En la legislación provincial santafesina, el cumplimiento de la inmediación por el juez es ineludible, ya que constituye para él un claro deber procesal de dirección.

No ocurre lo mismo en CPCN, 34, inc. 1, cuya norma lo deja librado a la voluntad de las partes [360], explicándose su texto en razón de que "esta modalidad está en relación directa con las posibilidades del juez y del tiempo disponible, condiciones que no pueden despreciarse por el legislador" [361].

Por ello, como "un acatamiento a la realidad, se sacrifica parcialmente el principio de inmediación" [362].

Por las razones dadas al explicar el concepto de este principio, criticamos la legislación nacional y nos afirmamos en la necesidad de su respeto por el juez, tal como lo hace CPCSF, art. 18. La ley nacional ha pretendido erradicar los males del proceso argentino por medio de una conculcación del derecho de defensa del justiciable (al vedarle la posibilidad de alegar en ciertos procesos, al esta-

[359] Santiago Sentís Melendo, *El proceso civil*, ed. E.J.E.A., Bs. As., 1957, p. 139, realiza un prolijo estudio de ambos principios y del modo que los vincula la doctrina.

[360] "Son deberes de los jueces: 1) asistir a las audiencias de prueba, bajo pena de nulidad, cuando cualquiera de las partes lo pidiere con anticipación no menor de dos días a su celebración...".

[361] Ayarragaray-De Gregorio Lavié, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado*, ed. Zavalía, Bs. As., 1968, p. 96.

[362] Santiago C. Fassi, *Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado*, ed. Astrea, Bs. As., 1971, t. I, p. 62.

blecer la notificación automática para gran cantidad de resoluciones, etc.) y de la creación de un estado de angustia profesional para jueces y abogados, al reducir sensiblemente los plazos procesales y establecer la pérdida automática de la jurisdicción. No creemos que haya sido una correcta política legislativa. Como lo señala Gian Antonio Micheli [363], "la experiencia de tantos años demuestra que es necesario, antes de pensar en la formulación de concretas propuestas de modificación al proceso civil, poner orden en las estructuras que han de hacer caminar el sistema. Es imprescindible, por tanto, que el proceso civil, de cualquier manera que sea regulado, se ponga en situación de funcionar, no sólo por medio de medidas materiales (edificios judiciales, máquinas de escribir, papel suficiente, etc.) —como se advierte, se trata de un mal endémico y universal—, sino realizando una mejor utilización de los magistrados existentes (redistribución de sus competencias territoriales, preparación profesional previa que le permita aplicarse a sus funciones inmediatamente, con un mínimo de preparación específica, etc.)".

El Proyecto de Reformas al CPCN de 1979 modifica el texto del inc. 1 del art. 34, dejándolo redactado de la siguiente forma: "Son deberes de los jueces: 1) asistir a las audiencias de prueba, bajo pena de nulidad *en los supuestos en que la ley lo establece* o cuando cualquiera de las partes lo pidiere con anticipación no menor de dos días a su celebración, y realizar personalmente las demás diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas en las que la delegación estuviere autorizada. En los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio, en la providencia que ordena el traslado de la demanda, se fijará una audiencia a la que deberán compa-

363 *Derecho procesal civil*, ed. E.J.E.A., Bs. As., 1970, t. IV, p. 279.

recer personalmente las partes y el representante del ministerio público, en su caso. En ella el juez tratará de *reconciliar a las partes* y avenirlas sobre las cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal".

Se afirma en la exposición de motivos del Proyecto: "*a*) Con respecto al deber de los jueces de concurrir a las audiencias, la referencia a «los supuestos en que la ley lo establece» hace concordar la norma prevista en este inciso con el deber que se impone al juez en el art. 125 bis (donde se establece que la audiencia de posiciones debe ser tomada personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad). *b*) La tentativa de reconciliar a las partes es uno de los objetivos principales de la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio".

Por nuestra parte, y por lo que hemos sostenido en este mismo capítulo, consideramos un verdadero acierto el texto de la reforma y la inclusión del art. 125 bis, en orden al mantenimiento y auténtica vigencia de la inmediación judicial. Sin embargo, advertimos que al hacer referencia expresa a tal norma en cuanto a la sanción de nulidad, se deja fuera de la actividad personal del juez importante y vasta tarea probatoria, como ya lo hemos señalado *supra.*

Si el juez actuante se halla accidentalmente impedido de conocer personalmente en la causa de que se trate, debe estarse al orden de suplencias respectivo.

a.2) *En segunda instancia.*

Idéntico comentario al recién efectuado merece este tópico referido a los presidentes de tribunales colegiados de instancia superior o al juez que los supla.

Empero, cabe agregar que la inmediación no se agota con la presencia de uno solo de los integrantes de un tribunal colegiado, ya que ante él "las partes pueden exigir

la asistencia de *todos* los jueces en el acto de producción de la prueba" (CPCN, 34, inc. 1).

Sobre el tema y refiriéndose concretamente a la legislación santafesina, Cabal y Atienza [364] sostienen que "si la facultad de las partes de exigir la presencia de los vocales sólo se ejercita cuando la prueba se rinde en el local del asiento del tribunal" (argumento *a contrario* de la norma), "puesto que cuando no es así puede éste comisionar a uno de sus miembros para recibirla, esta comisión será independiente de la voluntad de aquéllas".

Obviamente, no compartimos tal interpretación, pues la inmediación —como deber que es— no puede quedar subordinada al puro querer del tribunal. Y si se acepta *ab initio* que la inmediación resulta ser el medio idóneo para poner en contacto al juez con el material instructorio, con mayor razón habrá que aceptarlo cuando se trata de jueces de última instancia, quienes deberán ceder su ociosa comodidad al cumplimiento del deber que le impone tal principio.

b) *En los procesos de jurisdicción voluntaria.*

Establece el último apartado del art. 18, CPCSF, en norma no reproducida en la legislación nacional, que "con acuerdo de partes, la recepción de audiencias podrá ser cometida al actuario, cuando se trate de asuntos de jurisdicción voluntaria".

En nuestro concepto de tales asuntos, la norma resulta inexplicable y, por ende, sujeta a crítica, por establecer un inadmisible régimen de excepción al principio de inmediación.

Ella es reproducción casi textual de la contenida en el art. 51 de la ley 2924, que innovó sustancialmente sobre el

[364] *Anotaciones al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe*, ed. Ciencia, Rosario, 1940, p. 122.

régimen legal anterior [365], al permitir que los secretarios tomaran las audiencias de prueba cuando mediara acuerdo de partes.

Explicando la reforma, Cabal y Atienza [366] dicen que "la Comisión pensó —y creyó innecesario decirlo expresamente— que en tales casos los *secretarios invisten la autoridad del juez*, cuyas facultades ejercitarán plenamente en todas las audiencias que reciban. Asimismo, bastará en las actas respectivas la sola firma del actuario".

No compartimos tal opinión ni la solución legal contenida en el CPCSF hoy derogado, pues en virtud de él se vulneró el principio de inmediación. Tanto es así que la Comisión reformadora que luego presentó la que hoy es ley 5531, entendió que "por más que la realidad hubiera impuesto de facto el vicio de que ellas no se realizaran en su totalidad con la intervención de los jueces —a causa de los requerimientos del despacho diario y de la cantidad de expedientes en trámite— no era posible legalizar tal situación" [367].

Habiendo expuesto nuestro concepto acerca del deber que glosamos, veamos ahora la normativa específica de CPCN sobre el tema. Ya hemos referido que el art. 34, inc. 1, deja librado a las partes el cuidado de la inmediación procesal. Cuando cualquiera de ellas lo solicita con anticipación no menor de dos días de su celebración, los jueces tienen el deber (extra) de asistir aun a las actuaciones de prueba que deban practicarse fuera de la sede del juzgado o tribunal, pero dentro del radio urbano del lugar (CPCN, 381), siendo *facultad*, y *no deber*, el trasladarse fuera del radio urbano pero dentro de la circunscripción judicial; en

[365] El art. 147 del código derogado por ella establecía la prohibición expresa de cometer los actos de prueba al actuario u otro funcionario.

[366] Ob. cit., p. 53.

[367] Carlos y Rosas Lichtschein, *Explicación...*, p. 45.

tal caso, pueden optar por encomendar la diligencia al juez de la respectiva localidad.

También constituye facultad, y no deber, el trasladarse a cualquier parte de la República cuando se trate de efectuar un reconocimiento judicial (ídem).

Este deber lleva anejo el de recibir el propio juez los juramentos o promesas de decir verdad que prestan los testigos antes de declarar ante él (CPCN, 440)[368].

1.2.1.3.2.6. ELIMINAR O MODIFICAR POSICIONES EN EL PLIEGO RESPECTIVO.

Este deber procesal de dirección en cuanto a la prueba, surge de lo dispuesto en CPCN, 411[369]. Aunque de su simple lectura pareciera que se trata de una facultad que el juez puede o no voluntariamente cumplir, del propio texto normativo surge la naturaleza de deber que le asignamos. En efecto: si las posiciones deben ser claras y concretas, si no pueden contener más de un hecho, si deben ser redactadas en forma afirmativa y versar sobre puntos controvertidos que se refieran a la actuación personal del absolvente, en cumplimiento de otros deberes expresos (vigilar para que durante la tramitación de la causa se procure la mayor celeridad y economía procesal, disponer toda diligencia necesaria para evitar nulidades, cuidar el orden

[368] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 438; Catamarca, art. 438; Córdoba, arts. 309 y 310; Corrientes, art. 204; Chaco, art. 418; Chubut, art. 413; Entre Ríos, art. 426; Formosa, art. 437; Jujuy, art. 339; La Pampa, art. 418; La Rioja, art. 321; Misiones, art. 440; Río Negro, art. 436; San Luis, art. 440; Santa Fe, art. 209; Santiago del Estero, art. 432; Tucumán, art. 389.

[369] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 409; Catamarca, art. 409; Córdoba, art. 199; Chaco, art. 389; Chubut, art. 384; Entre Ríos, art. 397; Formosa, art. 408; Jujuy, art. 427; La Pampa, art. 388; La Rioja, art. 308; Misiones, art. 411; Río Negro, art. 407; San Luis, art. 411; Santa Fe, art. 161; Santiago del Estero, art. 403; Tucumán, art. 326.

en los juicios y, sobre todo, mantener la igualdad de las partes), el juez *debe* eliminar o modificar las posiciones que, presentadas en el respectivo pliego, no se adecuen a lo dispuesto en la norma citada.

Esa y no otra es la actitud que corresponde a un verdadero director del debate judicial.

1.2.1.3.2.7. EFECTUAR CIERTAS PREGUNTAS Y ELIMINAR O MODIFICAR OTRAS EN EL PLIEGO DE TESTIGOS.

Este deber procesal de dirección en cuanto a la prueba surge de lo dispuesto en CPCN, 441 [370] y 443 [371]. En cuanto a la primera de las normas citadas, le impone al juez el deber de preguntar a los testigos, aunque las partes no lo pidan, sus datos personales de identificación (inc. 1) y por las generales de la ley (incs. 2, 3, 4 y 5), lo que permitirá apreciar el valor probatorio de su declaración. Con ello queda expuesto el primer enunciado de este deber: "efectuar ciertas preguntas".

En cuanto al deber de eliminar o modificar preguntas en el pliego respectivo, surge su naturaleza de *deber* del propio texto del art. 443: "las preguntas no contendrán más de un hecho; serán claras y concretas; no se formularán las que estén concebidas en términos afirmativos, sugieran la respuesta o sean ofensivas o vejatorias".

[370] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 439; Catamarca, art. 439; Córdoba, arts. 309 y 310; Corrientes, art. 205; Chaco, art. 419; Chubut, art. 414; Entre Ríos, art. 427; Formosa, art. 438; Jujuy, art. 340; La Pampa, art. 419; La Rioja, art. 321; Misiones, art. 441; Río Negro, art. 437; San Luis, art. 441; Santa Fe, art. 209; Santiago del Estero, art. 433; Tucumán, art. 389.

[371] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 441; Catamarca, art. 441; Córdoba, art. 295; Chaco, art. 421; Chubut, art. 416; Entre Ríos, art. 429; Formosa, art. 440; Jujuy, art. 343; La Pampa, art. 421; La Rioja, art. 333; Misiones, art. 443; Río Negro, art. 439; San Luis, art. 443; Santa Fe, art. 204; Santiago del Estero, art. 435; Tucumán, art. 386.

Vale, respecto de este tema, cuanto dijimos en nº 1.2.1.3.2.6, en cuanto al deber de eliminar o modificar posiciones en el pliego respectivo.

1.2.1.3.2.8. CAREAR TESTIGOS Y PARTES.

Este deber procesal de dirección en cuanto a la prueba, está legislado como *facultad* en CPCN, 448: "se *podrá* decretar el careo entre testigos o entre éstos y las partes".

Sin embargo, a poco que se advierta que existen otros deberes de ineludible cumplimiento (vigilar para que durante la tramitación de la causa se procure la mayor celeridad y economía procesal, disponer toda diligencia necesaria para evitar nulidades, tratar de obtener la verdad real de lo acaecido en el litigio a través de las declaraciones vertidas en el pleito), habrá que concluír en que es correcta la naturaleza de *deber* que asignamos a este tema.

1.2.1.3.2.9. ORDENAR INSPECCIONES.

Idénticas razones a las expuestas en número precedente avalan la naturaleza de deber que asignamos a esta "facultad" que otorga CPCN, 479 [372].

1.2.1.3.2.10. DETERMINAR LOS PUNTOS SOBRE LOS CUALES VERSARÁ LA PERICIA.

Este deber procesal de dirección en cuanto a la prueba se halla legislado en CPCN, 461, inc. 2 [373]: oídas las partes

[372] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 477; Catamarca, art. 477; Córdoba, art. 260; Corrientes, arts. 68 y 222; Chaco, art. 457; Chubut, art. 452; Entre Ríos, art. 465; Formosa, art. 476; Jujuy, art. 457; La Pampa, art. 455; La Rioja, art. 348; Misiones, art. 479; Río Negro, art. 473; San Luis, art. 479; Santa Fe, art. 227; Santiago del Estero, art. 471; Tucumán, arts. 371 y ss.

[373] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 459; Catamarca, art. 459; Córdoba, arts.

acerca de las observaciones que formulen respecto de los puntos de pericia ofrecidos, el juez *debe fijarlos*. Se trata de una natural consecuencia de la aplicación al caso del principio de autoridad judicial: le compete al juez, en su carácter de director del debate, establecer y delimitar la actuación que cabrá a los peritos designados.

La misma norma, aunque ahora con carácter facultativo, autoriza al juez a agregar otros puntos de pericia (no propuestos por las partes) y eliminar los que considere improcedentes o superfluos. En cuanto a este último tópico, le asignamos también carácter de deber, al igual que hicimos en números anteriores respecto de posiciones y preguntas de testigos.

1.2.1.3.2.11. ESTABLECER EL MODO DE DILIGENCIAR PRUEBAS NO PREVISTAS.

Este deber procesal de dirección en cuanto a la prueba surge de lo dispuesto en CPCN, 378[374]: "los medios de prueba no previstos (en la ley) se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez".

Del propio texto legal se infiere que si existe prueba similar (por ejemplo, una fotografía podrá ser reconocida de la misma forma que los documentos privados), se debe seguir el método de la analogía. De no ser ello posible, es

---

266 y 270; Corrientes, art. 176; Chaco, art. 439; Chubut, art. 434; Entre Ríos, art. 447; Formosa, art. 458; Jujuy, art. 350; La Pampa, art. 437; La Rioja, art. 339; Misiones, art. 461; Río Negro, art. 455; San Luis, art. 461; Santa Fe, arts. 186 y 187; Santiago del Estero, art. 453; Tucumán, arts. 356 y 357.

[374] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 376; Catamarca, art. 376; Chaco, art. 356; Chubut, art. 351; Entre Ríos, art. 364; Formosa, art. 375; Jujuy, art. 310; La Pampa, art. 356; La Rioja, art. 299; Misiones, art. 378; Río Negro, art. 374; San Luis, art. 378; Santa Fe, art. 147; Santiago del Estero, art. 370; Tucumán, art. 320.

el propio juez quien debe arbitrar el modo de su producción, según las circunstancias que el caso aconseje y velando por el fiel cumplimiento de la totalidad de requisitos relativos a la existencia de la prueba, a su validez y a su eficacia probatoria.

1.2.1.3.3. En cuanto al derecho que sustenta la pretensión.

1.2.1.3.3.1. Calificar la relación jurídica litigiosa.

Extrañará al lector que este claro deber de resolución que hemos enunciado también en nº 1.2.2.4, y que encuentra sustento normativo en CPCN, 163, inc. 6 [375], en concordancia con el art. 34, inc. 4, del mismo código, haya sido calificado —dentro de este tópico— como un deber procesal de dirección en cuanto al objeto del pleito y, más concretamente, en cuanto al derecho que sustenta la pretensión.

Ello requiere una explicación previa, que aprovecharemos para tratar en forma conjunta el tema, desde la doble óptica que proponemos se mire. De conseguirlo, lo que aquí se diga valdrá como explicación en nº 1.2.2.4.

Cualquiera que fuere la norma jurídica invocada por las partes en los escritos constitutivos del proceso, como es tarea inherente a la función del juzgador la catalogación y calificación de los hechos que sirven de sustento a la pretensión litigiosa, así también es tarea propia del juzgador el encuadramiento legal de esos hechos. Se trata de

[375] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 163; Catamarca, art. 163; Córdoba, arts. 348 y 349; Corrientes, art. 229; Chaco, art. 163; Chubut, art. 163; Entre Ríos, art. 160; Formosa, art. 163; Jujuy, art. 44; La Pampa, art. 163; La Rioja, art. 52; Misiones, art. 163; Río Negro, art. 163; San Luis, art. 163; Santa Fe, arts. 243 y 244; Santiago del Estero, art. 163; Tucumán, art. 279.

una elemental aplicación del antiguo aforismo "*iura novit curia*" (el juez conoce el derecho), expresamente adoptado en las normas antes enunciadas y que no constituye, como tal, una excepción al principio de que el juez no puede conocer de oficio, sino un carácter específico de la labor jurisdiccional.

Este principio, que admite tres matices: *a*) aplicar el derecho *no alegado* por las partes, si es el que corresponde a la relación litigiosa [376]; *b*) aplicar el derecho correcto cuando fue *erróneamente invocado* por las partes [377]; y *c*) *contrariar* la calificación jurídica de los hechos efectuada por los propios interesados [378], no rige cuando de la relación fáctica presentada en la demanda no surge con claridad el tipo de pretensión sustentada. Por ejemplo, cuando en virtud de un documento cambiario se explican hechos, pero de ellos no surge con mediana claridad si se pretende una condena basada puramente en la relación cambiaria o, al contrario, en la relación extracartular o fundamental; lo mismo puede decirse de una pretensión resarcitoria dirigida contra el trasportista de la víctima: bien puede fundarse ella en el incumplimiento contractual o en la afirmación de culpa del victimario (naturaleza extracontractual). Como se puede advertir en los ejemplos citados, distinta será en cada caso la prescripción liberatoria, la carga de la prueba y, en algunos casos, también la competencia material. De allí que resulte de la mayor importancia para las partes saber *ab initio* qué tipo de pretensión se ha demandado.

A nuestro juicio, si la demanda adolece del defecto señalado, pero el actor invocó norma jurídica fundante de su pretensión, el juez *debe estar necesariamente* —por ele-

376 Díaz, ob. cit., p. 218.

377 Id., p. 219.

378 Id., p. 220; ver Tomás Jofré, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, 5ª ed. anotada y puesta al día por el Dr. I. Halperin, ed. La Ley, Bs. As., 1941, t. I, p. 194.

mentales razones prácticas y de buen orden procesal— a la calificación que el propio accionante efectúa respecto de lo que pretende. En este supuesto, entonces, no rige el principio "*iura novit curia*".

Ahora bien: cuando ni siquiera se invoca el derecho (recuérdese que, por imperio de este principio, la norma contenida en CPCN, 330, inc. 5, no genera efectos contrarios al incumplidor de la carga allí expuesta), el juez —ante una contestación lisa y llana de la demanda, que no atacó previa o conjuntamente su defecto u oscuridad— *debe* emitir pronunciamiento que sirva de directriz del debate. Gracias a él las partes sabrán a qué atenerse, por ejemplo, en cuanto a carga de la prueba.

De aquí la utilidad que le hemos asignado y la razón por la cual lo hemos insertado, también, en la nómina de los deberes procesales de dirección que venimos tratando.

1.2.2. DEBERES DE RESOLUCIÓN.

El deber de administrar justicia consiste en el deber de *fallar* todos los *casos justiciables* y *concretos* presentados a conocimiento judicial por *parte interesada*, aplicando la *norma jurídica* correspondiente —si se adecua el *ordenamiento constitucional* vigente— o reglas de equidad.

Los caracteres que se extraen de este concepto son:

a) Noción de deber de fallar.

Es la actividad principalísima del juez [379] y consiste en resolver *todos* los litigios sometidos a su conocimiento, aun en defecto o ausencia de norma jurídica.

Tal actividad es correlativa del derecho de peticionar de las partes (acción y contradicción) en el sentido de exi-

[379] Juan Carlos Solana, *Pérdida automática de la competencia del órgano jurisdiccional por retardo de justicia*, "Revista de Estudios Procesales", nº 2, p. 65.

gir del órgano jurisdiccional una resolución que dirima el conflicto cuya existencia afirmaron en el proceso, y comprende no sólo la tarea de dictar sentencia que ponga definitivo fin al pleito, sino también la labor de emitir pronunciamientos —de oficio o sobre pretensiones incidentales— cuando ello corresponda, en cualquier estadio del proceso. De allí que se lo confunda con el deber de proveer [380].

Este deber encuentra su *fuente* en el art. 15 del Código Civil, de imperativa aplicación en todo proceso: "El juez no puede dejar de juzgar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley" [381].

a.1) *Absolución de la instancia.*

El deber de fallar según la ley, tal como ya lo hemos enunciado, no siempre tuvo vigencia en la historia del derecho.

Antiguamente existía el instituto de la "absolución de instancia", que consistía en la abstención, por el juez, de sentenciar en el caso concreto, en razón de carecer de elementos suficientes para condenar o absolver al reo o demandado. En otras palabras, la absolución no se producía respecto del delito imputado o de la obligación de restituír la cosa pedida, sino sólo del juicio seguido; en tal caso, sobreviniendo nuevos méritos podía volvérsele a demandar o acusar sobre el mismo delito o cosa, teniendo en cuenta que los autos ya pasados no valían sino en tanto se los reprodujera nuevamente [382]. Esto explica, indudable-

380 Clemente A. Díaz, *Instituciones de derecho procesal*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, t. II, vol. A, p. 213; Hugo Alsina, ob. cit., t. II, p. 230.

381 Conc.: ley 233 del "Estilo", Código Civil francés, art. 4; Alberto H. Parody, *Comentarios al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe*, ed. Lajouane, Bs. As., 1912, t. I, p. 399.

382 Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, 1896, p. 37.

mente, la razón que justifica la prevención con que se mira el "sobreseimiento provisional" en materia penal[383].

El instituto no existe en el ordenamiento procedimental español (fuente inmediata del nuestro) desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a partir de la cual se aceptó implícitamente que la absolución de la instancia atentaba contra el principio de seguridad jurídica.

a.2) *Omisión del deber de actuar.*

En sentido amplio, es la inactividad del juez que consiste en el incumplimiento de su deber fundamental (fallar) aun respecto de cualquier providencia simple en cuanto exista pedimento de parte.

Obviamente, tal inactividad es sancionable.

b) *Noción de "caso".*

Es todo litigio que se produce entre dos o más personas ante un juez, quien pone término a él por medio de un fallo que aplica el derecho dirimiendo un afirmado conflicto intersubjetivo de intereses. Tal concepto comprende los supuestos de la mal llamada "jurisdicción voluntaria", que es un verdadero acto jurisdiccional, como la hemos definido en anterior oportunidad.

Para que exista el deber de fallar, el "caso" debe ser *justiciable y concreto.*

b.1) *Caso justiciable.*

Se entiende por tal aquel que puede ser sometido al conocimiento y decisión judicial; en general, pueden considerarse dentro de este rubro todos los actos de los particulares y del propio Estado actuando como persona de derecho privado, en tanto exista un conflicto que origine en el sujeto que impetra la protección jurisdiccional un *interés jurídico* (debe ser egoísta, no altruísta; no puede tener un contenido estrictamente moral ni de decoro); también los

[383] Clemente A. Díaz, ob. cit., t. II, vol. A, p. 213, nota 75.

actos del Estado, en su carácter de persona de derecho público, en tanto constituyan "actos administrativos" (reglados o de discrecionalidad técnica).

Quedan excluídos así del poder jurisdiccional *todos los actos de gobierno*, que sólo están sujetos a un control político y que generan idéntica responsabilidad (por ejemplo, declaración de estado de sitio, intervención federal a una provincia, hechos de guerra, etc.).

Cuando el caso no es justiciable, existe un defecto absoluto de la facultad de juzgar, de forma tal que la decisión de la demanda no corresponde al Poder Judicial (art. 2, CPCSF), el cual debe así declararlo oficiosamente y sin necesidad de tramitar todo el proceso [384].

b.2) *Caso concreto.*

El deber de fallar surge, con exclusividad, cuando el caso justiciable se presenta efectivamente en sede judicial por existir un derecho desconocido en forma actual o potencial en virtud de un afirmado conflicto intersubjetivo de intereses.

Al contrario, no existe cuando la cuestión es "*abstracta*" (aquella que no constituye una efectiva colisión de derechos). Tampoco se presenta el deber de fallar cuando, en ocasión de caso justiciable concreto, se pretende que el juez formule declaraciones de carácter general o en abstracto, o que fije normas para el futuro [385], quedando a salvo la actuación jurisdiccional de los tribunales plenarios.

c) *Noción de parte interesada.*

En función de la regla de la rogación, que no es sino una elemental aplicación extensiva del principio de con-

[384] Ver casos en Adolfo Alvarado Velloso, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, concordado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, ed. Zeus, Rosario, 1973, t. I, p. 36, nº 4.

[385] CSJN, "Fallos", 193-524 (del 30/9/42); 202-14 (del 4/6/45); Clemente A. Díaz, ob. cit., p. 43, nº 221 y nota; CTCF, S. 4ª, 23/8/71, "JA", t. 14-1972, p. 495, Síntesis, nº 189.

gruencia, que implica un entrelazamiento entre la demanda y la contradicción, por una parte, y la sentencia, por la otra, el juez en lo civil (y también tendría que serlo en materia penal, para mantener un concepto coherente de la función jurisdiccional) interviene sólo a instancia de parte y en la medida de lo pretendido y resistido [386].

c.1) *Excepción: medidas para mejor proveer.*

Son aquellas que se dictan en interés exclusivo del tribunal para poder cumplimentar su facultad legal de esclarecer la verdad real de los hechos litigiosos a fin de que la sentencia contenga una solución justa y equitativa [387]. De tal forma el juez puede ordenarlas oficiosamente (sin pedimento alguno de la parte interesada), pero siempre dentro de los límites que le impone el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

d) *Aplicación del derecho* [388].

La misión del juez tiene tres aspectos distintos:

a) aplicar la ley general a los casos particulares, o sea, individualizar la norma abstracta;

b) interpretar el contenido de la ley, y

c) crear una norma cuando no encuentre disposición en la ley ni la costumbre y necesite resolver, ya que no

[386] Art. 2, ley 27; ver Carlos Alberto Ayarragaray y Julio A. De Gregorio Lavié, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado*, ed. Zavalía, Bs. As., 1968, p. 101; LOT Santa Fe, art. 177: "Los jueces y tribunales deberán resolver las cuestiones que les sometieran las partes"; conf. CSJN, 14/5/73, caso "Frente Justicialista de Liberación", "JA", t. 19-1973, p. 199.

[387] CTR, S. 1ª, 30/5/61, ver Adolfo E. Alvarado Velloso, ob. cit., 53.2.1/5; TCJOR, 2ª Nom., 12/10/68, ob. cit., 53.2.1/7, p. 104.

[388] Los múltiples problemas que plantea la aplicación del derecho, tales como las lagunas de la ley, la auto y heterointegración y los métodos de hermenéutica en general, escapan a nuestro cometido por ser materia propia de la teoría general del derecho. Por tanto, aquí nos limitamos a esbozar cuál es la actuación del juez ante la ley, y específicamente desarrollaremos el principio *iura novit curia* y el problema del control de constitucionalidad.

puede abstenerse de fallar so pretexto de no existir ley para el caso (CC, 15).

En *a*, la función del juez se reduce a verificar una situación de hecho y a encuadrarla legalmente dentro de un marco de rigurosa lógica, es decir, la hipótesis presupone una norma absolutamente inequívoca cuya aplicación al caso sea un mero silogismo; en *b*, la norma existe, pero requiere por parte del juzgador una labor interpretativa, no sólo en cuanto al espíritu y alcance de ella, sino también en cuanto a su adecuación al caso concreto; en *c*, estamos frente a la ausencia de norma que resuelva la cuestión, por lo que la solución deberá buscarse dentro de todo el plexo normativo porque, en rigor, si bien el legislador omitió la norma cuya existencia se requiere, ella existe, sólo que se encuentra en el *derecho*, como célula de un organismo perfecto que no admite discontinuidad alguna.

En otras palabras, la aplicación del derecho en sentido amplio, atraviesa tres peldaños sucesivos (aplicación en sentido estricto, interpretación e integración), por medio de los cuales la función creadora del juez se acentúa paulatina pero vigorosamente. Mas si bien en teoría se puede admitir esta delimitación, en la práctica los tres aspectos se fusionan en una labor intelectual única que poco tiene de mecánica y mucho de creativa.

En este sentido se ha dicho que el juez, en cierta medida, legisla. Sin detenernos en las implicaciones políticas que podría tener esta expresión tomada con rigorismo exegético, lo cierto es que si bien el juez no puede romper abiertamente con la ley o dedicarse a crear un sistema legislativo propio, puede darle la vida que en su simple texto no aparece y llevarla a producir un resultado justo que debe ser el fin de toda sentencia.

d.1) *Principio "Iura novit curia".*

Cualquiera que fuere la norma jurídica invocada por

las partes en los escritos constitutivos del proceso, como es tarea inherente a la función de juzgar la catalogación y calificación de los hechos que sirven de sustento a la pretensión litigiosa, así también es tarea propia del juzgador el encuadramiento legal de esos hechos. Se trata de una elemental aplicación del antiguo aforismo "*iura novit curia*" (el juez conoce el derecho), expresamente acogido en el art. 163, inc. 6, del CPCN y que no constituye, como tal, una excepción al principio de que el juez no puede conocer de oficio, sino un carácter específico de la labor jurisdiccional.

Este principio, que admite tres matices: *a*) aplicar el derecho *no alegado* por las partes, si es el que corresponde a la relación litigiosa [389]; *b*) aplicar el derecho correcto, cuando fue *erróneamente invocado* por las partes [390]; y *c*) *contrariar* la calificación jurídica de los hechos efectuada por los propios interesados [391], no rige cuando de la relación fáctica presentada en la demanda no surge con claridad el tipo de pretensión sustentada (p.ej.: cuando en virtud de un documento cambiario se explican hechos, pero de ellos no surge si se pretende una condena basada puramente en la relación cambiaria, o al contrario, en la relación extracartular o fundamental), en cuyo caso el juez *debe estar necesariamente* —por elementales razones prácticas y de buen orden procesal— a la calificación jurídica que el propio actor efectúa respecto de su pretensión.

d.2) *Control de constitucionalidad.*

Aunque a primera vista pareciera que este tema constituye otra excepción al principio ya mentado de que el juez conoce de oficio o que puede resultar una extensión del

389 Díaz, ob. cit., p. 218.

390 Id., p. 219.

391 Id., p. 220; ver Tomás Jofré, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, 5ª ed., anotada y puesta al día por el Dr. I. Halperin, ed. La Ley, Bs. Aires, 1941, t. I, p. 194, en nota.

principio "*iura novit curia*", creemos que la aplicación de la ley al caso concreto por parte del juez debe efectuarse en tanto ésta se ciña estrictamente a la Constitución, con amplias y naturales facultades para apartarse de la norma vigente cuando ella repugna el orden constitucional.

Claro está que en tal caso deberá el juez declarar expresa y claramente la inconstitucionalidad de la norma legal en virtud de la cual se sustenta la pretensión, aunque ella no haya sido invocada por la interesada y nadie haya pedido concretamente la declaración de inconstitucionalidad [392].

Ahora bien, adelantamos acá que conceptuamos el "deber de fallar" como una especie del género más amplio "deber de resolución". Mientras el primero se circunscribe a la actividad específica de *sentenciar*, el segundo se complementa con otras normas jurídicas indicadoras de la totalidad del proceso lógico e histórico que debe cumplir el juez en orden a emitir su pronunciamiento. Y es que este deber, como ya hemos adelantado, encuentra su fuente mediata en el art. 15 del Código Civil: "Los jueces *no pueden dejar de juzgar* bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Como lo enseña Busso [393], la materia que trata dicha norma reviste dos aspectos: uno, refiere al deber del juez de pronunciar su fallo a fin de componer los litigios sometidos a su conocimiento; el otro, plantea pro-

[392] La cuestión, por cierto, no es pacífica: *a*) En contra del control oficioso: CSJN, 16/12/60, "Fallos", 248-702; íd., 30/12/60, "Fallos", 248-840 y otros; en el mismo sentido, Juan Antonio González Calderón, *Derecho constitucional argentino*, t. I, p. 479; Lino E. Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965, t. II, p. 231. *b*) En favor: Alsina, ob. cit., t. II, p. 39, citando a Bryce y jurisprudencia; CSSalta, 29/10/64, "LL", 118-682; 1ª inst. firme, Cap. Fed., 12/5/66, "LL", 123-420; además, Díaz, ob. cit., p. 217, en nota. *c*) En la provincia de Santa Fe: en ambas direcciones se ha expedido la jurisprudencia. En favor del control de inconstitucionalidad, CSSF, 27/11/66, en Alvarado Velloso, ob. cit., nº 49.1.1/1 y otros fallos allí citados, ps. 93 y ss.; en contra, CCCR, S. 1ª, 18/6/57, con disidencia del Dr. Brebbia, íd., nº 49.1.1/2, p. 93.

[393] *Código Civil anotado*, ed. Ediar, Bs. As., 1958, t. I, p. 187.

blemas de lógica y hermenéutica relativos a la plenitud del orden jurídico y a las lagunas del derecho o de la ley.

A todos esos aspectos nos referiremos luego. Pero antes presentamos dos deberes que aparecen, cronológicamente, en forma previa a la tarea material de sentenciar.

1.2.2.1. DECIDIR LAS CAUSAS EN EL ORDEN DE INGRESO.

Este deber procesal de resolución, a nuestro juicio el que primero se presenta en la cronología de la actividad decisoria del juez, encuentra sustento normativo en CPCN, 34, inc. 2 [394]: "decidir las causas, en lo posible, de acuerdo con el orden en que hayan quedado en estado, salvo las preferencias establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional".

La obviedad del concepto nos evita toda explicación al respecto.

1.2.2.2. RESOLVER DENTRO DE LOS PLAZOS LEGALES.

Una elemental aplicación de los principios de celeridad y economía procesal indica que justicia tardía no es justicia, pues mientras más largo sea el lapso entre la deducción de un proceso y el reconocimiento o declaración de los derechos subjetivos que en él se debaten, menos valiosa será para el interesado la sentencia y, correlativamente, el cumplimiento por el Estado del deber constitucional de afianzar la justicia y garantizar los derechos, menos eficaz [395].

[394] Esta norma se halla contenida en similar o idéntica redacción en los códigos de Buenos Aires, art. 34; Catamarca, art. 34; Chaco, art. 34; Chubut, art. 34; Entre Ríos, art. 31; Formosa, art. 34; La Pampa, art. 35; La Rioja, arts. 9 y 34; Misiones, art. 34; Río Negro, art. 34; San Luis, art. 34; Santiago del Estero, art. 34; Tucumán, art. 36.

[395] J. Ramiro Podetti, *La doctrina de Chiovenda sobre inmediación y concentración y el anteproyecto de código procesal para Mendoza*, en "Revista de Derecho Procesal", de Hugo Alsina, año 1953, nº 1, ps. 577 y ss.

En previsión de ello, y en resguardo de tales principios, diversas constituciones provinciales y leyes orgánicas de poderes judiciales disponen expresamente este deber, reiterado a nivel nacional en CPCN, 34, inc. 3: "Es deber, de los jueces... dictar las resoluciones con sujeción a los siguientes plazos: *a*) las providencias simples, dentro de los tres días de presentadas las peticiones de las partes o de vencimiento del plazo conforme a lo prescrito en el art. 36, inc. 1, e inmediatamente, si debieran ser dictadas en una audiencia o revistan carácter urgente; *b*) las sentencias interlocutorias, salvo disposición en contrario, dentro de los diez o quince días de quedar el expediente a despacho, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado; *c*) las sentencias definitivas, salvo disposición en contrario, dentro de los cuarenta o sesenta días, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado. El plazo se computará, en el primer caso, desde que el llamamiento de autos para sentencia quede firme, y en el segundo, desde la fecha del sorteo del expediente".

Para el supuesto de no poder cumplir con alguno de los plazos señalados, el juez tiene que recurrir al procedimiento que legisla CPCN, 167, con el riesgo de obtener una sanción de la gravedad que autoriza CPCN, 168.

El Proyecto de Reformas al CPCN de 1979 modifica esta norma a fin de "perfeccionar la sistemática, abarcando en un solo artículo toda la materia que debe ser prevista" y "uniformar las soluciones en cuanto al punto de partida del cómputo del plazo para dictar sentencia".

Así, en su nueva redacción, dispone: "Son deberes de los jueces... 3) dictar las resoluciones con sujeción a los siguientes plazos: ...*b*) las sentencias definitivas en juicio ordinario, salvo disposición en contrario, dentro de los cuarenta o sesenta días, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado. El plazo se computará, en el primer

caso, desde que el llamamiento de autos para sentencia quede firme; en el segundo, desde la fecha de sorteo del expediente. Si se ordenara prueba de oficio, no se computarán los días que requiera su cumplimiento... *c*) la sentencia definitiva en el juicio sumario, salvo disposición en contrario, dentro de los treinta o cincuenta días, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado. El plazo se computará en la forma establecida en la letra *b*. *d*) las sentencias definitivas en el juicio sumarísimo, las sentencias interlocutorias y las sentencias homologatorias, salvo disposición en contrario, dentro de los diez o quince días de quedar el expediente a despacho, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado".

Ya antes de ahora hemos criticado larga y duramente la actitud del legislador que, con el indudable buen fin de erradicar la siempre tan mentada morosidad judicial, ha angustiado a litigantes y magistrados con plazos que resultan imposibles de cumplir en la práctica. A nuestro juicio, no es acortando plazos como se combate las alongaderas a los pleitos, máxime cuando anejo a ello se impone a jueces —siempre sobrecargados de trabajo hasta límites insospechados para quienes no tienen diario trato con la función— el efectuar un procedimiento anticipatorio ¡y con la espada de Damocles pendiente sobre la cabeza!

El Proyecto de Reformas al CPCN de 1979 modifica el contenido del art. 167, variando la sanción por incumplimiento de este deber de resolver dentro de los plazos legales: "Al juez que no hubiere remitido oportunamente la comunicación a que refiere el primer párrafo, o que habiéndolo hecho sin causa justificada no pronunciare la sentencia dentro del plazo que se le hubiere fijado, se le impondrá una multa que no podrá exceder del 15 % de su remuneración básica y la causa podrá ser remitida, para sentencia, a otro juez del mismo fuero. Si la demora injus-

tificada fuere de una cámara, la multa se impondrá al integrante que hubiere incurrido en ella, quien podrá ser separado del conocimiento de la causa, integrándose al tribunal en la forma que correspondiere".

Entendemos, sí, que merced a este medio compulsorio, la Comisión Reformadora ha intentado —y con la mayor buena fe— combatir con eficacia la excesiva duración de los pleitos. Empero, la solución a que llega se muestra claramente disvaliosa: en primer lugar, y desde un punto de vista jurídico, la sanción es groseramente inconstitucional, pues repugna el texto expreso de CN, 96, y no dudamos que así será considerado cuando la reforma entre en vigor; en segundo término, y desde una óptica política, hacer caer sobre la persona de los jueces toda responsabilidad de lo que se conoce como "morosidad judicial" implica un total desconocimiento del sistema. Ya antes de ahora hemos explicado largamente el tema, sosteniendo que si bien cabe reconocer en algunos casos no tan frecuentes como se afirma corrientemente, que existen culpas concurrentes que determinan la excesiva duración de los pleitos, lo cierto es que la "morosidad judicial" es, en el fondo, una "morosidad abogadil" (¡y esto bien que lo saben nuestros jueces!), complicada con una casi total carencia de medios del Poder Judicial para brindar un adecuado servicio de justicia.

Ya escrita esta obra y en trance de convertirse en ley vigente el Proyecto antes citado, leemos un magnífico trabajo de Vernengo Prack (*Sobre las proyectadas reformas al CPC*, en *ED*, bol. 5193 del 27/3/81), quien, revelando un profundo conocimiento del quehacer que se presenta entre bambalinas judiciales, fustiga con buenos argumentos y con toda razón las "soluciones de celeridad" que brinda el ya mentado Proyecto.

Porque lo consideramos imprescindible para conocer el verdadero significado del problema, trascribimos, aunque

brevemente, la esencia del pensamiento del magistrado recién citado: "No podemos dejar de repetir que el art. 168 del Proyecto contraría el art. 96 de CN. Si por la pérdida de la competencia sin sanción inmediata se había declarado por los tribunales su inconstitucionalidad, en este caso patente no se puede basar una reforma por celeridad sancionando a los jueces sobre su remuneración, porque claramente se está implicando que los que no cumplen los términos establecidos es por ser negligentes o perezosos. *Y ello no es absolutamente así.* Podría ser que alguien, fuera del país, hubiera proyectado un artículo semejante; pero alguien que conozca el drama de sobretrabajo de los jueces civiles argentinos, no puede intentar aumentar la celeridad mediante la imposición de sanciones económicas. Concausa de las crisis democrática y cívica de este país ha sido el ahogo económico de la Justicia a la que la han condenado los otros Poderes del Estado, que al cabo de los años han reducido considerablemente el presupuesto de sus épocas eficientes (el porcentual, con relación al resto de los demás servicios del Estado). En la acordada 708 del 13 de marzo de 1979, se puntualizó que en 1910, con la ley 7024, existían 60 «secretarías». En 1980 se mantiene el mismo número de «secretarías», aunque se ha aumentado el número de jueces...". En otras palabras, "se intenta triplicar la velocidad del velero que estaba en funcionamiento en 1910, dotándolo apenas de unos oficiales más, imponiéndoles sanciones sobre su remuneración y redistribuyendo a bordo tareas de menor cuantía, porque no hay dinero para comprar una motonave con normal velocidad de crucero y con capacidad suficiente como para que los litigantes no viajen hacinados en las cubiertas inferiores. De la misma manera que se hunden los pisos de los edificios tribunalicios por el peso de los papeles inútiles, así esperan muchas fuerzas oscuras que se hunda el velero o que siga tardando años

cada vez que va y viene: la totalidad no necesita la Justicia como Poder, sólo la usa como una rama administrativa... La única forma de conocer (captar gnoseológicamente) este problema es haberlo experimentado. Es haber sufrido alguna vez, en cualquier época, que la Justicia estaba «demasiado ocupada para corregir la arbitrariedad burda y aberrante...»".

1.2.2.3. DECLARAR LA NO JUDICIABILIDAD DEL CASO.

Ya hemos dicho que para que exista el deber de fallar, el caso sometido a conocimiento del juez debe ser justiciable y concreto. Consideramos que ambos supuestos están comprendidos en el deber que glosamos. Sobre nuestra idea acerca de tales conceptos, ver nº 1.2.2.

Añadiremos aquí que la "judiciabilidad del caso" no es cuestión pacífica en la doctrina y jurisprudencia constitucional.

En nuestro país, la polémica que llega hasta hoy con la concepción de Bidart Campos, se inicia con el voto en disidencia del juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Luis Varela, en el caso "Cullen v. Llerena" (1893).

No siendo oportuno historiar aquí tal controversia, nos concretaremos a señalar que Bidart Campos [396] brega por un *control judicial total.* Sostiene que la tesis que sustenta la imposibilidad de nulificar o invalidar en sede judicial un acto contrario a la Constitución emitido por un órgano estatal es inadmisible; en otras palabras, que la exención del control judicial del acto político significa la exención del control de constitucionalidad, lo que no resulta razonable en un sistema republicano de gobierno.

Sin dejar de aceptar la seducción que tal argumento

[396] *El derecho constitucional del poder*, Bs. As., 1967, t. 2, p. 333.

puede ejercer sobre el jurista, y entendiendo que no constituye esta obra terreno propicio ni idóneo para debatir acerca de tan importante cuestión, la cual, por otra parte, es propia del contenido de otra materia jurídica, compartimos la tesis de Marienhoff [397] y de Tagle Achával, brillante expositor del tema, que brinda argumentos difíciles de superar.

Descartada por este último autor la concepción que relaciona la no judiciabilidad con las facultades privativas de cada poder —pues entonces la función judicial, propia del Poder Judicial, pasaría a ser cuestión política—, sostiene que tal cuestión se da en los siguientes casos [398]:

a) Cuando se trata de una cuestión relativa a la existencia, organización (legislación) y puesta en funcionamiento (ejecución) del Estado.

El autor citado enumera dentro de este supuesto tres tipos de cuestiones políticas: 1) las que se refieren a cómo se organiza el Estado, es decir, la forma de designación de sus autoridades, la ley electoral, la determinación del carácter presidencialista o parlamentario del gobierno, las facultades de los poderes políticos, de las intervenciones federales, la determinación de la capital de la Nación; 2) las que se refieren a la puesta en ejecución del Estado, es decir, la actividad que cumplen los órganos ejecutivos, cuando ella tiene por finalidad el cumplimiento de actos que permitan la actuación del Estado por medio de sus diferentes órganos; así, la convocatoria a comicios, la convocatoria a

[397] *Tratado de derecho administrativo*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1966, t. 2, ps. 684 y ss. y 755 y ss., donde admite la no judiciabilidad de los actos de gobierno (que él denomina "institucionales"), pues ellos trasuntan, esencialmente, relaciones entre los poderes del Estado, entre órganos estatales; y los administrados, por no ser partes en tales relaciones, no pueden enjuiciarlos. Similarmente, ver también Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Bs. As., 1953, t. 2, p. 312.

[398] Ver *Función política y función judicial. La no judiciabilidad de las cuestiones políticas*, en "LL", 148-1323.

sesiones de las cámaras legislativas, la designación de presidente de la Nación, ministros y legisladores, la intervención federal a una provincia, y cuantos más actos que impliquen el ejercicio de las facultades que la Constitución ha establecido para dar forma y mantener el Estado.

b) Cuando se trata de una cuestión en la cual quien decide tiene facultades para no decidir o para decidir entre varias alternativas.

De tal esquema conceptual parte Tagle Achával para sostener que "existen *cuestiones políticas puras* (que son las relativas al ejercicio del poder constituyente originario, pues no tienen ley positiva que obedecer), *cuestiones político-jurídicas* (que son las relativas al ejercicio de facultades regladas, pero en las que se dan simultáneamente algunos de los supuestos considerados en *a* o en *b*), y *cuestiones jurídicas puras* (en casos no comprendidos en alguno de los supuestos *a* o *b*) y en los que la resolución se dicta por la simple aplicación de la ley al caso dado)".

Por nuestra parte, admitiendo que la cuestión es opinable en un terreno puramente doctrinal, nos inclinamos a buscar la solución idónea en la práctica de la vida jurídica diaria y en orden a la existencia misma y subsistencia del Estado de derecho: ¿se puede admitir que la legitimidad de un tratado de paz o de una declaración de guerra o del sometimiento a arbitraje internacional de una cuestión de límites, queden sujetos —como tales— al control judicial? Acoger tal tesitura importaría tanto como aceptar el gobierno de los jueces —no tan deseado por ellos como temido por los ciudadanos del mundo que son memoriosos de las épocas en que se ejerció— y la posibilidad de que tales funcionarios puedan paralizar en un momento dado la vida jurídica del país, poniendo eventualmente en peligro la continuidad existencial de la República [399].

[399] Recuérdese que la doctrina de las cuestiones políticas surge en

Claro está que tales argumentos no se contraponen esencialmente con la tesis de Bidart Campos, en cuanto ella entraña una expresión de deseos para el óptimo funcionamiento de un Estado de Derecho, pues estamos contestes en que conforme a su idea se otorga un voto propicio al cabal imperio de la justicia como valor jurídico supremo en la convivencia política de nuestra comunidad [400], siempre y cuando el estudio y juzgamiento de una "cuestión política" se concretara a comprobar si hay o no ofensa a la Constitución, pero sin que ello implicara la invalidación del acto tildado de inconstitucional.

1.2.2.4. SENTENCIAR SEGÚN LA LEY, INTEGRÁNDOLA EN CASO DE SILENCIO U OSCURIDAD, SALVO QUE ELLA SEA INCONSTITUCIONAL.

Al explicar el genérico deber de administrar justicia (nº 1.2.2) presentamos entre sus caracteres el "control de constitucionalidad", aceptando la actuación oficiosa del Poder Judicial.

Sin que implique una reiteración ociosa de conceptos, entendemos que corresponde desarrollar aquí más extensamente el tópico, dadas las características que hemos impuesto a esta obra.

Sentenciar según la ley parece ser el más elemental y primario deber del juez. A él se refiere —aunque catalo-

---

1796 en la jurisprudencia norteamericana (ver Giles Robert, *Federal jurisdiction. Political question. Justiciability of political rights*, 29 "North Carolina Law Rev." 72). Sobre el estado actual de la cuestión dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ver Pablo Horvath y Jorge R. Vanossi, *El fallo "Baker v. Carr" y la justiciabilidad de las "cuestiones políticas"*, "LL", 114-982.

[400] Ver: Germán Bidart Campos, *La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas*, "ED", 9-915.

gándolo mal como "obligación"— el Código Civil, en sus arts. 15 y 16 [401].

La primera de tales normas lleva anejo el deber de jurisdicción, correlativo de los derechos de acción y de contradicción, e implica la aceptación del principio de la suficiencia o plenitud del ordenamiento jurídico.

Tal regla no admite su incumplimiento, pues al brindar el Código Civil en su art. 16 las normas interpretativas para el juez, no deja lugar a vacíos, ya que el sistema lo lleva —en último término— a la aplicación de los principios generales del derecho, que siempre existen. Eduardo Couture [402] recuerda que se "ha sostenido, por un lado, que las lagunas no son lagunas del derecho, sino lagunas de la ley; por otro lado se ha dicho que las lagunas no son inherentes al texto sino al conjunto del derecho, y se ha dicho que no hay lagunas en el texto ni en el derecho". Mucho más sencillo, apunta el mismo autor, es hablar —como en el derecho angloamericano— del caso no previsto, es decir, aquella suposición práctica que ha escapado a la imaginación del legislador, quien no la ha previsto particularmente (por ejemplo, cuando el fenómeno era imprevisible para la imaginación del legislador con relación a su tiempo).

Integrar la ley en caso de silencio u oscuridad es natural consecuencia de lo ya expuesto[403].

401 Art. 15, CC: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Art. 16, CC: "Si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

402 *Estudios de derecho procesal civil*, ed. Ediar, Bs. As., 1950, t. III, p. 41.

403 El desarrollo de este tópico excede el esquema de la obra. Por tal razón, sobre el tema, nos remitimos a Busso, *Código Civil anotado*, ed. Ediar, Bs. As., 1958, t. I, ps. 143 y ss. Para un conocimiento profundo del

A ello resta agregar, aunque marginalmente, que tal facultad interpretativa e integradora supone en el juez una libertad de criterio y de apreciación, en cuya aplicación cabe admitir la posibilidad de error; Amílcar Mercader [404] hace notar que "hasta ahora, la interpretación judicial gira tradicionalmente sobre sistemas preestablecidos, que fluctúan entre el dogma de la autoridad de la ley y el de la voluntad de los jueces; o sea, entre la escuela del derecho como exigencia impuesta por el legislador en nombre del Estado y la escuela del derecho libre; ésta y aquélla con todos sus accidentes y alteraciones, desde la intención legislativa hasta la actualización de los institutos jurídicos, según las exigencias de la vida y de las doctrinas contemporáneas. Por otra parte, frente a ello, y tal como se pregunta Horacio García Belsunce [405], ¿puede derivar dicho error en prevaricato? Y, en su caso, ¿cuándo comete error un juez? ¿Cuando se le revoca una sentencia? Para resolver estos interrogantes, "hay que tener presente que en los fallos superiores sólo se busca —en definitiva— una presunción de verdad necesaria para poner fin al litigio; y lo que se llama error puede ser, de tal forma, no sólo la *falsa* apreciación, sino también la *distinta* apreciación".

De ello cabe concluír que el mero error interpretativo no conduce a la tipificación del delito de prevaricato, cuya materialidad consiste en dictar el juez una resolución: *a*) contraria a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo, y *b*) que haya citado en sus fundamentos hechos o resoluciones falsas.

Declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de la ley es materia harto controvertida en la historia de la doc-

---

tema, recomendamos la excelente obra de Antonio Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho* (3 tomos), Madrid, 1971.

[404] *La función interpretadora del juez en la sentencia*, "JA", 1947-II-498.

[405] *El prevaricato de los jueces*, "JA", 1949-I, doct. 35.

trina y de la jurisprudencia nacionales, aunque a nuestro juicio el deber —como tal— surge claro de CPCN, 34, inc. 4, en cuanto establece que el juez debe respetar la jerarquía de las normas vigentes.

Enseña Linares Quintana [406] que existen tres grandes sistemas que se han propuesto y aplicado respecto del control de constitucionalidad:

a) el que lo otorga a un órgano político [407];

b) el que lo otorga a un órgano jurisdiccional especial [408];

c) el que lo otorga a cualquier órgano jurisdiccional [409].

A su turno, Bidart Campos [410], al enumerar las pautas que según la jurisprudencia dominante gobiernan el control de constitucionalidad, y después de aceptar que nuestro sistema encuadra en el supuesto *c* de los recién enunciados (o sea, está a cargo de todos y de cualquiera de los jueces del país), recuerda que:

1) sólo se ejerce en *caso judiciable*;

2) se acepta únicamente la *vía indirecta, incidental o* de excepción;

3) es necesario que en la causa judiciable exista *petición de parte* interesada que proponga la cuestión constitucional y postule la declaración de inconstitucionalidad;

4) el efecto de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se limita al *caso resuelto*, o sea, es *inter partes*;

406 *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, ed. Alfa, Bs. As., 1953, t. 2, ps. 178 y ss.

407 Por ejemplo, la Asamblea de la Revolución Francesa, el Cuerpo de Censores preconizado por Franklin para Pennsylvania, la Constitución francesa del 14/1/1852, y, en general, todos los ordenamientos constitucionales en los cuales la Constitución es dictada por el mismo cuerpo que sanciona la ley.

408 Caso de Paraguay, Colombia, Bolivia, etc.

409 Argentina, Estados Unidos, Méjico, etc.

410 *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Ediar, Bs. As., 1974, p. 754.

5) no se controla la constitucionalidad cuando el caso importa una cuestión política no justiciable.

Del punto 3 —único que nos interesa por ahora— deriva Bidart Campos tres importantes e inteligentes conclusiones: 1) el control de la constitucionalidad pende de la voluntad de las partes; 2) no pedir la declaración de inconstitucionalidad implica una renuncia de parte; 3) si las partes pueden renunciar la supremacía de la Constitución, el sistema que ella genera no es de orden público.

Tal razonamiento le sirve para sostener la tesitura contraria, que obviamente compartimos, pues la función de hacer efectivo el principio de la supremacía constitucional ha sido atribuída al Poder Judicial en el art. 100 de la propia Constitución.

Como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en el caso "Sojo" (1847)[411], el *palladium* no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el *palladium* de la libertad es la Constitución; ésta es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales, cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa, debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia.

Idéntica tesis sostiene Linares Quintana[412], citando el caso "Fisco Nacional v. Ocampo"[413], donde se sostuvo que "las decisiones de la Corte Suprema son finales. Ningún tribunal puede revocarlas pues representan —en la esfera de sus atribuciones— la soberanía nacional; y es tan independiente en su ejercicio como el Congreso en su potestad de legislar y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones".

411 "Fallos", 32-128.

412 *Gobierno y administración de la República Argentina*, ed. Tea, Bs. As., 1959, t. 1, p. 274.

413 "Fallos", 12-149.

Por su parte, Sagüés [414] sostiene que "en un país que acepta la supremacía constitucional (art. 31, CN) los jueces, naturalmente, no deben fallar contra sino por la Constitución".

A su turno, Reimundín [415] afirma que es deber de los jueces respetar la jerarquía de las normas vigentes, y que según lo dispuesto en CPCN, 34, inc. 4, les incumbe el control de constitucionalidad sin petición de parte.

Para lograr todo ello se ha recorrido un largo camino en la historia del constitucionalismo, desde que a fines del siglo XVIII y durante el XIX, los pueblos del mundo comenzaron a tender hacia la concentración del poder en la masa social, surgiendo —bajo su impulso— el régimen democrático, cuya manifestación más notable en las instrumentaciones políticas fue la implantación de constituciones, esto es, de sistemas de leyes superiores y rígidas que son la expresión de la voluntad del Estado, claramente diferenciadas de las leyes comunes (no hacen al Estado sino al Gobierno), en las cuales —contingentemente— los gobernantes ponen en ejercicio los poderes delegados conforme a esas leyes supremas [416].

Tales constituciones, como pactos de convivencia social que en definitiva son, se presumen justas, natural y racionalmente justas, por lo que corresponde a los jueces velar por el mantenimiento de ese orden de justicia, humanizando

414 *Un problema de derecho parlamentario (la tramitación de la ley 20.889)*, en "LL", bol. del 30/6/75, con cita a Ricardo Haro, *El control de oficio de constitucionalidad*, "ED", 64-641.

415 *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentarios y concordancias*, ed. Zavalía, Bs. As., 1970, p. 134.

416 Ver: Emilio Molina Carranza, *El Poder Judicial en el régimen democrático. Fundamento de su facultad para declarar la invalidez de las leyes*, en "JA", 32-doct.-71, quien también recuerda que siendo la autoridad que gobierna un mero mandatario, no puede obrar legítimamente sino dentro de los límites fijados por el mandato, y que carecen de validez, bajo tal principio, los actos que escapan a él.

el derecho. Sólo en ese sentido es posible hablar de una trasformación progresiva de las instituciones jurídicas.

Tal es la idea de Alberto M. Justo [417], cuando critica al positivismo exegético recordando palabras de Silvio Trentin [418], quien acusa a "los adoradores de los textos; a los que en nombre de un supuesto positivismo, no desean conocer más que la forma exterior que identifique lo aparente con lo real; a los que no conciben el derecho sino como una especie de norma que lleva impreso el sello de la obligatoriedad del poder establecido; a los que están con ese poder, cualesquiera fueren las bases del orden imperante". Y sigue: "ésos son los intérpretes de oídas, cuyo campo visual jamás sobrepasa los límites arbitrarios que marca el legislador, de hecho todopoderoso; son los técnicos al servicio del orden contingente... y los que no se preocupan más que de no trasponer la muralla estrecha de una fórmula legal, desde que no les incumbe discutir el hecho legislativo sometido a su análisis... ¡lo malo es que tales juristas pueden llegar a ser jueces!".

Y todo ello porque en esencia y en definitiva, después que la inteligencia ha sustituído la pura y simple autoridad del amo, la interpretación de la ley debe ser determinada por su fin; y éste no puede ser otro que la solución justa del caso, ya que la justicia no es el resultado del derecho, sino su fuente [419].

[417] *La actitud del juez frente a la transformación del derecho*, "LL", 9-doct.-41.

[418] *La crisis del derecho y del Estado*, ed. Alcan, París, 1935, p. 22.

[419] Ibídem. El mismo Justo, en *La actitud del pueblo hacia la judicatura* (Bs. As., 1949, p. 3), recuerda a Poncio Pilatos "como el símbolo permanente del mal juez, cuando cedió ante la muchedumbre que le exigía un pronunciamiento inicuo en el Pretorio del Procurador de Judea. Allí, en lugar de ajustar su pronunciamiento a las directivas del orden establecido, que en última instancia sustentaban su convencimiento de la inocencia de Jesús, demostrando su falta de carácter para sobreponerse a la multitud, llegó a preguntar: ¿Qué haré, pues, con Jesús llamado Cristo? Sabido es que la respuesta

Y así, el juez se convierte en guardián de la Constitución, y no en guardián de la ley. De ahí que compartimos la crítica laudatoria de Escobio [420] cuando se refiere a "los jueces que se empeñan en hacer justicia conforme a la ley, en defecto de la ley y a pesar de la ley" [421].

Empero, para que esta afirmación no suene tan fuerte a los oídos del jurista, todavía acostumbrado a aceptar la necesidad autocreada por los jueces de usar subterfugios interpretativos para no dar un fallo inicuo, creemos preferible recurrir a la equidad [422], entendiendo que cuando un juez asume su cargo, no jura fidelidad a la ley en sí misma, sino a los fines que la ley persigue; en otras palabras, el juez está al servicio de la Justicia, genuino fin del ordenamiento jurídico. Así lo sostiene, con la brillantez que lo caracteriza, Lorenzo A. Gardella [423], quien agrega a lo ya expuesto: "... las más de las veces el juez encontrará en la ley, interpretada y aplicada con suma sencillez, la solución evidente y adecuada del caso. En otras ocasiones, en las que la ley no pareciera funcionar correctamente para

---

del gentío habría de convertirse en sentencia de muerte: ¡Crucifícale, crucifícale!".

420 Félix R. Escobio, *¿Pueden los jueces apartarse de la ley?*, en "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", año IX, t. VIII, nº 1 (enero-febrero 1930), p. 233.

421 No nos cabe duda alguna de cuál es la verdadera y esencial misión última del juez: hacer justicia en el caso concreto. Para ello se dice desde siempre, tipificando la función jurisdiccional, que el *juez debe ser neutral*. Luis Antonio Burón Barba, prologando el excelente ensayo de Casamayor (*La justicia para todos*, ed. Vicens Vives, Barcelona, 1974), sostiene —afinando mejor la idea antes expresada— que sería más conveniente usar el término acuñado por Unamuno, allá por los años 34 ó 35, cuando la pugna en España entre grupos antagónicos alcanzaban su máxima tensión: "*alterutral*", "uno y otro", en vez de "neutral", "ni uno ni otro".

422 Compartimos el criterio amplio que formula Calamandrei sobre el concepto de equidad, en *El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad*, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1961, ps. 51 y ss.

423 *La equidad en la función judicial*, en "Revista de Estudios Procesales", nº 25, p. 7.

la especie, la falla no reside en la norma legal, si bien se mira; sucede que la pereza del juez cómodo o la debilidad del juez timorato, rehusarán un mayor esfuerzo interpretativo. Porque en tales supuestos, lo que se le pide al juez es que practique un corte más profundo en la sustancia de la ley, por debajo de sus palabras, de modo que emerjan así sentidos legales inesperados, menos obvios pero no menos congruentes; o si no, lo que corresponde es que el juez equitativo conecte la ley con todo el resto del ordenamiento, ya que las normas particulares no son autosuficientes ni constituyen un todo cerrado sobre sí mismo sino que, al contrario, son parte de un sistema del cual reciben nuevos sentidos...".

Y creemos en lo que venimos sosteniendo, porque, en esencia, "no media incompatibilidad alguna entre el respeto inteligente a la ley y el servicio de la justicia vía equidad..., pues, al fin y al cabo, el juez de equidad no es una figura anómala dentro del ordenamiento jurídico, y por tanto no debe vérselo como un personaje sospechoso al que se tolera extremando la buena voluntad. No. El juez de equidad es, sencillamente, el juez juez. Nada más, ni nada menos" [424].

De tal modo, conforme a la interpretación equitativa del ordenamiento jurídico, y aceptando básicamente la inteligente premisa que señala Sagüés [425] en el sentido de que "como el texto constitucional de 1853/60 se propone *afianzar la justicia*", concluímos con él en que toda norma injusta es, *a fortiori*, inconstitucional, y en la medida en que se acentúe y propague el control de constitucionalidad de las normas, debe —al menos en principio— profundizarse y ampliarse el control de su justicia, lo que importa, en esen-

[424] Idem.

[425] Néstor P. Sagüés, *Sobre el planteamiento de inconstitucionalidad de las normas por parte de los órganos del Estado*, "ED", 66, bol. 3928.

cia, un proceso de perfeccionamiento jurídico, un quehacer en pro del acercamiento de la ley a la justicia.

En síntesis se puede afirmar, sin incurrir en desmesuras tipo "derecho libre", que la esencia de la función judicial no estriba pura y simplemente en aplicar la ley, sino en lograr como fin el imperio del valor *Justicia*, empleando como medio un instrumento técnico que es la *ley*. Si esto se acepta, el control *ex officio* de constitucionalidad fluye como consecuencia inevitable de la función judicial así definida. *Primero*: porque es al juez, no a las partes, a quien obviamente incumbe seleccionar el *medio* que empleará ("su" medio), escogiendo de entre las diversas normas posibles aquella que debe por fuerza preferirse, o sea, ateniéndose a la Constitución —suprema lex— cuando con ella no se concilien las normas legales ordinarias. *Segundo*: porque, en orden al fin, siendo la Constitución el plan de justa convivencia social y, sobre todo en el caso argentino, proclamándose desde el preámbulo constitucional al principio de justicia como un axioma del sistema, sería inconcebible dejar librada a las partes la posibilidad de que ese fin se conquiste o se pierda, según que ellas quieran articular o no la impugnación de inconstitucionalidad. Resulta difícil entender, en verdad, cómo no se les admite a los particulares la "renuncia general de las leyes" (art. 19, Código Civil), mientras que en cambio, paradójicamente, los jueces quedarían por anticipado y por siempre en situación de renunciantes a la esencia de su misión legal y justiciera, entretanto los particulares no se dignen tomar la iniciativa al respecto. En definitiva, la tesis contraria a la inconstitucionalidad de oficio, entrega a las partes nada menos que la posibilidad del pleno imperio del orden jurídico en sus bases primordiales. Mayor absurdo no puede pedirse...

Expuesta hasta aquí la que consideramos nuestra tesis en cuanto al control constitucional de oficio, queremos des-

tacar nuestra discrepancia doctrinal con uno de los requisitos que señala Bidart Campos —que antes citamos— como pautas que se extraen de la jurisprudencia dominante en lo relativo al tema que nos ocupa.

Advierte el distinguido jurista que el control de constitucionalidad se acepta únicamente por la *vía indirecta*, mediante excepción o incidente, nunca por la vía directa de la acción. Y, por cierto, tiene razón en cuanto así se ha interpretado tanto en el orden nacional como en el provincial, salvo en los regímenes que autorizan expresamente tal control por vía de acción.

Y realmente no comprendemos el porqué ni la razonabilidad de tal dominante criterio jurisprudencial, por cuanto al haberse desvinculado el derecho de acción de la pretensión jurídica que se sustenta en virtud de él (lo que se conoce como su carácter abstracto), resulta que la "acción" se tornó en concepto elemental, insusceptible de clasificación y no confundible con el de "pretensión".

De allí que resulte jurídica y semánticamente incorrecto mantener la nomenclatura propia del Código Civil, que fue buena para una época anterior (en la que predominaba el concepto clásico de acción, entendido como el mismo derecho material puesto en movimiento), pero no en la actualidad, ya ampliamente superada tan antigua concepción. Por ello no es posible hablar hoy de una "acción de simulación", de una "acción de repetición", etc., sino de las pretensiones que dan sustento a cada intervención judicial.

Y hacemos esta reflexión por cuanto la tesis mayoritaria que venimos criticando entendió que por no *encontrarse legislada una "acción" de inconstitucionalidad*, no cabía amparar la vía directa. Ello constituye un absurdo jurídico, no sólo porque el derecho como tal no se concreta a otorgar "acciones", sino también porque el resultado de aplicar tal

tesis es por completo disvaliosa (se exige el ataque para posibilitar la defensa) y, sobre todo, porque se hace añicos el esquema jurídico-constitucional que recién hemos recordado.

1.2.2.5. CALIFICAR LA RELACIÓN JURÍDICA LITIGIOSA.

Este deber es una consecuencia inmediata del de motivar la sentencia (que trataremos en nº 1.2.2.7) y lo concreta el juez al determinar la norma jurídica que rige el caso justiciable. El tema tiene íntima vinculación con el principio "*iura novit curia*", que ya hemos glosado en nº 1.2.2.

1.2.2.6. EMITIR PRONUNCIAMIENTO SÓLO SOBRE LO QUE FUE OBJETO DE PETICIÓN.

Este deber de resolución surge naturalmente de las normas contenidas en CPCN, 34, inc. 4, y 163, inc. 6 [426], que consagran el conocido principio de "congruencia judicial" entendido como la conformidad que debe existir entre la resolución judicial y el planteo litigioso (o *thema decidendum*).

Dice la norma citada que "la sentencia definitiva de primera instancia debe contener... la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención en su caso, en todo o en parte".

[426] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 163; Catamarca, art. 163; Córdoba, arts. 348 y 349; Corrientes, art. 229; Chaco, art. 163; Chubut, art. 163; Entre Ríos, art. 160; Formosa, art. 163; Jujuy, art. 44; La Pampa, art. 163; La Rioja, art. 52; Misiones, art. 163; Río Negro, art. 163; San Luis, art. 163; Santa Fe, arts. 243 y 244; Santiago del Estero, art. 163; Tucumán, art. 279.

Dejemos aquí de lado el glosar los calificativos que refieren a la decisión: expresa, positiva y precisa (pues ellas se relacionan con el deber de fallar que ya hemos glosado en nº 1.2.2) para centrar nuestra atención sobre lo que debe ser materia de juzgamiento: "sólo las pretensiones deducidas en juicio...". Y ello porque en el proceso civil, el planteo y delimitación de la litis es cuestión exclusivamente reservada a las partes [427], pues son sus peticiones las que condicionan la protección jurídica y determinan su amplitud y contenido [428].

De allí que la sentencia deba reconocer como causa esas cuestiones y que el juzgador no deba omitir, alterar o exceder el planteo litigioso; si lo hace, su pronunciamiento carece de causa o razón que justifique o legitime su calidad de acto decisorio en determinado proceso y se manifiesta como una omisión o exceso de poder jurisdiccional en perjuicio del derecho de (por lo menos) una de las partes [429].

El juez peca de incongruencia en su actividad decisoria cuando:

a) omite decidir alguna de las cuestiones planteadas por las partes (*"ne eat judex citra petita partium"*) y que sean conducentes a la solución del pleito: ello conforma un vicio de incongruencia *citra petita* que descalifica la sentencia, atacable por recursos ordinarios y, aun en sede extraordinaria, por arbitrariedad. El concepto debe limitarse a la hipótesis expuesta, pues no existe incongruencia cuando el juez omite el tratamiento de una cuestión en virtud de la solución que da a otra que ha analizado previamente (v.gr., "si se admite el pago alegado, resulta inconducente el tratamiento de una defensa de prescripción deducida *ad even-*

427 Abraham Ricer, *La congruencia en el proceso civil*, en "Revista de Estudios Procesales", nº 5, p. 15, y abundantes citas allí referidas.

428 Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936, p. 82.

429 Ricer, ob. y lug. cits.

tum de la aceptada"). En tal supuesto, y de ser necesario, el tribunal de alzada tiene la facultad de conocer acerca del tema omitido —aunque no se haya pedido aclaratoria—, siempre que la parte interesada solicite el respectivo pronunciamiento al expresar agravios (CPCN, 278)[430].

b) otorga cosa distinta de la peticionada por la parte, yendo más allá del planteo litigioso (*"ne eat judex extra petita partium"*). Ello conforma un vicio de incongruencia *extra petita*, que se presenta cuando la sentencia recae sobre cosa no demandada o sobre persona distinta de aquella que interpuso o contra quien se dedujo la demanda. La decisión que ostenta este vicio es también descalificable por la vía de recursos ordinarios y extraordinarios.

c) otorga o adjudica más de lo que fue pedido (*"ne eat judex ultra petita partium"*). También aquí se incurre en vicio de incongruencia, ahora llamado *"ultra petita"*, que descalifica la sentencia.

d) la sentencia presenta una incongruencia *interna*[431], es decir, una incoherencia entre la motivación y la decisión, que se muestran contradictorias entre sí. Este vicio de autocontradicción, así como la ininteligibilidad de la sen-

[430] Con mayor precisión legislativa, CPCSF, art. 246, dispone: "La sentencia dictada en segunda instancia no podrá recaer sobre puntos que no hubiesen sido sometidos a juicio en primera, a no ser: 1) sobre excepciones nacidas después de la sentencia; 2) sobre daños y perjuicios, intereses u otras prestaciones accesorias debidas con posterioridad a la sentencia de primera instancia; 3) sobre prescripción, de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil. *En todos los casos* podrá decidir sobre los puntos omitidos en la de primera instancia, háyase o no pedido aclaratoria, siempre que se trate de cuestiones a las que el *a quo* no pudo entrar a causa de la decisión dada en un artículo previo o que se trate de una sustanciada y omitida en la sentencia sin fundamento aparente, y que se pida el pronunciamiento al *expresar* o *contestar* agravios. En este último caso se dará traslado por tres días a la otra parte".

[431] Así la llama Pallares, *Diccionario de derecho procesal civil*, México, 1960, p. 555.

tencia, hacen procedentes no sólo los recursos ordinarios sino el extraordinario por arbitrariedad [432].

Además de los casos ya señalados, que pueden presentarse tanto en primera como en segunda instancia, se muestra como vicio de incongruencia propio de esta última el no acatar el principio "*no reformatio in peius*", que indica que el tribunal de alzada carece de competencia para decidir acerca de lo que no fue motivo de agravio de parte interesada y que no puede modificar la decisión en perjuicio del recurrente. Se debe tener especial cuenta que tanto a nivel legislativo como doctrinal actual, el objeto de la apelación es la propia sentencia, y no la relación litigiosa. De allí que por injusta que le parezca una sentencia inferior al tribunal de apelación, no puede modificarla sin pedido de parte.

Escapan a esta regla y, por ende, no son incongruentes las sentencias de alzada que resuelven sobre intereses, daños y perjuicios y otras prestaciones accesorias debidas con posterioridad a la sentencia recurrida o que resuelvan cuestiones o defensas derivadas de hechos posteriores a ella (CPCN, 277).

1.2.2.7. FUNDAR LOS PRONUNCIAMIENTOS.

Este deber de resolución se halla expresamente legislado en CPCN, 34, inc. 4: "son deberes de los jueces... 4) fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia" [433]. Otros ordenamientos ele-

[432] Genaro Carrió, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Bs. As., 1967, p. 281.

[433] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 34; Catamarca, art. 34; Córdoba, art. 351; Corrientes, art. 229; Chaco, art. 34; Chubut, art. 34; Entre Ríos, art. 31; Formosa, art. 34; Jujuy, art. 45; La Pampa, art. 35; La Rioja, arts. 34 y 52;

van la norma a nivel constitucional (v. art. 95, Constitución Santa Fe) con cláusula nulificante directamente operativa.

Del texto de esa norma escapan sólo las providencias de mero trámite. Y la exclusión se explica fácilmente: las decisiones que sólo tienden a promover actos de dirección, ordenación, agregación y comunicación dentro del proceso, no requieren fundamento. Salvo, claro está, que fueren *denegatorias* de lo solicitado, en cuyo caso la motivación será elemento esencial que posibilite la eventual deducción de la correspondiente revocatoria.

Tal vez el concepto más llano que se haya dado en esta materia sea el de Carnelutti [434]: "La motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente para que de los hechos que el juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva".

Dice Cesáreo Rodríguez Aguilera que la motivación supone una actividad literaria, puesto que hay que expresar un juicio con propios fundamentos, valorar pruebas, aceptar o rechazar las razones de las partes y sus pretensiones. Es imprescindible, pues, que las sentencias sean claras, precisas y congruentes con las pretensiones de las partes. Sin embargo, añade: "la doctrina científica estima que, en la práctica, ocurre lo contrario, y formula muy severamente sus críticas" [435]. A su vez, Diez-Picazo [436] asevera que "la sentencia, como obra literaria, es una realidad que decepciona notablemente. Dudo mucho que un lego sea capaz de leer

---

Misiones, art. 34; Río Negro, art. 34; San Luis, art. 34; Santa Fe, art. 244; Santiago del Estero, art. 34; Tucumán, art. 34.

[434] *Límites de la denuncia del error in iudicando en Corte de Casación*, en *Estudios de derecho procesal*, Bs. As., 1952, t. II, p. 321.

[435] *La sentencia*, ed. Bosch, Barcelona, 1974, p. 49.

[436] *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1966, p. 33.

más allá de unos pocos, muy pocos, renglones. Para un profesional avezado, la lectura no es sumamente fácil siempre, y la inteligencia de aquello que lee, muy confusa. A veces, incluso, confesémoslo sin rubor, imposible".

En rigor, como ya se ha sostenido, la necesidad de fundamentos en toda resolución judicial se explica fácilmente: si el proceso es un diálogo en el cual se han mantenido, ideológica y polémicamente, dos actitudes opuestas o diversas, la decisión de la sentencia (que puede ser una síntesis de aquellas opuestas posiciones o la adopción de una de ellas) debe razonarse. La consideración debida a la persona del litigante, su derecho a la seguridad jurídica, exige las explicaciones y razonamientos de la motivación jurídica. A esta idea agrega Rodríguez Aguilera [437] que "la motivación se dirige también al Estado cuya voluntad expresa, en la sentencia, el juez o magistrado; al tribunal superior cuando por razón de grado jerárquico existe, que puede revocar o casar la sentencia, por creer inadecuada la motivación, al conocer de los recursos correspondientes; al abogado, colaborador técnico en la realización de la justicia, que ha ofrecido una visión propia del caso resuelto; a la sociedad en general, porque ella es —debe ser— titular efectiva de la soberanía y, por ello, fuente última generadora del derecho y le importa, por tanto, conocer cuáles son los criterios de su aplicación".

Este deber —que entronca aparentemente con la concepción montesquiana del Poder Judicial: los jueces son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley— no debe entendérselo, empero, como la actividad mecánica de un ser inanimado que no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de la "voluntad de la ley" [438]. Digamos,

[437] Ob. cit.

[438] Esto de "voluntad de la ley" no es más que una expresión verbal sin contacto con la realidad; es la ingenua tentativa de personificar una cosa.

sí, que la necesidad de explicar el porqué de una resolución responde a la necesidad de asegurar las garantías debidas a los justiciables. Como tal, se la visualiza como el desiderátum del proceso legal. No siempre fue así, claro está; en algunas épocas se lo juzgó disvalioso y hasta dañino para la justicia. Recuérdese, a título de ejemplo, que la Real Cédula de Carlos III de España, de 1778 —vigente hasta 1847—, mandaba, con referencia a la Audiencia de Mallorca, el cese de la práctica de motivar las sentencias, ateniéndose sólo a las palabras decisorias [439], "para evitar las cavilosidades de los litigantes".

Tradicionalmente, los términos "motivar" y "fundar" han sido usados como sinónimos. Sin embargo, es interesante la opinión vertida por Passi Lanza [440]. "*Fundar* una sentencia no es específicamente lo mismo que *motivarla.* Existe una diferencia de matiz aunque importante, puesto que mientras lo primero apunta preferentemente a la *norma*, lo segundo lo hace a la *conducta*, a la modalidad axiológica de la relación intersubjetiva cuya valoración, referida o enmarcada en aquélla, conduce al encuadre decisorio. Son, por tanto, dos tiempos distintos en la actividad del juzgador, muchas veces difícil de escindir, pero que de todos modos corresponde separar, al menos intelectualmente, para la mejor solvencia técnica de aquel encuadre".

Aunque tal distingo es menospreciado por Díaz [441], creemos, sin embargo que su acierto es indudable: la exigencia constitucional no se cumple tanto en el caso de una sentencia *fundada* —es decir, con la correcta invocación de

---

Así lo apunta Rodríguez Aguilera, ob. cit., p. 14: "la voluntad de la ley es una ficción".

439 La norma agregaba: "... como se observa en mi Consejo y en la mayor parte de los tribunales del Reino". Ver la interesante evolución histórica que reseña Clemente Díaz, *Instituciones...*, ob. cit., t. II, vol. A, p. 224.

440 Ver "LL", 131-65.

441 Ob. cit., p. 225.

la norma aplicable— pero que prescinda del razonamiento lógico [442] que fue menester para su aplicación, como en el caso en que, aun cumpliendo a cabalidad esta actividad, se obvia despreocupadamente toda referencia legal.

Digamos, por último, que a la "falta de motivación" se le equipara, por sus efectos, otro tipo de situaciones: arrogarse, al fallar, el papel de legislador; prescindir del texto legal sin dar razón plausible alguna; aplicar una norma derogada o aún no vigente; dar como fundamento pautas de excesiva latitud y sustentar el fallo en afirmaciones dogmáticas o dar un fundamento sólo aparente. Son, como se sabe, causales de arbitrariedad que franquean las instancias extraordinarias [443].

1.2.2.8. IMPONER COSTAS.

El deber de imponer costas en toda sentencia, definitiva o interlocutoria, surge del principio general contenido en CPCN, 68: "la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, *aun cuando ésta no lo hubiere solicitado*" [444]. Por cierto que, a tenor de lo dispuesto en la norma citada, así como lo que se infiere de CPCN, 69, 70, 71 y 72, el deber se cumple no sólo *imponiendo* sino también *distribuyendo* o *eximiendo* del pago de las costas procesales, pues resulta claro que "distribuír" implica una imposición parcial y que "eximir" significa que cada parte

[442] Sobre la génesis lógica de la sentencia civil, ver el estudio que Piero Calamandrei efectúa en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1961, ps. 369 y siguientes.

[443] Genaro Carrió, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967.

[444] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 68; Catamarca, art. 68; Córdoba, art. 356; Corrientes, art. 233; Chaco, art. 68; Chubut, art. 68; Entre Ríos, art. 65; Formosa, art. 68; Jujuy, art. 102; La Pampa, art. 69; La Rioja, art. 147; Misiones, art. 68; Río Negro, art. 68; San Luis, art. 68; Santa Fe, art. 251; Santiago del Estero, art. 68; Tucumán, art. 111.

carga con sus propias costas y la proporción que le corresponde en las comunes. De tal suerte, el juez *siempre impone* costas, aplicando para ello los distintos criterios o pautas que la misma ley le proporciona al efecto.

Aunque en esta obra no se intenta efectuar un estudio integral del régimen legal de costas, veamos ahora, escuetamente, cuáles son las reglas de imposición:

a) Como criterio general, aplicable siempre que no exista específica referencia al vencimiento como pauta impositiva u otro caso específico determinado en la ley, cada parte carga con sus propias costas y las que le corresponden proporcionalmente en las comunes. Se trata de la imposición *por su orden* o *por el orden causado*, que CPCN, 73, prevé expresamente para los casos de terminación del pleito por transacción o desistimiento, salvo acuerdo de partes al respecto.

b) Cuando en el planteo litigioso existe una parte *totalmente vencida*, debe pagar las costas propias y las de la contraria (CPCN, 68), a menos que el caso encuadre en algún supuesto de excepción que, al autorizar la exención de costas al vencido, torna el régimen impositivo al principio general visto precedentemente en *a*. Tales excepciones se presentan cuando media un allanamiento tempestivo, incondicionado, total y efectivo a la pretensión contraria, a menos que quien se allana hubiera incurrido en mora anterior a la presentación de la demanda o por su culpa hubiese dado lugar a la reclamación (CPCN, 70), en cuyo caso se vuelve al criterio del vencimiento expuesto en CPCN, 68. El Proyecto de Reformas al CPCN de 1979 introduce importante modificación en esta temática, que viene a sumar nueva tesis a las ya vistas, al agregar como párrafo final del art. 70: "Si de los antecedentes del proceso resultare que el demandado no hubiere dado motivo a la promoción del juicio y se allanare dentro del plazo para contestar la

demanda, cumpliendo su obligación, las costas se impondrán al actor". (Explicando esta reforma, se expresa en la exposición de motivos que en el inc. 1 se ha incorporado, por razones de mejor sistemática, el principio que impone el actual art. 76, que no constituye, en realidad, una hipótesis de "costas al vencedor". El hecho de que el demandado se allane a una demanda a cuya promoción no dio motivo, si bien significa que el demandante obtiene lo que reclama, no lo convierte en "vencedor" en sentido técnico; tampoco se configura una de las excepcionales situaciones en las cuales, sustanciado el juicio y acogida la demanda, el promotor del juicio deba pagar todas las costas"). También se vuelve al criterio del vencimiento, cuando existe pluspetición inexcusable, supuesto en el cual el ganancioso, no obstante serlo, debe ser condenado en costas siempre que su contrario hubiese admitido oportunamente la justicia de la reclamación hasta el límite establecido en la sentencia (CPCN, 72); a tales efectos cabe tener en cuenta que no existe pluspetición cuando el valor de la condena depende *legalmente* del arbitrio judicial, de juicio pericial o de rendición de cuentas, o cuando las pretensiones de las partes no fuesen reducidas por la condena en más de un veinte por ciento (ídem)[445].

En CPCN, 69, encontramos otro caso excepcional: no obstante el vencimiento, el juez puede eximir de costas (lo que revela que CPCN adopta un sistema impositivo mixto, en parte objetivo y en parte subjetivo) cuando se trata de dudosas cuestiones de derecho (CPCN, 69) o cuando se trata de un primer asunto justiciable sobre el cual no existen precedentes jurisprudenciales. Igual puede ocurrir en lo principal cuando el juez encuentra mérito para ello, debién-

[445] CPCSF, art. 253, se muestra más severo para graduar la pluspetición: no se incurre en ella cuando las pretensiones no fuesen reducidas por la condena en más de un 5 %.

dolo así expresar fundadamente en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad (CPCN, 68, últ. par.) (ambas normas se hallan prácticamente unificadas en el Proyecto de Reformas al CPCN de 1979).

Por otra parte, se asimila al supuesto de vencimiento el caso de desistimiento (tanto de la pretensión como del proceso): las costas corren a cargo de quien desiste, salvo cuando ello se debiere exclusivamente a cambios de legislación o jurisprudencia (CPCN, 73); en tal hipótesis, se vuelve al principio general expuesto en *a*.

También resulta equiparable al criterio del vencimiento el supuesto previsto en CPCN, 77, segundo párrafo: las costas correspondientes a pedidos desestimados serán a cargo de la parte que los efectuó u originó, aunque la sentencia le fuera favorable en lo principal.

Para terminar: se aplica la tesis que venimos glosando cuando el procedimiento se anula por causa imputable a una de las partes, quien debe soportar las costas producidas desde el acto o la omisión que dio origen a la nulidad (CPCN, 74)[446].

c) Cuando el planteo litigioso termina con un recíproco y parcial vencimiento de las partes, las costas se compensan o se distribuyen prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada una de aquéllas (CPCN, 71). A igual resultado se llega cuando ambas partes incurren en pluspetición (CPCN, 72, segundo párrafo).

d) Diversos son los casos, tanto legislativa como doctrinalmente, que autorizan la imposición de costas al vencedor: CPCN, 76, establece que "cuando de los antecedentes del proceso resultare que el demandado no ha dado

[446] CPCSF, art. 254, resulta más justo y ejemplarizador: después de consagrar norma idéntica a la apuntada en el texto, añade: "Si la nulidad debe atribuírse a culpa del juez o tribunal que sentenció la causa, se le impondrán las costas".

motivo a la interposición de la demanda y se allanare dentro del plazo para contestarla, el actor será condenado en costas" (se trata de una excepción a la excepción consagrada en CPCN, 70, inc. 1). Añade la misma norma citada que "también se impondrán las costas al vencedor cuando prosperare la excepción de prescripción y ésta hubiera sido opuesta después de la contestación de la demanda". Este supuesto encuentra su explicación en la reforma operada en el art. 3962 del Código Civil en virtud de la ley 17.711.

Se dice doctrinalmente, por otra parte, que en aquellos procesos en que toda la actividad se cumple en beneficio directo e inmediato del accionante (caso del juicio de usucapión o del incidente de sustitución de embargo, por ejemplo), aunque resulta impresionante la tesis que el tribunal pueda imponer las costas al vencedor, corresponde así declararlo [447].

Otro supuesto que lleva a la misma conclusión, aunque por diferentes motivos, es el que resulta de aplicar un derecho sobreviniente a la resolución de un litigio.

Existe una corriente doctrinal aún actual, que sostiene que el contenido de la sentencia no debe apartarse ni un ápice de la *litis contestatio*, porque precisamente ella forma parte de la relación sustancial que debe ser objeto del juicio. De esta forma, el debate queda conformado en ese momento y las circunstancias fácticas que posteriormente se presenten no pueden alterarlo. Es éste —dicen los sostenedores de esta doctrina, entre ellos, Hernando Devis Echandía [448]— un principio general de derecho procesal, de múltiples aplicaciones y unánimemente aceptado por cuanto

[447] Eduardo J. Couture, *Estudios de derecho procesal civil*, ed. Ediar, Bs. As., 1951, t. III, p. 337. Similarmente, ver CCCR, S. 3ª, 9/10/78, "Barulich c. Mansilla", "J", t. 57, p. 160.

[448] *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. Aguilar, Madrid, 1966, p. 288.

—caso contrario— se rompería la igualdad de oportunidades que les corresponde a las partes y la lealtad en el debate, si pudiera modificarse la litis por hechos posteriores a su formación; porque las partes enderezan sus actividades de ataque y defensa, de prueba y de recursos, en presencia de la litis así configurada.

Esta tesis, que se aplica tanto a la legitimación en la causa como al interés para obrar, no ha encontrado el apoyo unánime que pregona, ya que la teoría que acepta la posibilidad de actuar un derecho sobreviniente ha tomado cuerpo —creemos que definitivo— en la doctrina y en la jurisprudencia.

En efecto: "se habla del *ius superveniens* para indicar que, por eventos sobrevenidos, se modifica una situación de hecho, por la cual queda modificada también la correspondiente situación de derecho (por ejemplo, la muerte o incapacidad sobreviniente del sujeto)" [449].

Este concepto, que pertenece, propiamente, al derecho procesal, se usa también en el derecho privado, donde se lo conceptúa con otro significado y relacionándolo con el problema de retroactividad de la ley [450].

Detallándolo concretamente, se dice que "la aplicación rigurosa del principio de que la ley debe actuarse 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 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, este rigor se encuentra, sin embargo, amortiguado por el principio de la

[449] Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de S. Sentís Melendo, ed. E.J.E.A., Bs. As., 1954, t. 2, p. 326, nº 5.

[450] Ver, al respecto, Messineo, ob. cit., t. 1, p. 91, nos. 5 y 5 bis.

economía de los juicios. Consecuentemente, el juez falla tanto si: *a*) absuelve al demandado si el derecho se ha extinguido durante el litigio (era ya la máxima de los sabinianos: *emmia iudicia esse absolutoria*). En este caso, no pudiéndose declarar infundada la demanda, la absolución está motivada por la extinción de la materia de discusión. *b*) acoge la demanda si el hecho sobre el cual se funda se ha verificado durante el litigio (*ius superveniens*). En este segundo 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 trascurso del litigio y, por lo tanto, de cambiar la *causa petendi*, no excluye que pueda ser hecha valer una *causa superveniens*, cuando ésta sea 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 acción de alimentos y casos semejantes. En ambos casos, las costas del litigio reciben una regulación especial" [451].

Este criterio que acepta el *ius superveniens* ha obtenido —como ya lo anticipamos— recepción jurisprudencial [452], sin encontrar óbice en la normativa procesal ni en la ausencia de disposición legal que contemple la posibilidad de aplicar aquél, por cuanto la propia ley procesal autoriza a los jueces arbitrar la tramitación que deba observarse, en caso de silencio u oscuridad, conforme al espíritu que lo inspira y a los principios que rigen en materia procesal.

451 G. Chiovenda, *Instituciones del derecho procesal civil*, 1ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, t. 1, p. 195.

452 V. "J", t. 2, p. 417; t. 23, p. 173; t. 26, p. 277; etc.

Y precisamente uno de éstos, el de economía, contemplado en forma expresa en nuestra legislación adjetiva (ver CPCN, 34, inc. 5) y que enseña que se debe tratar de obtener el mayor resultado con el mínimo empleo de actividad procesal, es el fundamento definitivo y último de la aplicación del *ius superveniens.*

De conformidad con lo expuesto, siempre que una pretensión resulte admisible a causa de un hecho ocurrido con posterioridad a la contestación de la demanda, ella será acogida en la sentencia, pero las costas habrán de ser impuestas según el estado del litigio al momento de su traba [453].

e) Para finalizar, en casos de litisconsorcio se debe distribuír las costas entre los litisconsortes, salvo que por la naturaleza de la obligación corresponda una condena solidaria (CPCN, 75). De tal manera, cada litisconsorte carga con las costas que corresponden a su propia relación con la parte adversaria, independientemente de la que existe entre ésta y los demás litisconsortes.

Obviamente, la norma no se refiere al litisconsorcio conocido como *impropio*, que no exhibe relación litisconsorcial por existir sólo afinidad —y no conexidad— de pretensiones entre los diversos demandantes o demandados. Tal afinidad genera una total independencia en la actividad que cumple cada uno de los sujetos plurales en el proceso entre quienes, se insiste, no media coordinación de pretensiones e intereses, condición necesaria para que exista una relación litisconsorcial propia (auténtica relación litisconsorcial), de la cual es una subespecie el litisconsorcio *necesario*, que siempre es propio [454].

f) Aunque el tratamiento del tema que exponemos a continuación corresponde a un estudio integral sobre el régi-

[453] CCCSF, S. 1ª, "J", t. 23, p. 173.
[454] Adolfo Alvarado Velloso, *Comentarios...*, ob. cit., t. I.

men de costas —y no es tal el objeto de este trabajo—, nos parece de la mayor importancia su tangencial inserción en la obra frente a la contradictoria jurisprudencia que en todo el país existe en torno de la apelabilidad de un pronunciamiento que impone costas, cuando está contenido en resolución intrínsecamente inapelable. No nos referimos, por cierto, a normativas que aceptan una apelabilidad irrestricta o que la regulan en virtud de un efecto diferido, sino a aquellas que como el art. 296, inc. 3, de la ley 19.551 [455], vedan la posibilidad apelatoria tanto en lo principal materia de decisión como en cuanto a sus *accesorios*, entre los que una uniforme doctrina jurisprudencial incluye la imposición de costas.

No obstante la reiteración de tan unánime criterio, estimamos que no pasa de ser un preconcepto jurídico que se ha aceptado desde siempre sin efectuar un análisis exhaustivo de su contenido.

Para demostrar tal aseveración, hemos de considerar el problema desde diversos puntos de vista, exhibiendo cómo —con cualquiera de ellos— la solución jurisprudencial debe girar hacia la admisión del recurso.

A) Jurídicamente, el instituto de la accesoriedad se considera dentro del campo del derecho privado, donde existen tan sólo *obligaciones* y *cosas accesorias.*

Las primeras están definidas en el art. 523 del Código Civil, en donde se estatuye que "de dos obligaciones, una es principal y la otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra".

Del texto legal resulta que sin obligación principal no puede existir obligación accesoria.

455 Los ejemplos pueden sumarse fácilmente y en número importante. Nos basta recordar acá que todos los autos que versan sobre cuestión procedimental o que recaen sobre materia probatoria, son lisa y llanamente inapelables en CPCSF. Para tales supuestos, reseñados por vía ejemplificativa, sirve la explicación que exponemos en el texto.

Por ello es menester recordar que:

A.1) el proceso no es en sí mismo una obligación (concebida como vínculo jurídico mediante el cual el acreedor puede constreñir al deudor a realizar determinada prestación), por cuya razón no se puede aplicar al caso la noción contenida en el citado art. 523;

A.2) en el proceso, considerado como situación jurídica —y aun como relación jurídica—, no existen otras obligaciones con motivo de su existencia que la imposición de costas o de multas —en su caso—, por lo que cabe concluír que la condena en costas implica, a su respecto, la existencia de una verdadera obligación principal;

A.3) si se considera que la obligación de pagar costas es accesoria de la obligación cuyo cumplimiento se demanda en el proceso, la regla no podría variar, pues no siempre es patrimonial el contenido de aquél, maguer lo cual la condena en costas debe integrar cualquier sentencia, por imperativo legal;

A.4) conforme a lo expuesto hasta aquí, resulta que en el proceso no siempre existe una obligación principal que sea razón de la existencia de la condena en costas.

No obstante ello, cabe advertir que el concepto de accesoriedad no sólo se apoya en la idea de la existencia (como lo explica la norma civil), sino que tiene un doble fundamento ontológico: la *existencia* y la *subsistencia.*

Como lo enseña el ilustre jurista paraguayo Hugo Allen, todas las realidades, salvo Dios, existen porque algo o alguien les dio la existencia, pero eso no autoriza —jurídicamente— a considerar o calificar de accesorio a todo lo que deriva, en su existencia, de algo o alguien, pues por tal vía se llegaría a absurdos evidentes.

Por ejemplo: con tal criterio, la sentencia sería un accesorio de la demanda, pues no puede existir sentencia civil sin demanda que la origine, ya que la acción es pre-

supuesto de la jurisdicción. Pero con idéntico fundamento, los hijos serían accesorios de los padres que los procrearon, y así sucesivamente.

En realidad, la idea legal de la existencia no resulta suficiente para tipificar el instituto de la accesoriedad, pues *su fundamento se encuentra en la idea de la subsistencia.*

Por virtud de ella, se dice que si algo no puede subsistir como tal sin otra realidad que la mantenga subsistente, tal algo es "accesorio" por voluntad del hombre, por la propia naturaleza de las cosas o por voluntad de la ley.

Descartada la propia naturaleza —pues ya hemos demostrado que las costas no conforman una obligación accesoria por no existir otra obligación principal dentro del proceso o con motivo de él—, también la voluntad del hombre —pues a estos efectos carece de relevancia— y habida cuenta que la ley no califica como accesoria la obligación de pagar costas, se debe concluír forzosamente que ella, una vez generada, es subsistente por sí. En otras palabras: es autosuficiente, porque no necesita de ninguna otra realidad que la mantenga subsistente.

B) Para demostrar tal aseveración, recurriremos a otro punto de vista, también dentro del derecho privado: el concepto de *cosa accesoria.* Según lo dispone el art. 2328 del Código Civil, son aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen o están adheridas.

Si pudiéramos aplicar este concepto a la condena en costas, tendríamos que admitir la existencia de una "cosa principal" a la cual acceda dicha condena.

Si lo admitimos por vía de hipótesis, resulta que vinculando la "cosa" costas al proceso o a la sentencia, tendríamos que ella sería accesoria de la "cosa" proceso o de la "cosa" sentencia, cuestión absurda —por cierto—, máxime

cuando hay condenación en costas —obligación válida— sin sentencia y aun sin proceso.

Para aclarar ello, basta recordar que si caduca un proceso, ciertos ordenamientos legales establecen que las costas se imponen por su orden (CCPCSF, 241), y allí existe una obligación de pagarlas sin un proceso vigente. Idéntica situación se opera en caso de proceso anulado.

Similarmente, cuando una sentencia de primera instancia es anulada por el tribunal de alzada y éste impone costas en ambas instancias, como la nulidad se produce con reenvío de la causa (es decir, el tribunal superior no dicta sentencia de mérito), se configura un claro caso —en relación con la sentencia inferior— de costas sin sentencia.

C) Esta breve relación nos permite inferir que lo accesorio (en el sentido de dependiente, secundario, aproximado) se extingue cuando lo principal ha perecido, cosa que no ocurre en el campo procesal, donde ya hemos visto que puede existir una obligación válida de pagar costas generadas en un proceso inválido.

Esta vieja idea nos ha llevado a sostener[456] que la ausencia de ciertos presupuestos procesales no se vincula, en rigor, en modo alguno con la validez de las actuaciones judiciales, sino con la utilidad que ellas prestan o pueden prestar para componer el litigio que las originó. Y repitiendo términos ya muchas veces utilizados, si se acepta que ontológicamente la nada, nada puede producir, no se comprende cómo un proceso no válido (idéntico a la nada jurídicamente considerada) puede generar una obligación válida de pagar costas.

D) Por lo demás, razones de injusticia notoria terminan por convencernos de la necesidad de admitir el recurso en casos como el que motiva este comentario.

[456] CCCR, S. 3ª, "Laborde c. Riccardi", "J", t. 41, p. 10.

De adoptarse la tesis de la inapelabilidad, la imposición de costas vendría a constituír un importante rubro respecto del cual no procede reparación alguna y que queda librada, por ende, a la absoluta discrecionalidad de un juez unipersonal, cosa que no permite la ley ni su espíritu.

Demostrada procesalmente la procedencia de la apelación en materia de costas, veamos el tema en el caso específico de la Ley de Concursos, punto de partida en esta explicación.

En una ley que sólo consagra nueve incisos de un solo artículo para establecer las reglas procedimentales que el legislador nacional estima que deben respetarse igualitariamente en todas las provincias, parece obvio señalar que todo lo que allí no se contiene, debe ser regulado por cada ley procesal provincial.

Por ejemplo, y para ceñirnos tan sólo a los puntos que la propia ley señala: *a*) la perentoriedad de los plazos que establece el inc. 1, ¿supone su improrrogabilidad? ¿O es que acaso la Ley de Concursos admite implícitamente que los plazos son prorrogables? *b*) Cuando el inc. 2 establece que los plazos son computados por días hábiles, ¿supone la facultad judicial de habilitar días inhábiles? Y en tal caso, ¿es inapelable el auto que deniega la habilitación? *c*) Cuando la ley establece en el inc. 3 que las resoluciones son inapelables, ¿admite que son recurribles? Y, de tal forma, ¿veda o no el derecho de interponer recurso de nulidad? *d*) Al establecer el inc. 4 que la apelación se concede en relación y con efecto suspensivo, ¿cuál es el trámite que prevé se seguirá en el caso? *e*) Al establecer el inc. 5, que todas las notificaciones —salvo la correspondiente a la citación de las partes— son efectuadas por nota o tácitamente, ¿cuándo y cómo debe considerárselas operadas? *f*) Al referir el inc. 6 que el domicilio constituído subsiste... ¿qué norma ha de ser aplicada en el supuesto de que no se constituya?

Y, por lo demás, ¿qué normas se aplican en cuanto al derecho de postulación, presentación de copias de escritos y documentos, plazo de gracia, representación en juicio, etc., sino las propias legisladas en los respectivos CPC? Y si ello resulta claro, ¿se puede decir seriamente que si la propia ley procesal establece la apelabilidad de una resolución, ésta es inapelable a tenor de la regla contenida en la Ley de Concursos?

Meditemos sobre las siguientes hipótesis: quien pide la apertura del concurso, no justifica su personería; al cuestionarse tal actuación, el tribunal no admite la incidencia: ¿también es inapelable la respectiva resolución?

O, a la inversa, el actor solicita la concesión de plazo para acreditar la personería y el juez no lo concede, ¿también es inapelable su decisión?

Para terminar, nos preguntaremos tan sólo: si alguien se apegare irrestrictamente al expreso texto de la ley, en cuanto ella consagra —como regla— la inapelabilidad de todas las resoluciones dictadas durante la tramitación del concurso, ¿se animaría a mantener idéntica tesitura frente a una severa medida disciplinaria, dictada por el juez que lo tramita? ¿O admitirá que en tal caso (por no ser materia específica del concurso para la cual rige la norma de inapelabilidad) corresponde regular el tema recursivo por las propias reglas contenidas en el código de procedimientos? ¿Y no ocurre, acaso, otro tanto, en materia de imposición de costas?

Y que no se diga que el tribunal de alzada sólo es competente en la medida en que la ley admite la recurribilidad de lo resuelto por el inferior, pues ello es exacto sólo en cuanto se considere el vocablo "ley" como comprensivo de la materia procedimental extraña al régimen concursal. Y si de la norma procesal surge nítida la posibilidad de

recurrir, parece claro que resulta factible la apertura de la alzada.

Para terminar: si admitimos —reiteramos que con apego irrestricto a la norma que consagra la inapelabilidad— que se puede convalidar lo injusto, también habrá que admitir que se puede hacer otro tanto con lo ilegal o ilegítimo. Y esto, obvio es destacarlo, no es argumento que pueda brindar idóneamente un tribunal de derecho.

De allí que consideramos que la obligación generada en la imposición de costas es apelable, pese a la inapelabilidad intrínseca de la resolución que la impone.

1.2.2.9. REGULAR HONORARIOS.

Dentro de la economía de ordenamientos legales que consagran una retribución abogadil mínima e irrenunciable y que descartan, por ende, un régimen de libre contratación en la relación abogado-cliente, este deber judicial de resolución se presenta claro como tal y se halla vinculado con el anteriormente tratado. Como ello ocurre en el común de las provincias argentinas, lo hemos insertado en esta nómina que venimos glosando; sin embargo, destacamos que no puede ostentar el carácter de deber en aquellos sistemas que dejan librada la fijación de la retribución profesional al libre acuerdo de voluntades.

Por exceder notablemente los alcances proyectados para este trabajo, y porque además se aparta del tema procesal que le sirve de marco, omitimos glosar las diferentes pautas que para cada uno de los numerosos tipos judiciables establecen las leyes respectivas en materia arancelaria, que en los últimos años de grave inflación económica se han multiplicado en todas las provincias [457].

[457] Para demostrar tal aserto, a solo título ejemplificativo y sin ánimo de agotar la enunciación —por lo harto dificultosa que se torna la búsqueda—,

Por ello, diremos tan sólo que el deber se extiende a abogados (actuando como representantes o patrocinantes), procuradores, martilleros y peritos en general.

1.2.2.10. DECLARAR LA TEMERIDAD O MALICIA DE LAS PARTES O PROFESIONALES.

Este deber de resolución, previsto expresamente en CPCN, 45[458], se vincula en forma estrecha con el deber procesal de dirección en cuanto a los sujetos intervinientes que hemos denominado "Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de probidad, lealtad y buena fe", ya tratado en nº 1.2.1.2.4.

Como el que ahora glosamos no es sino una consecuencia de aquél, a nivel resolutivo, remitimos al lector a su explicación que sirve íntegra para el caso.

1.2.2.11. ACLARAR LAS RESOLUCIONES.

Este claro deber de resolución, no obstante presentarse como facultad del juez en CPCN, 36, inc. 3, se mues-

---

anotamos la siguiente legislación: *Nación*: ley 3094; ley 14.170; decreto 30.439/44; ley 18.371; decreto 6080/69; *Buenos Aires*: ley 4876; ley 5177; ley 6154; ley 6929; *Catamarca*: ley 1599; decreto 1681/44; *Córdoba*: ley 4276; ley 4776; decreto-ley 2828/63; *Corrientes*: decreto 1437/44; ley 1738; ley 2459; ley 3041; *Entre Ríos*: decreto 5819/45; ley 3603; decreto 46/63; decreto 464/62; decreto 1190/63; ley 5368; *Jujuy*: ley 1687; decreto-ley 33/56; ley 2435; *Mendoza*: ley 1042; ley 1720; ley 2232; ley 2367; decreto 1336/44; *Misiones*: ley 679; *Salta*: ley 689; ley 1098; ley 1343; ley 1715; decreto-ley 86/56; decreto-ley 107/56; decreto-ley 324/63; decreto-ley 375/63; *San Juan*: ley 1807; ley 1927; *San Luis*: ley 2332; ley 2690; ley 3116; ley 3228; decreto-ley 368/58; decreto 1046/65; ley 3528; *Santa Fe*, ley 4650; ley 4950; ley 6767; ley 6877; *Santiago del Estero*: ley 2066; ley 2590; ley 2733; ley 3944; *Tucumán*: ley 2480; ley 3725; ley 3842.

[458] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 45; Catamarca, art. 45; Córdoba, art. 34; Corrientes, art. 14; Chaco, art. 45; Chubut, art. 45; Entre Ríos, art. 42; Formosa, art. 45; Jujuy, art. 8; La Pampa, art. 47; Misiones, art. 45; Río Negro, art. 45; San Luis, art. 45; Santiago del Estero, art. 45.

tra en su verdadero carácter de deber en CPCN, 166, inc. 1[459]. Se consigna allí que después de pronunciada y notificada la sentencia concluye la competencia judicial respecto del pleito, razón por la cual el magistrado no puede sustituír ni modificar su pronunciamiento.

Se ha discutido en doctrina si mediando cambio de la persona del juez que dictó la sentencia al momento de ser peticionada la aclaratoria de ella, le corresponde pronunciarla a él o a su reemplazante. En el caso publicado en *LL*, 111-196, se establece que la resolución de la aclaratoria no es inherente a la persona física que la ha dictado, pues tal limitación no surge de la ley ni de la índole de la petición; de tal forma puede ser decidida por un juez interino o un nuevo titular. No creemos que se debe solucionar así el problema: si una sentencia implica, por esencia, un acto de juicio, toda aclaración de él debe efectuarlo quien lo emitió, pues caso contrario se entra de lleno en el terreno de la interpretación, que no es aclaración, por cierto.

Pues bien: a pedido de parte formulado dentro de los tres días contados a partir de la respectiva notificación o *de oficio*, y sin sustanciación, el juez *debe*:

1) corregir cualquier error material (nombres, fechas, cambio de posición de las partes) que surja del propio documento[460] o que torne incongruente la decisión con su motivación[461], siempre que la enmienda no altere lo sustancial de la decisión.

El error puramente numérico no perjudica y, por ende,

[459] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 166; Catamarca, art. 166; Córdoba, art. 362; Corrientes, art. 234; Chaco, art. 166; Chubut, art. 166; Entre Ríos, art. 163; Formosa, art. 166; Jujuy, art. 49; La Pampa, art. 166; La Rioja, art. 64; Misiones, art. 166; Río Negro, art. 166; San Luis, art. 166; Santa Fe, art. 248; Santiago del Estero, art. 166; Tucumán, art. 42.

[460] "J", t. 15, p. 25.

[461] "J", t. 19, p. 227.

puede ser subsanado en cualquier tiempo, incluso durante el trámite de ejecución de la sentencia (CPCN, 166, inc. 1).

2) Aclarar algún concepto oscuro, sin alterar lo sustancial de la decisión (CPCN, 166, inc. 2).

3) Suplir cualquier omisión en que se haya incurrido al sentenciar (tratamiento de una cuestión oportunamente planteada)[462], imposición de costas [463], condena al pago de intereses [464], etc., siempre que se relacione con alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio [465].

Cuando es solicitada por la parte, la aclaratoria carece de sustanciación. La resolución que recaiga sobre ella forma parte de la propia sentencia aclarada, de donde se ha podido decir, tanto legislativa como doctrinal y jurisprudencialmente, que el plazo para recurrirla corre desde la notificación de ella, y no del de la aclaratoria.

Este mayoritario consenso no nos convence, pues encontramos fuera de todo razonamiento lógico que se genere sobre una parte procesal la carga de recurrir la sentencia que no entiende, cuando existe siempre la posibilidad de brindarle su consentimiento en caso de entenderla. Por otra parte, en el terreno de las hipótesis fácticas, puede suceder que peticionada una aclaratoria, la resolución que sobre ella recaiga aclare o que no aclare acerca del tema cuestionado, de donde surge la posibilidad de deducir nueva aclaratoria.

Como no se nos escapa que una parte inescrupulosa puede derivar tal situación hasta lo infinito, convirtiendo

462 "LL", t. 42, p. 3.

463 "LL", t. 102, p. 868.

464 "JA", t. 56, p. 444.

465 Así, no procede para lograr la consideración de cuestiones extrañas a la litis, v. "LL", 123-221. Tampoco para atacar la sentencia que se remite, en sus fundamentos, a otra análoga (v. "Fallos", 248-726), ni para atacar la resolución que se ajusta a un pedido erróneo del propio recurrente (v. "Fallos", 214-509).

en artilugio lo que es un indudable derecho, comprendemos el porqué de la aceptación unánime de la tesis que refiere al comienzo del plazo recurrido. Sin embargo, por nuestra parte, entendemos que el juez —y, en su caso, el legislador— no puede medir *todos* los supuestos con la vara de la desconfianza hacia lo que puede convertirse en añagaza procesal. De ahí que sostengamos que el plazo para recurrir —en cuanto a puntos que son objeto de aclaratoria, claro está— debe correr desde la notificación de la decisión que recaiga sobre ella, pues esto es lo que parece razonable en orden a principios lógicos y lo que se muestra congruente en aquellas legislaciones que imponen, por ejemplo, la carga de fundamentar la apelación en el acto mismo de su interposición.

Para terminar: se discute también si la aclaratoria debe versar sólo sobre la parte resolutiva de una sentencia o si puede serlo sobre ella y su motivación [466].

Respecto del tema nos mostramos partidarios decididos de la tesis amplia, por cuanto la cuestión se vincula estrechamente con los alcances de la cosa juzgada, cuya extensión hemos tratado en nº 1.2.1.3.1.5 (deber de comprobar la ausencia de litispendencia por identidad y de cosa juzgada). Allí remitimos al lector a fin de analizar las razones por las cuales sostenemos que la fundamentación de toda sentencia puede ser objeto de aclaratoria.

1.2.2.12. USAR FIRMA ENTERA.

Hemos consignado este deber como integrativo de la tarea de sentenciar —aunque pueda llamar la atención del lector—, pues se halla impuesto expresamente en CPC Co-

[466] En el primer sentido, se puede ver profusa jurisprudencia, mencionando como ejemplos los casos publicados en "LL", 31-771; "RSF", 14-31; "J", 10-225 y 19-227; etc.

rrientes, 29, y LOTSF, 173: "Los miembros de la Corte Suprema, salas (cámaras de apelaciones), vocales de las cámaras de paz letradas y jueces, usarán media firma en las providencias y autos interlocutorios, y completa en las demás resoluciones y autos judiciales".

Y es que en el tráfico de expedientes judiciales es menester —para abreviar tiempo, que siempre falta frente al voluminoso despacho diario— acortar la grafía de la firma hasta límites que muchas veces la convierten en un simple rasgo ilegible y, por ende, de sencilla imitación o falsificación.

Como ello se ha convertido en práctica habitual de muchos jueces —apremiados por las circunstancias, que sobrepasan su posibilidad real de trabajo—, la legislación mencionada ha convalidado lo que se denomina "media firma", permitiéndola sólo en providencias simples y autos interlocutorios, pero prohibiéndola expresamente en las sentencias.

1.2.2.13. EXAMINAR LA ADMISIBILIDAD DE LA APERTURA DE LA ALZADA.

Este deber procesal puede ser considerado como de dirección o como de resolución. Hemos optado por clasificarlo dentro de este último grupo, pues al referirse con exclusividad a la actuación que les cabe a los jueces de alzada (segunda o ulterior instancia), aparece claro el deber al momento de sentenciar, que en la mayoría de las veces es la primera ocasión en que el tribunal (con la totalidad de sus jueces), como órgano decisor, toma contacto directo con el expediente.

Claro está que en tales circunstancias debe ser cumplido en forma previa y excluyente de otros que hemos tratado con antelación, pues de ser inadmisible la apertura de la

vía recursoria, no se puede dictar el pronunciamiento requerido.

Veamos ahora en qué consiste este deber conforme lo dispone CPCN, 276[467]: "Si la apelación se hubiere concedido libremente, debiendo serlo en relación, el tribunal de *oficio* o a petición de parte hecha dentro de tercero día, así lo declarará, mandando poner el expediente en Secretaría para la presentación de memoriales en los términos del art. 246. Si el recurso se hubiere concedido en relación, debiendo serlo libremente, la Cámara dispondrá el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 260".

Se desprende de lo expuesto que el tribunal de alzada *debe* otorgar al recurso el trámite que la ley prevé para el caso concreto (modo libre o en relación), sin que se pueda ver constreñida por la defectuosa concesión efectuada por el juez ni por la voluntad de las partes. Como el estudio del tema debe ser efectuado *antes* de iniciar la tramitación del recurso, es que *supra* lo hemos referido como deber procesal de dirección.

Empero, no se agota aquí el deber, sino que comprende otros supuestos: en primer lugar, y equiparable al modo, las partes pueden reclamar acerca del efecto (suspensivo o no suspensivo) otorgado al recurso por el juez de la admisibilidad. Y el tribunal de grado debe atender el reclamo en tal sentido, habida cuenta que una vez concedido, el juez *a quo* no puede modificar la respectiva providencia[468].

[467] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 271; Catamarca, art. 271; Córdoba, art. 1255; Chaco, art. 274; Chubut, art. 271; Entre Ríos, art. 268; Formosa, art. 274; La Pampa, art. 274; Misiones, art. 276; Río Negro, art. 271; San Luis, art. 276; Santa Fe, art. 355; Santiago del Estero, art. 271.

[468] Así lo ordena específicamente, por ejemplo, CPCSF, art. 355: "Salvo lo dispuesto para casos especiales, el auto por el que se concede un recurso *no será recurrible* y sólo podrá ser revocado o reformado en cuanto al modo o efecto en que haya sido concedido por el superior".

En segundo lugar, y yendo a caso más extremo, el deber ha de implementarse en cuanto a la concesión del recurso, en sí misma. Esta afirmación carece de sustento legislativo expreso en diversos ordenamientos procesales del país; empero, es de insoslayable cumplimiento en razón de que toda la materia procedimental atinente al régimen recursivo (en general) se ubica doctrinalmente en el plano vertical del proceso —es decir, en el plano que une a las partes con el juez en recíproca relación—, donde nada es transigible, pues no se concibe a jueces de alzada aceptando una defectuosa concesión de recurso porque medie acuerdo de partes (obviamente, no vinculante para el tribunal) o porque el juez inferior haya concedido indebidamente un recurso inadmisible, cuando es la voluntad de la ley la única que puede generar (mediante su estricto cumplimiento) su actuación revisora.

Y es que nosotros concebimos el proceso con un plano *vertical*, que corre desde las partes hacia el juez, y viceversa; un plano *horizontal*, que corre recíprocamente entre ambas partes contendientes, y un plano *insular*, que afecta a cada parte en su propia esfera de actuación. Dentro del plano vertical se presentan los *deberes procesales* (por ejemplo, el *deber* de fallar, el *deber* de proceder con lealtad, probidad y buena fe), que como tales no pueden ser transigibles por las partes; de allí que los plazos auténticamente improrrogables sean sólo los recursivos y que no se pueda pactar en contra de normas que regulan las pautas de competencia improrrogable. En el plano horizontal se muestran sólo *obligaciones* emergentes del proceso (por ejemplo, pagar costas); de ahí que en un proceso predominantemente dispositivo las partes puedan acordar prórroga de plazos, renuncia de derechos y excepciones, etc. Por último, en el plano insular que rodea a cada litigante en particular, están

las *cargas*, imperativos jurídicos del propio interés, cuyo incumplimiento genera efectos contrarios al renuente.

Los pronunciamientos judiciales que exhiben esta doctrina —con absoluta y pacífica constancia—, sostienen que en las relaciones verticales propias de la alzada, prevalece el orden público procesal, inderogable por voluntad de los particulares o de los propios jueces.

De allí que no obstante una indebida tramitación del recurso en la alzada (por inadvertencia actuarial, por ejemplo), el tribunal carezca de potestad para dictar sentencia de mérito y deba resolver, necesariamente, que la impugnación resulta inadmisible.

Cuando esto ocurre se genera otro problema que carece de solución uniforme en la doctrina jurisprudencial: es el relativo a la imposición de costas devengadas en sede superior. Una corriente interpretativa sostiene que cabe distribuírlas aplicando un mayor porcentaje sobre el apelante, responsable inmediato de la indebida apertura recursiva. Otra opuesta, que compartimos, impone por su orden tales costas, habida cuenta del carácter oficioso de la resolución que declara la inadmisibilidad y de que si bien el recurrente originó una actuación inútil, ella resulta convalidada por el silencio del recurrido, que no se queja tempestivamente al respecto y, por ello, posibilita la decisión oficiosa que venimos aludiendo.

1.2.2.14. INTEGRAR EL TRIBUNAL EN CASO DE FALTA DE MAYORÍA.

Este deber de resolución se halla consagrado expresamente en algunas leyes procedimentales (v.gr., CPCSF, 384; CPCCba., 1338) y, con mayor rigor técnico —ya que es inherente al funcionamiento mismo del Poder Judicial—, en leyes orgánicas (v.gr.: RJN, 110), reguladoras de la actividad jurisdiccional.

En el tema en estudio se debe partir de la base incuestionable de que todo pronunciamiento de tribunal colegiado debe ser dictado con mayoría absoluta (mitad más uno) y concordante de opiniones para poder decidir válidamente la cuestión litigiosa propuesta a su conocimiento.

Por virtud de ello, cuando en un tribunal integrado por tres jueces existen otras tantas opiniones divergentes o cuando estando formado por cinco magistrados se obtiene una simple mayoría en la votación (dos opiniones coincidentes y tres disidencias discrepantes entre ellas) o, finalmente, cuando existiendo mayoría absoluta en cuanto al fondo del asunto no logra concordarse en la solución del juicio [469], resulta menester integrar el tribunal con el mínimo necesario de jueces para obtener la exigida mayoría absoluta de votos concordantes (RJN, 110). A tal fin, se debe respetar el orden de suplencias establecido por cada legislación en particular.

Por obvias razones aritméticas, los jueces convocados a dirimir deben ser dos si es impar el número de discrepantes y uno si es par [470]. Si con ello no se logra la mayoría requerida, se ha de proceder a nueva integración hasta tanto ella se obtenga. Para mejor comprender lo expuesto, supóngase que se presenta el siguiente esquema en la votación de tres jueces:

Posición A (juez 1)	Posición B (juez 2)	Posición C (juez 3)

Tratándose de número *impar* de discrepantes, se con-

[469] Por ejemplo, se acepta la pretensión resarcitoria demandada pero no se logra mayoría en cuanto al monto indemnizatorio.

[470] Ésta es la expresa solución de CPCSF, art. 384.

voca a *dos* jueces dirimentes, con cuyo concurso interpretativo pueden obtenerse dos soluciones:

1)	Posición A (juez 1)	Posición B (juez 2)	Posición C (juez 3)
	Posición A (juez 4)		
	Posición A (juez 5)		

En el caso, se obtiene mayoría absoluta y puede ser pronunciada sentencia válida, ya que la suma de los votos dirimentes a la posición A hace que triunfe en la votación por tres a dos.

2)	Posición A (juez 1)	Posición B (juez 2)	Posición C (juez 3)
	Posición A (juez 4)	Posición B (juez 5)	

En el caso los jueces dirimentes han tomado diferente partido: uno por la posición A y otro por la B. De tal manera, ninguna resulta triunfante, pues no logra conformar la mayoría absoluta. Como ahora son cinco los discrepantes (número impar), se requiere que vengan a integrar dos (número par) dirimentes, de donde puede resultar:

Posición A (juez 1)	Posición B (juez 2)	Posición C (juez 3)
Posición A (juez 4)	Posición B (juez 5)	
Posición A (juez 6)		
Posición A (juez 7)		

Sumados los votos resulta triunfante la posición A por cuatro a tres. Empero, si el "juez 7" vuelca su opinión en

favor de la posición B, comienza nuevamente la integración, en la forma ya vista.

El tema en estudio reviste la mayor importancia, pues la *falta de mayoría* torna nulo el pronunciamiento judicial emitido por tribunal colegiado [471].

A idéntica consecuencia conduce la *falsa mayoría* producida en tribunal integrado por número impar de jueces [472]. Supóngase que demandada la declaración de divorcio a base de tres causales (que llamamos 1, 2 y 3), se presenta el siguiente esquema en la respectiva votación:

Pretensión	Juez A	Juez B	Juez C
Causal 1	afirmativa	negativa	negativa
Causal 2	negativa	afirmativa	negativa
Causal 3	negativa	negativa	afirmativa
Total	2 negativas	2 negativas	2 negativas

Como se ve, aunque en el ánimo de cada uno de los jueces se puede advertir la decisión de declarar el divorcio, la pretensión debe ser rechazada por un simple recuento de votos que conducen a desestimar cada una de las causales esgrimidas. Por cierto que el caso es de rara factura, pero no imposible de acaecer. Y esto es, precisamente, lo que se conoce con el nombre de *falsa mayoría*, que torna

471 El caso se equipara, por sus efectos, al de nulidad de sentencia dictada por juez legalmente recusado. Cuando ella se produce en segunda instancia, algunos ordenamientos —v.gr. CPCSF, art. 247— admiten que la nulidad sea declarada por el *mismo tribunal*.

472 Tomamos el supuesto de los comentarios que Bellot efectuó de la Ley Procesal del Cantón de Ginebra.

viciado de nulidad el pronunciamiento respectivo. Por eso es que el caso, a fin de evitar tan disvalioso resultado, debe ser subsumido en el de *falta de mayoría*, determinante de la integración del tribunal con mayor número de jueces.

Ahora bien: integrado el tribunal por los jueces dirimentes, se plantea el problema de determinar si ellos concurren a pronunciar *toda* la sentencia (con estudio integral de las situaciones fácticas y jurídicas) o si deben *limitar* su pronunciamiento a aquellos puntos en que no hubiese podido obtenerse mayoría absoluta. Nos inclinaremos por la segunda tesis, expresamente aceptada en algunos códigos procedimentales (v.gr.: CPCSF, art. 384).

Otra cuestión debe ser finalmente elucidada: una vez integrado el tribunal, ¿pueden los jueces discrepantes cambiar de opinión y, con ello, erradicar del tribunal a quienes fueran convocados en calidad de dirimentes? [473]. Decididamente nos volcamos hacia una rotunda negativa: la seriedad misma de la justicia no puede permitir las idas y venidas que el problema apuntado puede acarrear. Si, como expresamente lo dispone RJN, art. 111, es menester que las partes brinden consentimiento a la integración del tribunal, lo que implica en muchas legislaciones una notificación personal o por cédula, con el tiempo y gasto que ello insume, no parece juicioso ni razonablemente aceptable que después del desgaste sufrido, el tribunal originario de la causa recomponga su entonces discrepante votación y, de consiguiente, declare que la integración ordenada resulta finalmente inoficiosa.

[473] El tema se halla legislado en CPCSF, art. 385: "En el acuerdo para dirimir la discordia, deliberarán nuevamente los miembros del tribunal y, si persistieren en sus opiniones, votarán los dirimentes". Como se ve, la integración del tribunal puede volver a foja cero, en caso de *no persistir* en sus opiniones los jueces discrepantes.

1.2.3. DE EJECUCIÓN.

El deber de ejecutar sus sentencias —deber procesal del juez, ver nº 1.2— es una consecuencia natural de su deber de jurisdicción y uno de los elementos que la configuran como función del Estado. Doctrinalmente se acepta que la actividad jurisdiccional se integra con cinco elementos: *notio, vocatio, coertio, iudicium* y *executio*. Este último es, precisamente, el que genera el deber que glosamos.

Se trata, simplemente, de no dejar en mera y lírica declaración la contenida en la sentencia —que puede no ser acatada por las partes a quienes afecta—, sino en hacerla cumplir coactivamente, a fin de recomponer la paz social alterada por el conflicto que derivó en proceso.

En rigor de verdad, cuando el juez recompone altera el estado jurídico vigente en el momento de hacerlo, con lo cual pareciera que penetra en un círculo vicioso, al tener que alterar un estado de paz para volver a un estado idéntico, pero anterior. (Piénsese en la situación de quien intenta reivindicar contra el poseedor despojante que logrará, una vez ganancioso, la restitución de la cosa por medio —ahora— del desapoderamiento judicial). Mas se trata de una lógica y necesaria actividad tendiente a mantener un ordenamiento jurídico dado y preestablecido y erradicar el "derecho de la fuerza", mediante el empleo, llegado el caso, de una fuerza superior: la de la propia colectividad, con lo cual, en definitiva, triunfa la tesis de Maquiavelo.

Capítulo III

LAS FACULTADES DE LOS JUECES

2. Facultades.

Las facultades de todo juez pueden ser *ordenatorias, conminatorias, sancionatorias* y *decisorias*, según el fin que se persiga con su ejercicio.

2.1. Facultades ordenatorias.

Las facultades ordenatorias se vinculan estrechamente con los deberes de dirección, pero mientras éstos le son impuestos al juez en el ejercicio de su función, aquéllas aparecen èn la órbita volitiva del magistrado; dicho en otras palabras, la ley sólo posibilita la realización de determinadas conductas (sin imponerlas) en aras del cumplimiento de los fines del proceso, mediante la concreción práctica de los principios que lo inspiran.

Pueden relacionarse con el *proceso* en sí mismo, con los *sujetos intervinientes* y con el *objeto* del pleito.

2.1.1. En cuanto al proceso en sí mismo.

2.1.1.1. Determinar el plazo para presentar el instrumento de mandato.

Esta facultad ordenatoria puede ejercerse cuando por mediar razones de emergencia o de imposibilidad fáctica,

los procuradores o apoderados no logran acreditar su mandato con la pertinente escritura de poder en la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, tal como lo impone CPCN, 47 [474].

Dicha norma no supone los casos reseñados, concretándose a establecer, en orden a esta facultad, que "cuando se invoque un poder general especial para varios actos, se lo acreditará con la agregación de una copia íntegra firmada por el letrado patrocinante o por el apoderado. De oficio o a petición de parte, *podrá intimarse* la presentación del testimonio original".

Otras normativas prevén expresamente la posibilidad de admitir una presentación de apoderado con promesa o fianza de acreditar mandato. El CPCSF, art. 42, establece —por ejemplo— que "*en casos urgentes*, se podrá comparecer al proceso ofreciendo comprobar la personería dentro del plazo que el juez determine y que no podrá ser superior a treinta días. El plazo empezará a correr desde el mismo día en que se compareció invocando el mandato y pidiendo término para presentar el documento que lo instrumenta. Trascurrido aquél sin que el poder se exhibiere o si éste no hubiese sido otorgado por lo menos el día que se lo alegó, *quedará nulo* todo lo actuado por el procurador, que cargará con las costas causadas". A su turno, CPCCba., art. 28, establece que "cuando se trate de interrumpir prescripciones o evitar rebeldías, y los documentos que acrediten la personería no pudieren ser presentados en el acto, el que los invoque será admitido en juicio bajo condición de que los exhibirá en el término que el juez o tribunal designe, y

[474] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 47; Catamarca, art. 47; Chaco, art. 47; Chubut, art. 47; Entre Ríos, art. 44; Formosa, art. 47; La Pampa, art. 47; Misiones, art. 47; Río Negro, art. 15; San Luis, art. 47; Santa Fe, art. 42; Santiago del Estero, art. 47; Tucumán, art. 47.

dando fianza, la que será calificada sin sustanciación ni recurso alguno, y podrá ser otorgada *apud acta*, suscribiendo el fiador la solicitud. Si los documentos habilitantes de la personería invocada no se presentaren en el término fijado por el juez o tribunal, quedará ipso facto sin efecto la admisión del juicio y las demás diligencias practicadas a solicitud del que los invocó, siendo a su cargo las costas y los daños y perjuicios causados".

Los supuestos fácticos que presuponen ambas normas muestran notorios casos de urgencia que requieren una flexibilidad legislativa que no exhibe CPCN, 47, intrínsecamente buena —pues evita eventuales inconvenientes ulteriores—, pero que no permite, literalmente interpretada, la adecuada defensa de los derechos por parte de los justiciables.

En este orden de ideas, Fassi [475] sostiene que "aun cuando al contestar la demanda se haya omitido acompañar el testimonio del poder invocado para justificar la personería, no corresponde dar por perdido el derecho del demandado, debiendo intimarse su presentación dentro de un plazo prudencial, ya que la caducidad de derechos *debe interpretarse restrictivamente*".

A base de lo expuesto, sostenemos que la economía general de toda legislación procesal admite el ejercicio de la facultad de determinar el plazo para presentar el instrumento de mandato que no pudo exhibirse, frente a razones de urgencia, al momento de ser efectuada la primera gestión del apoderado actuante.

2.1.1.2. TOMAR MEDIDAS TENDIENTES A EVITAR LA PARALIZACIÓN DEL PROCESO.

Esta facultad ordenatoria se halla autorizada en CPCN, 36, inc. 1, donde luego de establecer que el juez puede

[475] *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado...*, ed. Astrea, Bs. As., 1971, t. I, p. 106, con cita de CNCiv., Sala B, 25/3/68, "LL", t. 132, p. 1063, nº 18.613-S.

"tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso", añade: "a tal efecto, vencido un plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponde, *se pasará* a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, *disponiendo de oficio* las medidas necesarias".

Como se podrá notar por las palabras que hemos destacado, no obstante que ella presenta este tópico como una *facultad,* constituye en esencia un *deber,* por cuanto el CPCN añade el impulso de oficio al impulso procesal de parte, congruente con el mantenimiento de la caducidad de la instancia, la pérdida de la prueba por negligencia, etc., en lo que se muestra claro ejemplo del tránsito que en los últimos años ha sufrido la legislación argentina desde un proceso puramente dispositivo hacia otro publicizado al extremo, con netos cortes y elementos inquisitorios. Sin embargo, como se podrá ver luego en nº 2.1.3.1 (donde se explica la facultad de ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos), no se ha llegado aún en la legislación argentina —afortunadamente— al extremo a que han arribado otros ordenamientos que se muestran claramente inquisitoriales. De allí que todavía se pueda afirmar que en nuestro país el proceso es *predominantemente dispositivo,* sistema de debate con el cual no se concilia este tópico considerado como deber judicial.

Creemos que al establecer la norma su carácter facultativo (no obstante la imperatividad del verbo utilizado en el inciso *b* del art. 36, así como la actuación oficiosa impuesta al juez), el legislador no ha sido congruente en el tratamiento de las instituciones respectivas o no se ha mostrado partidario decidido del régimen inquisitivo. Descartando —por obvia— la primera afirmación, resulta que la que venimos glosando se muestra aparentemente como figura híbrida cuyo ejercicio llama a engaño al intérprete. Sin embargo, habida cuenta del carácter dispositivo que toda-

vía podemos asignar al proceso, queda en claro que para nosotros se trata de una *facultad* que el juez *puede* (y no *debe*) tomar prudencialmente medidas para evitar la paralización del proceso, cuando la naturaleza de la pretensión litigiosa así lo aconseje.

2.1.1.3. HABILITAR DÍAS Y HORAS INHÁBILES.

Dispone CPCN, 152 [476], que "las actuaciones judiciales se practicarán en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad".

La misma norma enseña que son *días hábiles* todos los del año, con excepción de los domingos, los del mes de enero y los de Semana Santa, los que por disposición del Congreso o del Poder Ejecutivo no sean laborables y los que la Corte Suprema declare feriados judiciales (RJN, art. 6), y que son *horas hábiles* las comprendidas dentro del horario establecido por la Corte Suprema para el funcionamiento de los tribunales[477], agregando que "respecto de las diligencias que los jueces, funcionarios o empleados deben practicar *fuera de la oficina*, son horas hábiles las que median entre las siete y las veinte".

La grave sanción nulificante que debe soportar una actuación judicial practicada en día u hora inhábil, hace necesario que el juez actuante declare expresa y previamente la habilitación de dicho día u hora, tanto cuando no fuere posible señalar las audiencias dentro del plazo establecido por el mismo Código, como cuando se tratare de

[476] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 152; Catamarca, art. 152; Córdoba, arts. 49 a 52; Corrientes, art. 6; Chaco, art. 152; Chubut, art. 152; Entre Ríos, art. 149; Formosa, art. 152; Jujuy, art. 184; La Pampa, art. 152; Misiones, art. 152; Río Negro, art. 152; San Luis, art. 152; Santa Fe, art. 55; Santiago del Estero, art. 152; Tucumán, arts. 123 y ss.

[477] En términos similares cada provincia regula en su respectivo CPC el tema que estudiamos.

diligencias urgentes cuya demora pudiera tornarlas ineficaces u originar perjuicios evidentes para las partes.

Y hemos tipificado tal actividad como *facultad*, no obstante la actuación oficiosa y la imperatividad del "deberán" utilizado en CPCN, 153, por cuanto el pedido de habilitación expreso de la parte no resulta vinculante para el juez, quien puede acceder o no (o actuar oficiosamente o no) luego de evaluar las circunstancias fácticas que rodean cada caso concreto.

Hemos referido hasta aquí la tarea habilitatoria como propia y específica del juez de la causa. Empero, cuando se trata de cumplir actuaciones ante el juez de feria [478] en expedientes que ya están en trámite ante otros tribunales, es a él —y no al juez de la causa— a quien compete efectuar la habilitación.

No obstante todo lo expuesto, cuando una diligencia ha comenzado a realizarse en día y hora hábil, puede llevársela hasta su fin en tiempo inhábil, sin necesidad de que se decrete la habilitación (CPCN, 154).

2.1.1.4. SUSPENDER O INTERRUMPIR TRÁMITES.

Ya hemos analizado en nº 1.2.1.1.11 el deber procesal de fijar plazos. Veamos ahora la facultad de suspender o interrumpir la tramitación del expediente cuando circunstancias de fuerza mayor o causas graves hagan imposible la realización del acto pendiente. Ella está autorizada en CPCN, 157 [479], aunque el imperativo usado del verbo

[478] A nuestro juicio, son asuntos de feria: 1) las medidas cautelares; 2) los concursos; 3) la acción de amparo; 4) la tramitación de sumarios penales siempre que lo solicite el fiscal o el juez estime necesario diligenciar y aquellos en los cuales el imputado está privado de su libertad; 5) los que, a juicio de los magistrados, puedan ocasionar la pérdida de un derecho o hacer sufrir un grave perjuicio al interesado (por ejemplo, demanda al solo efecto de interrumpir una prescripción).

[479] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 157; Catamarca, art. 157; Córdoba, art. 75;

"deber" induzca a confusión respecto de la naturaleza facultativa que asignamos al tema.

Sabido es que la *iniciación* de todo plazo se computa desde la respectiva notificación —si éste fuere individual— o desde la última que se practique —si fuere común—, no contándose en su trascurso el día en que tiene lugar la diligencia notificatoria[480] ni los inhábiles[481], salvo que el plazo señalado fuere por semanas, meses o años, en cuyo caso se computa por semanas, meses o años naturales sin excepción de día alguno[482], habida cuenta de la naturaleza civil, y no procesal, de tales plazos.

A su turno, los plazos de horas se contarán desde la siguiente a la de la notificación y corren —obviamente— durante las inhábiles, de donde resulta que un plazo de 48 horas no es idéntico a uno de dos días. De ahí que el plazo de horas deba ser utilizado por el juez cuando circunstancias extremas así lo aconsejen y sea necesario adoptar una resolución con auténtica urgencia. En tales supuestos, la habilitación respectiva se produce tácitamente y el magistrado debe efectuar precisa indicación acerca del lugar en el cual se hallará al momento de terminación del plazo, para recibir la actuación exigida y decidir en consecuencia.

El *vencimiento* de los plazos de días, semanas, meses o años, se produce en el último momento hábil del día respectivo[483]; pero cuando es de horas, vencen al terminar la

---

Corrientes, art. 42; Chaco, art. 157; Chubut, art. 157; Entre Ríos, art. 154; Formosa, art. 157; Jujuy, art. 191; La Pampa, art. 157; La Rioja, art. 189; Misiones, art. 157; Río Negro, art. 157; San Luis, art. 157; Santa Fe, art. 71; Santiago del Estero, art. 157; Tucumán, art. 128.

480 CPCN, 156; CPCSF, 71; CPCBA, 51; CPCCba., 73; P. Couture, 31.

481 Idem.

482 Así reza expresamente CPCCba., 76.

483 Así lo consigna expresamente el P. Couture, art. 33.

última de las fijadas, cualquiera que fuere el momento en que ocurra [484].

Ahora bien: pendiente el curso de un plazo determinado, el juez puede suspenderlo o interrumpirlo, con diferentes efectos según el caso.

La *suspensión* importa la fulminación del período ya trascurrido y la necesidad de conceder un nuevo e íntegro plazo en reemplazo del suspendido, cualquiera que haya sido el momento de su curso en el cual ella haya tenido lugar. Implica, así, la no iniciación del plazo.

La *interrupción*, al contrario, supone la no fulminación del período ya trascurrido; de modo que cuando se la decreta no debe correr de nuevo íntegramente, sino que es menester descontar los días ya cumplidos al reabrirse el plazo.

No obstante lo que enseña una generalizada e inadecuada práctica tribunalicia, es *interrupción*, y no *suspensión*, lo que el juez debe decretar cuando ejerce esta facultad en orden a perentorias circunstancias que tornan imposible la realización de un acto; v.gr.: retirar una parte el expediente del tribunal mientras trascurre para el contrario el término de un traslado conferido sin entrega de copias, lo que veda su contestación.

Veamos ahora el texto de la norma contenida en CPCN, 157: "Los apoderados no podrán acordar una suspensión mayor de veinte días sin acreditar ante el juez o tribunal la conformidad de sus mandantes. Las partes podrán acordar la abreviación de un plazo mediante una manifestación expresa por escrito. Los jueces y tribunales deberán declarar la interrupción o suspensión de los plazos cuando circunstancias de fuerza mayor o causas graves hicieren imposible la realización del acto pendiente".

[484] Adolfo Alvarado Velloso, *Términos procesales*, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. 26, p. 150.

Surge de tal norma que la facultad que venimos glosando corresponde también a las *partes* (consecuencia natural de la dispositividad que impera en todas las relaciones que se presentan en el plano horizontal del proceso), aunque ellas están absurdamente limitadas a un exiguo e incongruente plazo. Esta tarea que las partes pueden cumplir debe interpretarse, a nuestro juicio —y dada la rigidez de la norma—, como *interrupción*, maguer que ella habla de suspensión.

Para el juez, en cambio, la facultad es amplia: puede suspender o interrumpir, según lo aconseje su prudencia frente a las particularidades de cada caso concreto.

2.1.1.5. COMISIONAR DESPACHOS.

Aunque la competencia judicial es indelegable (CPCN, 3), está permitido a todos los magistrados encomendar a jueces de otras localidades la realización de determinadas diligencias cuando ellas deban ser cumplidas en el respectivo territorio. Por aplicación analógica de lo dispuesto en CPCN, 382, tales localidades pueden estar dentro o fuera de la respectiva circunscripción judicial, entendiéndose que cuando se hallan dentro de ella es facultad de los jueces actuar personalmente —trasladándose al efecto— o comisionar la actividad requerida (de ahí el carácter que hemos asignado a este tema).

Cuando la comisión se dirige de un juez nacional a uno extranjero o a otro provincial o viceversa, o entre jueces de diferentes provincias entre sí, debe librarse exhorto a magistrado de igual grado[485] que el comitente. En los

[485] El art. 1 de la ley 17.009 establece, en cuanto a este punto, que "la comunicación por exhorto entre tribunales de distinta jurisdicción territorial (debe leerse competencia) se realizará directamente *sin distinción de grado* o clase, siempre que ejerzan la misma competencia en razón de la materia". Hacemos especial hincapié en el *distinto grado*, pues la norma no parece

mismos casos, cuando se trata de encomendar la diligencia a jueces de paz o alcaldes, o si la comunicación se efectúa entre jueces nacionales entre sí o entre jueces de una misma provincia entre sí, se libra oficio (CPCN, 131)[486].

Por cierto que la distinción entre *exhorto* y *oficio* no es baladí, y genera distintas consecuencias en cuanto al trámite procedimental.

Según Escriche [487], se entiende por *exhorto* "el despacho que libra un juez a otro *su igual*, para que mande dar cumplimiento a lo que le pide. Llámase *exhorto* y también suplicatoria porque se exhorta y *pide* y *no le manda*, por no ser su superior". A su turno, *oficio* es "cualquier papel o carta que escribe un funcionario público comunicando alguna *orden* o aviso a *sus subordinados*, sobre asunto perteneciente a su cargo o empleo" [488].

Resulta de lo expuesto que la existencia o ausencia de subordinación es lo que genera un despacho u otro.

En el caso del exhorto, por su misma razón de ser, se origina un procedimiento que resultaba asaz complicado en las leyes antiguas, a diferencia del oficio, de inmediato cumplimiento (en razón de comunicar una *orden* dada a subordinado).

Para lograr mayor agilitación del proceso, las leyes modernas han tratado de equiparar los trámites suprimien-

---

congruente con la actividad que corresponde, funcionalmente, a cada instancia. Ello hace, a nuestro juicio, que dicha norma —en cuanto al tema en cuestión— sea letra muerta en el texto legal.

[486] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 131; Catamarca, art. 131; Córdoba, art. 125; Chaco, art. 131; Chubut, art. 131; Entre Ríos, art. 128; Formosa, art. 131; Jujuy, arts. 169 y ss.; La Pampa, art. 132; La Rioja, arts. 208 y ss.; Misiones, art. 131; Río Negro, art. 131; San Luis, art. 131; Santa Fe, arts. 93 y 94; Santiago del Estero, art. 131; Tucumán, arts. 155 y ss.

[487] *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Ed. Garnier Hnos., París, 1896, p. 671.

[488] Ob. cit., p. 1352.

do en muchos casos la necesidad de emitir rogatoria entre jueces de "idéntica jurisdicción".

Tal tesitura legislativa se halla patente en nuestro país a partir de la ley 17.009, reguladora del trámite uniforme de exhortos (de fecha 21/7/65) y sus modificaciones introducidas por leyes 20.081 (del 27/10/72), 20.711 (sobre detención y extradición de imputados y condenados, de fecha 25/4/73), 21.642 (de comunicación entre tribunales de la República, de fecha 16/8/77), 22.055 (de agilización de la prueba en los procesos penales, de fecha 28/3/79) y 22.172 (de comunicación entre tribunales de la República, de fecha 9/10/79)[489], a las cuales efectuamos remisión por exceder su glosa el contenido propio de esta obra.

[489] A la ley-convenio 17.009 se han adherido todas las provincias argentinas; así, ver Buenos Aires, ley 7109; Catamarca, ley 2256; Córdoba, ley 4907; Corrientes, ley 2805; Chaco, ley 845; Chubut, ley 691; Entre Ríos, ley 4687; Formosa, ley 375; Jujuy, ley 2738; La Pampa, ley 461; La Rioja, ley 3219; Mendoza, ley 3572; Misiones, ley 367; Neuquén, ley 553; Río Negro, ley 494; Salta, ley 4253; San Juan, ley 3624; San Luis, ley 3275; Santa Cruz, ley 594; Santa Fe, ley 6376; Santiago del Estero, leyes 3429 y 3434; y Tucumán, ley 3456.

A la ley-convenio 20.081 se adhirieron —hasta la fecha en que esto escribimos— sólo Buenos Aires, ley 7957; Córdoba, ley 5897; Corrientes, ley 3193; Chaco, ley 1791; Entre Ríos, ley 5316; Mendoza, decreto 591/75; Río Negro, ley 1193; San Juan, ley 4062; Santa Fe, ley 6932; y Tucumán, ley 4093.

A la ley-convenio 20.711 se adhirieron —hasta la fecha en que esto escribimos— Buenos Aires, ley 8055; Catamarca, ley 3105; Córdoba, ley 5804; Chaco, ley 1788; Chubut, ley 1673; Entre Ríos, ley 5752; Formosa, ley 688; Jujuy, ley 3215; La Pampa, ley 503; La Rioja, ley 3531; Mendoza, decreto 2198/75; Misiones, ley 675; Neuquén, ley 878; Río Negro, ley 966; Salta, decreto 2/76; San Juan, leyes 3812 y 4064; San Luis, ley 3659; Santa Fe, ley 7397; Santiago del Estero, ley 4428; y Tucumán, ley 5003.

A la ley-convenio 21.642 se adhirieron —hasta la fecha en que esto escribimos— Catamarca, ley 3339; Córdoba, ley 6372; Corrientes, ley 3441; Chaco, ley 2173; Chubut, ley 1625; Entre Ríos, ley 6163; Formosa, ley 650;, Jujuy, ley 3587; La Pampa, ley 921; La Rioja, ley 3720; Mendoza, ley 4309; Misiones, ley 958; Neuquén, ley 1149; Río Negro, ley 1318; Salta, ley 5290; San Juan, ley 4415; Santa Cruz, ley 1206.

A la ley-convenio 22.055 se adhirieron —hasta la fecha en que esto escribimos— Buenos Aires, ley 9302; Catamarca, ley 3511; Córdoba, ley 6373; Corrientes, ley 3512; Chaco, ley 2435; Chubut, ley 1754; Entre Ríos, ley 6449;

Lo que interesa consignar aquí, a los efectos de esta obra, es la naturaleza facultativa de tales comunicaciones cuando la comisión se efectúa a juez con asiento dentro de la competencia territorial del juez exhortante, pero fuera del lugar del juicio.

2.1.1.6. DESIGNAR DÍAS PARA EFECTUAR NOTIFICACIONES AUTOMÁTICAS.

Conocida y aceptada es la notable relevancia que tienen en el proceso los *actos de comunicación*, esenciales para llevar a conocimiento de las partes litigantes *conexiones* (providencias o resoluciones) efectuadas por el juez en cuanto a sus respectivas instancias.

Tan importante ha sido considerado el tema desde la antigüedad, que tales actos se han regido por el principio del *conocimiento real*, como ocurre en la actualidad en sinnúmero de partes que siguen demostrando la bondad del sistema.

Tal vez en su loable intento de agilitar la tramitación de los procesos y erradicar en virtud de él toda nefasta morosidad, CPCN, 133 [490] —siguiendo la tónica impuesta por leyes argentinas anteriores—, consagra el siguiente prin-

---

Formosa, ley 805; La Pampa, ley 933; La Rioja, ley 3932; Mendoza, ley 4422; Misiones, ley 1168; Neuquén, ley 1181; Salta, ley 5477; San Juan, ley 4654; San Luis, ley 4031; Santa Cruz, ley 1286; Santa Fe, ley 8503; Santiago del Estero, ley 4789; y Tucumán, ley 5160.

A la ley-convenio 22.172 se adhirieron —hasta la fecha en que esto escribimos— sólo Catamarca, ley 3497; Jujuy, ley 3644; La Rioja, ley 3955; Misiones, ley 1243; San Luis, ley 4093; Santa Cruz, ley 1134; y Santa Fe, ley 8586.

[490] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 133; Catamarca, art. 133; Córdoba, art. 54; Corrientes, art. 31; Chaco, art. 133; Chubut, art. 133; Entre Ríos, art. 130; Formosa, art. 133; Jujuy, arts. 151 y ss.; La Pampa, art. 134; La Rioja, arts. 193 y ss.; Misiones, art. 133; Río Negro, art. 133; San Luis, art. 133; Santa Fe, art. 61; Santiago del Estero, art. 136; Tucumán, arts. 158 y ss.

cipio general: "Salvo los casos en que procede la notificación en el domicilio (por cédula), y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 134 (establece la «notificación ficta»), las resoluciones quedarán notificadas, en todas las instancias, los días martes y viernes, o el siguiente hábil, si alguno de ellos fuere feriado". Por su parte, el art. 134, ya mencionado, dispone que "el retiro del expediente, de conformidad con lo establecido en el art. 127, importará la notificación de *todas* las resoluciones". A su turno, el art. 135 efectúa *taxativa* enumeración ("sólo serán notificados...") de las resoluciones que pueden ser notificadas personalmente o por cédula, con grande y obvia restricción del pleno derecho de defensa [491], pues se ha cercenado la facultad judicial de suplir tal defecto (que otros CPC autorizan expresamente), que se concreta en el ordenar se notifique por esa vía resoluciones conectivas que juzga de imprescindible conocimiento [492].

Nosotros no compartimos, ni doctrinal ni prácticamente, tan rígido sistema, que conspira, en definitiva, contra los propios intereses de las partes [493].

Y no comprendemos cómo pudo aceptarlo y soportarlo el foro en general durante tanto tiempo.

En el Proyecto de Reformas al CPCN originado en el Ministerio de Justicia y presentado al conocimiento público

491 Escapa a la intención del autor efectuar un detenido estudio de cada uno de los actos mencionados en la norma apuntada, así como el señalar sus falencias, pues el tema excede notoriamente los alcances dados a la obra. Sin embargo, se advierte que al no referir a *todo* traslado (como lo hace CPCSF, art. 62), sino a algunos en particular, existen numerosos supuestos en los cuales el juez genera cargas a cumplir por las partes —con la consiguiente pérdida de derechos en caso de incumplimiento— que no llegan efectivamente a conocimiento de ellas. Nos ocuparemos del tema en próxima oportunidad.

492 Santiago Fassi, *Código*..., t. I, p. 242.

493 Tal vez haya sido ésta una de las razones que han vuelto a generar el gran auge actual de juicios arbitrales, pues sometiéndose a ellos las partes logran escapar de la rigidez formal de nuestro CPC.

en diciembre de 1979, algo se ha hecho para mejorar el sistema: se agregan al art. 135 dos incisos, estableciéndose en el 16 que habrán de ser notificadas por cédula "las demás resoluciones que... excepcionalmente el juez lo disponga por resolución fundada", aunque no se advierte la razón determinante de la *excepcionalidad* y de la necesidad de *motivar* tal decisión, lo que vuelve a conspirar contra la agilitación que se tuvo oportunamente en mira.

Destacada precedentemente nuestra discrepancia con el sistema mismo —que a nuestro juicio no ha podido lograr la celeridad propuesta—, veamos ahora la facultad que glosamos, y que está autorizada en forma expresa en CPCSF, 61: después de establecer que "toda providencia para la que este código no disponga otra cosa, quedará notificada el primer martes o viernes posterior a su fecha o el día siguiente hábil, en caso de no serlo aquél...", agrega que "el juez *podrá*, por circunstancias especiales, designar *otros días* en reemplazo de los señalados en este artículo".

Tal facultad encuentra un sustento fáctico imposible de ignorar: cuando los distintos tribunales que tienen asiento en una misma ciudad están dispersos en ella y lejos (o muy lejos) uno de otro, resulta materialmente imposible para un letrado —sobre quien pesa el deber profesional (cuyo incumplimiento originará obviamente obligación resarcitoria)— concurrir a cada secretaría a efectos de notificarse o, en su defecto, firmar el libro de asistencia previsto en CPCN, 133.

De allí que la norma que glosamos posibilite que el juez, teniendo en cuenta tales circunstancias —insuperables para los litigantes— u otras de la misma entidad (como el excesivo número de secretarías existentes en la Capital Federal), establezca días diferentes para que en ellos se operen las notificaciones por ministerio de la ley.

2.1.1.7. ORDENAR NOTIFICACIONES POR CÉDULA.

Tal como lo adelantamos en número anterior, esta facultad no sólo no surge expresamente de CPCN, 135, sino que su texto pareciera vedarla al efectuar una enumeración taxativa de providencias que pueden ser notificadas por cédula.

Al contrario, CPCSF, 62, y CPCCba., 63, establecen esta facultad judicial que puede ser ejercida cuando la naturaleza, importancia o carácter excepcional de la providencia que se intenta comunicar, así lo aconseja.

El Proyecto de Reformas al CPCN de 1979 otorga dicha facultad mediante la norma contenida en el art. 135, inc. 16, con carácter excepcional y sujeto su ejercicio a una adecuada fundamentación. Como ya nos hemos mostrado discrepantes con dicho texto, remitimos a lo expresado en número anterior.

2.1.1.8. NOMBRAR Y ADMITIR MENOR NÚMERO DE PERITOS.

Esta facultad ordenatoria, que surge de CPCN, 461 [494], la ejerce el juez:

a) en cuanto al nombramiento, efectuando la designación del tercer perito que se añadirá a los otros dos propuestos por las partes. A tal efecto, debe tener en cuenta que CPCN, 464, establece: "Si la profesión estuviere reglamentada, los peritos deberán tener título habilitante en la ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones acerca de las cuales deban expe-

[494] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 459; Catamarca, art. 459; Córdoba, arts. 266 a 268; Corrientes, art. 176; Chaco, art. 439; Chubut, art. 434; Entre Ríos, art. 447; Formosa, art. 458; Jujuy, art. 350; La Pampa, art. 437; La Rioja, art. 439; Misiones, art. 461; Río Negro, art. 455; San Luis, art. 461; Santa Fe, arts. 186 y 187; Santiago del Estero, art. 453; Tucumán, art. 357.

dirse. En caso contrario, o cuando no hubiera peritos en el lugar del proceso, podrá ser nombrada cualquier persona entendida, aun cuando careciera de título".

En ordenamientos legales que tornan imperativo el efectuar la designación entre los inscritos previamente en listas confeccionadas al efecto (v.gr., CPCSF, art. 188), la facultad legal se extiende a la confección de tal lista: 1) en caso de no estar reglamentada la profesión, arte, etc.; 2) si estándolo, no hubiere peritos inscritos; 3) no habiendo peritos en el lugar del juicio, con personas entendidas o prácticas.

b) en cuanto al número de peritos a designar, si bien CPCN, 461, supone conformidad o designación efectuada por las propias partes, se otorga al juez la facultad de nombrar un solo perito (y no tres) cuando su prudencia así lo aconseje en función del valor y complejidad del asunto litigioso.

2.1.1.9. DETERMINAR LA PRIVACIDAD DE UNA AUDIENCIA.

Esta facultad ordenatoria surge de CPCN, 125[495], donde luego de establecerse que todas las audiencias judiciales deben ser públicas (lo que importa la presencia en ellas de personas ajenas del litigio), se permite que el juez, atendiendo circunstancias especiales que exijan lo contrario, disponga que sean celebradas sólo con los propios interesados.

Como la publicidad de todos y cada uno de los actos judiciales es una garantía republicana que no puede ser

[495] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 125; Catamarca, art. 125; Córdoba, art. 115; Corrientes, arts. 50 y 129; Chaco, art. 125; Chubut, art. 125; Entre Ríos, art. 122; Formosa, art. 125; Jujuy, art. 7; La Pampa, art. 126; La Rioja, art. 182; Misiones, art. 125; Río Negro, art. 125; San Luis, art. 125; Santa Fe, arts. 90 a 92; Santiago del Estero, art. 125; Tucumán, art. 139.

soslayada por el mero capricho del director del debate o por el prurito de las partes, la resolución que ordena la privacidad de una audiencia debe ser suficientemente fundada por el juzgador.

Un ejemplo de privacidad se advierte en los procesos de divorcio cuando se han invocado causales escandalosas, cuando hay menores comprendidos en el pleito, etc.

2.1.1.10. DETERMINAR EL LUGAR EN QUE SE EFECTUARÁ LA SUBASTA.

Esta facultad ordenatoria surge de CPCN, 578 [496]; conforme a lo allí establecido, todo remate judicial debe ser efectuado en el lugar donde tramita la ejecución o en el de ubicación del bien, según debe resolverlo el juez en cada caso, teniendo en cuenta cuál puede ofrecer la posibilidad de obtener un mejor precio sin merma del derecho de defensa de las partes.

La palabra *lugar*, clave de la interpretación de la norma, no debe ser entendida como la ubicación física o geográfica del bien (por ejemplo, la subasta de una finca no debe efectuársela *necesariamente* dentro de ella o a su puerta), sino como término comprensivo de la *localidad* donde se debe realizar la subasta.

Poniendo en su justo lugar la interpretación que cabe efectuar respecto del tema, sostiene Fassi [497] que "la decisión es entre dos lugares: aquel en que se sentencia la causa y aquel en que se encuentra el bien. Si en una ejecución tramitada en la ciudad de Buenos Aires se embarga un in-

[496] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 576; Catamarca, art. 576; Chaco, art. 556; Chubut, art. 551; Entre Ríos, art. 563; Formosa, art. 574; La Pampa, art. 549; Misiones, art. 578; Río Negro, art. 572; San Luis, art. 578; Santa Fe, art. 493; Santiago del Estero, art. 570; Tucumán, art. 551.

[497] *Código*..., t. III, p. 357.

mueble ubicado en la ciudad de Pergamino, el juez puede disponer que la subasta se efectúe en Buenos Aires o en Pergamino, pero no que tenga lugar en la ciudad de La Plata. Lugar no es el edificio del juzgado ni el del bien a subastar, sino localidad o ciudad en que aquél tenga su asiento o éste tenga su ubicación".

De tal manera, CPCN mejora sensiblemente la normativa de otros CPC; por ejemplo, Santa Fe, donde desde siempre se interpretó que el remate debía ser efectuado en el mismo sitio de ubicación del bien, desconociendo las complicaciones de toda índole que ello puede traer aparejadas.

Por nuestra parte, mantenemos desde antaño la tesitura plasmada hoy en la norma glosada; empero, además, somos partidarios de que toda subasta se efectúe *dentro* del recinto del tribunal, no sólo por la facilidad de concurrencia masiva que ello permite, sino también porque cualquier inconveniente surgido durante la sustanciación del acto puede ser rápidamente resuelto, en función de la inmediatez o cercanía del funcionario judicial. La experiencia de muchos años en cuanto al tema, demuestra acabadamente que tal práctica veda la articulación de incidencias posteriores al remate, permite obtener mejor y adecuado precio de la cosa vendida y, sobre todo, erradica la nefasta figura de la "liga de compradores", que en ciertos casos han llegado al uso de la fuerza o violencia física para alejar de la subasta a legítimos interesados y así poder obtener a precio vil la adquisición del bien ejecutado.

2.1.2. EN CUANTO A LOS SUJETOS INTERVINIENTES.

2.1.2.1. EXIGIR LA COMPROBACIÓN DOCUMENTAL DE LA IDENTIDAD PERSONAL DE LOS COMPARECIENTES AL PROCESO.

Esta facultad del juez —que entendemos se extiende también a la órbita actuarial— integra el elenco de las que hemos denominado ordenatorias y, a su turno, se vincula dentro de ellas con las que se relacionan con los *sujetos intervinientes* en el proceso.

Ya hemos sostenido en el curso de esta obra que las facultades ordenatorias, vinculadas con los deberes de dirección, se diferencian de éstos por la circunstancia de que aparecen en la órbita volitiva del magistrado, o sea que la ley *no exige* sino que *posibilita* la realización de determinadas conductas en aras del cumplimiento de los fines del proceso.

Tal como hemos concebido esta facultad, se halla normada expresamente en CPCSF, art. 23, pero entendemos que surge implícita del texto de CPCN, 36, incs. 2 y 4.

Sostienen Cabal y Atienza[498] que "es norma constante y general de todas las oficinas públicas y de muchas instituciones particulares, exigir la comprobación de su identidad a todos los que realizan gestiones de cualquier índole ante ellas.

"La Administración de Justicia no tiene por qué ser una excepción. Por lo contrario, y dada la exigencia que contienen las leyes de inscribirse en determinadas matrículas, la comprobación debe exigirse —cuando sea necesario— no sólo con respecto a la identidad personal, sino también acerca de la inscripción en su caso".

[498] *Anotaciones interpretativas al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de Santa Fe*, ed. Ciencia, Rosario, 1940, p. 83.

De aquí la facultad se extiende, a nuestro juicio, a *todos* los comparecientes al proceso: partes, representantes, abogados, peritos, testigos, etc.

Respecto del modo de acreditar la identidad, la ley 17.671 [499], de identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional, al reglamentar el funcionamiento del Registro Nacional de las Personas, establece en su art. 13 que "la presentación del documento nacional de identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas, será obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas comprendidas en esta ley, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad, cualquiera fuese su naturaleza y origen".

A su turno, el art. 57 de la misma ley especifica que hasta tanto el Registro Nacional de las Personas, dentro del plan de otorgamiento del documento nacional de identidad, haya completado las entregas o realizado los canjes correspondientes, los únicos documentos de identidad que tendrán validez de documento nacional de identidad y servirán a todos sus efectos son: *a*) para argentinos mayores de 18 años, libreta de enrolamiento o libreta cívica; *b*) para argentinos menores de 18 años y extranjeros de toda edad, la cédula de identidad otorgada por la Policía Federal Argentina, o la cédula de identidad otorgada por los registros civiles, o la cédula de identidad otorgada por las policías de provincias o territorios nacionales, o la que otorgue el Registro Nacional de las Personas con carácter provisional.

Concordante con ello, el art. 74 del decreto 7114/63 [500], que aprueba la reglamentación del Registro Nacional de las Personas, establece que el documento nacional de identidad que determina el art. 9 de la ley 13.482, con su foliatura completa, sin enmiendas ni raspado en los datos que deba

[499] Ver "ADLA", XXVIII-A-212.
[500] Ver "ADLA", 1963, XXVII-C-1696.

contener, es el documento público único de identidad personal en todo el territorio de la República, estableciéndose en el mismo artículo que su exhibición es necesaria para desempeñar funciones o empleos públicos nacionales, provinciales o territoriales, ejercitar acciones, por derecho propio o en representación de terceros ante los poderes públicos y municipales, para gestiones judiciales o administrativas (inc. 5); ejercer profesiones liberales (inc. 7); realizar actos ante escribanos públicos (inc. 8); gestionar cualquier clase de asuntos, peticiones, demandas, reclamos, etc., ante las autoridades (inc. 12).

De todo lo expuesto surge la necesidad de acreditar la identidad personal ante el funcionario autorizante mediante la exhibición del documento correspondiente.

Obviamente, como lo legisla CPC Jujuy, 125, si efectuada la intimación en tal sentido, no fuere cumplida, "podrán tenerse por no presentados los escritos del remiso o no dársele audiencia, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de las sanciones disciplinarias correspondientes".

2.1.2.2. DISPONER LA COMPARECENCIA PERSONAL DE LAS PARTES PARA INTENTAR CONCILIACIÓN O REQUERIR EXPLICACIONES.

Esta facultad surge del texto expreso de CPCN, 36, inc. 4 [501], en norma de añeja tradición procesal; ya el CPC de Isaías Gil autorizaba a los jueces a decretar audiencias, en cualquier estado de la causa, "sea para aclarar puntos dudosos, sea para procurar avenimiento o transacción".

A nuestro juicio, la norma glosada establece con toda

[501] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 36; Catamarca, art. 36; Córdoba, art. 350; Corrientes, art. 75; Chaco, art. 36; Chubut, art. 36; Entre Ríos, art. 33; Formosa, art. 36; Jujuy, art. 15; La Pampa, art. 37; La Rioja, art. 33; Misiones, art. 36; Río Negro, art. 36; San Luis, art. 36; Santa Fe, art. 19; Santiago del Estero, art. 36; Tucumán, art. 39.

claridad que la facultad incluye hacer comparecer a las partes *en persona* [502], sin la asistencia de letrados, pues puede ocurrir que así lo aconseje alguna circunstancia particular del caso. Sin embargo, dándose tal situación, creemos que adoptada por los interesados una solución conciliatoria en la respectiva audiencia, no podrá prescindirse de los letrados respecto de su conocimiento y concreción.

Como la facultad en estudio puede ser utilizada por el juez con una doble finalidad, nos referiremos seguidamente a la conciliación y al requerimiento de explicaciones necesarias al objeto del pleito.

a) *La conciliación.*

a.1) *Concepto.*

Sabido es que frente a la existencia de un conflicto intersubjetivo de intereses, existen diversos modos de solucionarlo: la *autocomposición* (el diferendo concluye por acuerdo operado entre las partes) y la *heterocomposición* (el litigio termina por decisión de un tercero que la impone —llegado el caso— coactivamente a las partes).

La autocomposición —sistema que nos interesa por ahora— puede ser lograda por espontánea actividad de las partes o por la mediación de un tercero que hace comprender a aquéllas, ora el error en que se hallan, ora los beneficios que lograrán con el acuerdo amistoso.

Ese tercero que intenta acercar los intereses opuestos de las partes, puede actuar en carácter de *mediador* o de *conciliador.*

Aunque entre ambas actividades no se advierte una clara diferencia, existe una nota distintiva de naturaleza

502 Adoptando así el sistema consagrado en CPC alemán, art. 141: "los jueces pueden disponer en cualquier momento la comparecencia *personal* de las partes, *con* o *sin* la presencia de sus representantes o abogados...".

teleológica, puesto que la mediación busca un acercamiento que origine un resultado equitativamente justo [503].

De tal modo, la conciliación [504] supone la actividad de componer [505] o ajustar una diferencia entre dos o más personas, en virtud de una renuncia unilateral o bilateral de sus derechos.

Entendido ello, se comprende por qué, por la vía conciliatoria, el pleito pudo derivar a un modo anormal de extinción: desistimiento (renuncia a litigar por parte del actor), allanamiento (ídem respecto del demandado) o transacción (renuncias recíprocas de ambos interesados) [506].

De ahí que habitualmente se confunda el concepto de *conciliación* con el de *transacción*, sin tener en cuenta que aquélla es el género y ésta la especie, pues siempre que se transige hay conciliación, pero no a la inversa [507].

Aunque esto parece claro, la doctrina no es pacífica al establecer sus distinciones. Passi Lanza [508] sostiene que la transacción se produce sólo por la espontánea iniciativa de las partes. De donde se infiere, *a contrario*, que la conciliación existirá cuando intervenga un mediador, sin importar qué figura procesal se adopte para solucionar el diferendo.

503 Ver: Francesco Carnelutti, *Sistema...*, t. I, p. 59.

504 La voz proviene del latín *conciliatio*, del verbo *conciliare*, componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí, avenir sus voluntades, ponerlos en paz.

505 Clemente A. Díaz, *Instituciones...*, t. II-A-289, habla de la tentativa de conciliación mediante el acercamiento de las partes.

506 Eduardo J. Couture, *Vocabulario jurídico*, ed. Facultad de Derecho, Montevideo, 1960, p. 171, la define como "el acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evitan el litigio eventual". En la misma tesitura, ver Lino Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, 1970, p. 556.

507 Eduardo J. Couture, *Estudios...*, ob. cit., t. I, p. 230.

508 *La conciliación en el proceso moderno*, "Temis", nº 116 (diario del 15/9/68).

A su turno, Podetti [509] sostiene que "la conciliación no es transacción, pues cuando versa sobre el litigio no se refiere al derecho que ampara la pretensión o la resistencia, sino al aspecto de hecho de ambas posiciones. El que concilia no renuncia a su derecho subjetivo; acepta o reconoce que los hechos en los cuales se funda la pretensión, eran equivocados o exagerados, haciendo posible un reajuste de lo pretendido".

Nosotros entendemos que entre ambos institutos existe una diferencia de contenido: la transacción sólo cabe en materia de intereses pecuniarios, en tanto que la conciliación puede comprender todo género de pretensiones [510].

Ahora bien: frente a la decisión del juez de intentar que las partes de un proceso lleguen a una conciliación, resulta lógico pensar que la tarea es inoficiosa, pues quien pone en marcha el funcionamiento de la actividad jurisdiccional está buscando un acto decisorio de la litis (heterocomposición) y que ha de suponerse, por ende, que interpuso su demanda después de agotar las tratativas extrajudiciales (ya que habitualmente no se llega a la vía judicial sin intentar el cumplimiento amistoso de la prestación respectiva). Empero, no se debe olvidar que la experiencia jurídica enseña cómo, en numerosísimos casos, no ha ocurrido tal actividad previa y que basta, frecuentemente, un mínimo de acercamiento para que se opere la autocomposición [511].

Descartado el inconveniente que falsamente apuntan algunos de los detractores del instituto, cabe concluír que siempre resulta beneficioso para las partes por cuanto —como lo señala Caravantes [512]— la conciliación supone

509 *Tratado de los actos procesales*, ed. Ediar, Bs. As., 1955, p. 398.
510 Carlos Ayarragaray, *Lecciones de derecho procesal*, p. 117.
511 Miguel Ángel Passi Lanza, ob. y lug. cits.
512 *Procedimientos judiciales según la nueva ley de enjuiciamiento civil*, ed. Imprenta de Gaspar y Roig Editores, Madrid, 1856, t. I, p. 450.

una reunión amistosa, dirigida y calmada por una persona de prudencia, respeto, inteligencia e imparcialidad, que mitiga o disipa las animosidades y prevenciones que las partes abrigaban en su ánimo, y dicta un consejo para cuya eficacia impetra la voluntad de ambos interesados. Desgraciadamente, no existe una posición generalizada. Fernández [513] sostiene que teóricamente la conciliación es muy beneficiosa, pero en la práctica es una mera formalidad. Bentham [514] se muestra contrario al instituto sosteniendo que la conciliación envuelve, por parte de quienes transigen, una renuncia de sus derechos en favor del otro; y como el Estado no debe sino procurar que la justicia se cumpla en toda su extensión y sin sacrificio alguno, resulta que no puede alentar un acto en el que cada parte, necesariamente, sacrificará una porción de su derecho. La conciliación es, así, un mercado donde gana el que más regatea...

Los jueces no pueden imponer la solución conciliatoria [515], pues "la anomalía que importa insistir en un acuerdo transaccional a cualquier precio, es una actitud que no contribuye a la paz social y que puede empañar el prestigio de la justicia" [516], ya demasiado atacada por inteligente literatura [517].

Pues bien: "Como en muchos otros pasajes de nuestra terminología procesal, varias cosas diferentes se llaman del mismo modo: la conciliación es tanto el acto procesal que consiste en intentar ante o por el juez un acuerdo amigable

513 *Código de Procedimiento Civil comentado*, ed. del autor, Bs. As., 1955, t. I, p. 139.

514 Citado por Caravantes, ob. y lug. cits., p. 448.

515 Como desafortunadamente es práctica en ciertos tribunales de nuestro país, con competencia respecto de litigios en que predominan las circunstancias fácticas.

516 Ver: Hugo R. Carcavallo, *La conciliación y el arbitraje en el anteproyecto de código procesal laboral*, en "RADP", 168, t. 3, p. 42.

517 Ver, por ejemplo, *Historia de la estupidez humana*, de Richard Armour...

(se habla de audiencia de conciliación, de citación de conciliación) como el avenimiento que puede ser el resultado de ese encuentro" [518].

De ahí que seguidamente desarrollaremos el tema desde una doble óptica: como actividad y como resultado [519]. Pero antes mencionaremos los sistemas conocidos para regir la materia.

a.2) *Sistemas.*

Enseña Gallinal [520] que hay cuatro grupos legislativos en torno de la conciliación:

1) el que la establece como requisito previo y obligatorio, por jueces especiales con competencia al efecto (Francia, Bélgica, España)[521];

2) el que la establece como facultad de las partes, quienes pueden intentarla ante jueces especiales al efecto (Ginebra, Italia);

3) el que la establece como diligencia necesaria que debe realizarse una vez trabada la litis, ante el mismo juez que conoce en ella (Holanda);

4) el que la establece como diligencia que puede o no realizar el juez de la causa, en cualquier estado de ella (Alemania). De donde resulta que existe, en definitiva, una doble diferencia entre los diversos sistemas: los que someten la conciliación a conciliadores especiales o a los jueces naturales de la causa; y los que la establecen como

[518] Eduardo J. Couture, *Estudios...*, ob. y lug. cits., t. I, p. 229.

[519] En la misma forma encara el tema Jorge Carmelo Piedrabuena, *Conciliación judicial y acción de equidad*, en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de la Universidad Nacional del Litoral", Santa Fe, 1961, nº 107/108, p. 335.

[520] Rafael Gallinal, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil*, ed. Barreiro y Ramos, Montevideo, 1915, p. 164.

[521] Se dice que la conciliación, en este caso, "es un pasaporte para penetrar en el templo de la justicia".

requisito obligatorio o como facultad de las partes o del juez [522].

Difícil resulta la elección de la pauta que puede orientar al legislador. Empero, nos pronunciamos por la obligatoriedad de la actividad judicial conciliatoria, llevada a cabo después de operarse la traba de la litis, pues ésa es la oportunidad propicia para que el juzgador, en conocimiento ya de los alcances del diferendo existente entre las partes, pueda conducirlas hacia el acuerdo que pondrá fin al litigio [523].

En nuestro CPC la actividad conciliatoria es *facultativa* para el juez, de donde resulta que su falta no influye en la validez del proceso [524].

A idéntica solución doctrinal se ha llegado en supuesto de ser obligatoria. Así, sostiene Sentís Melendo [525] que en tal caso no pasa de ser un trámite más en el proceso; y si en algún momento se descubre su falta, no se produce su nulidad sino que debe suplírsela mediante la correspondiente convocatoria, hasta cuya realización cabe suspender el principal.

522 En el mismo sentido, ver Miguel Á. Passi Lanza, *La conciliación en el proceso moderno*, "Temis", nº 116.

523 En este sentido se expide CPC La Rioja, art. 290, debido al genio codificador de Mario de la Fuente, a quien tanto debe el procesalismo argentino. Bueno sería que futuras reformas se inspiraran en ese cuerpo normativo, excelente desde todo punto de vista. En la misma tesitura imperativista, ver N. Enrique Amaya, *Conciliación de partes en el proceso civil*, "JA", 1946-IV-doct. 89.

524 CCSF, 8/6/64, "J", 5-501; CCCSF, S. 2ª, 22/6/54, "J", 5-258; CCCSF, S. 1ª, 22/12/69, "J", 38-165. Este concepto se ha extendido aun a aquellos casos en que la conciliación se halla impuesta legislativamente, por ejemplo, en materia de locaciones urbanas. Al respecto, ver CCCSF, S. 1ª, 3/5/62, "J", 24-152; CCCSF, S. 2ª, 20/2/64, "J", 26-229. En materia penal es unánime el criterio respecto de que el juez no puede ejercer la actividad conciliatoria, pues ella no cabe entre víctima y victimario; CPR, S. 2ª, 13/7/47, "RSF", 19-248, y "JTSF", 27-263.

525 *El proceso civil*, ed. E.J.E.A., Bs. As., 1957, p. 165.

Y es que existen casos en que la ley impone la función conciliadora del juez, como requisito previo a la continuación del proceso luego de trabada la litis [526].

a.3) *La conciliación como actividad.*

Ya hemos visto que en la tarea de conciliar el juez asume un papel preponderante, mediante el intento de acercamiento de las partes, a fin de lograr un avenimiento que ponga fin al litigio. Como lo hace notar Piedrabuena [527], la opinión de los autores coincide sobre el concepto técnico procesal de la conciliación: procura un arreglo amigable [528]; un arreglo pacífico [529]; una avenencia [530]; una composición contractual justa [531].

Resulta de ello que los sujetos de la actividad conciliatoria son el juez y las partes, a quienes nos referiremos por separado.

a.3.1) *La actividad del juez.*

Decidido el juez a efectivizar tal actividad facultativa, convoca a las partes a una audiencia, generando así una etapa procesal que establece al solo efecto de crear las condiciones para que impere la equidad en el conjunto de actividades que se despliegan para solucionar el conflicto [532].

La providencia que la ordena debe ser notificada por

526 Ver CPCN, 34, inc. 1, y 639.

527 *Conciliación judicial y acción de equidad*, "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe", 1961, 107/108, p. 335.

528 Gallinal, *Estudios...*, p. 159.

529 Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 1234.

530 Pedro Aragoneses, *Proceso y derecho procesal*, ed. Aguilar, Madrid, 1960, p. 13.

531 Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal*, Bs. As., 1944, t. I, p. 203.

532 Jorge C. Piedrabuena, ob. y lug. cits.

cédula, y contra ella no cabe recurso alguno, pues de lo contrario se desvirtuaría la naturaleza del instituto [533].

Ya en el curso de la audiencia y en presencia de las partes —luego de escuchar las razones que le expongan— corresponde al juez sugerir un medio o fórmulas conciliatorias [534] que su prudente arbitrio le aconseje, y que puede consistir en propuestas tendientes a:

1) lograr una avenencia total de los interesados;

2) simplificar las cuestiones litigiosas;

3) rectificar errores materiales en que las partes hubiesen incurrido;

4) brindar la posibilidad de aumentar el número de hechos admitidos, reduciendo así la actividad probatoria;

5) limitar el número de peritos o testigos;

6) lograr cualquier otra solución parcial que facilite la más pronta solución del litigio [535].

En el cumplimiento de tal actividad —como es obvio, y pese a aislada jurisprudencia en contrario— el juez no incurre en prejuzgamiento, a los efectos recusatorios [536].

a.3.2) *La actividad de las partes.*

Convocadas a la audiencia conciliatoria designada al efecto por el juez, las partes tienen el *deber* de concurrir personalmente, pues son ellas las interesadas directas en solucionar el litigio, y es de la esencia del instituto que sean ellas —y no otras personas— quienes tomen contacto inmediato con el conciliador.

533 CCCSF, S. 1ª, 25/2/64, "J", 26-180.

534 En tal sentido, ver norma expresa en CPC Uruguay, art. 267.

535 Proyecto Couture, art. 84.

536 Más previsores que nuestra ley, así lo imponen expresamente: el Proyecto Aguiar-Cabral para la provincia de Córdoba, art. 217; el Proyecto Couture, art. 84; el Proyecto Reimundín, art. 20; CPC Jujuy, art. 11, y CPC La Rioja, art. 290.

Al catalogarlo como deber —y no carga— entendemos que el incumplimiento a la convocatoria puede ser compelido por el juez —quien podrá recurrir al uso de la fuerza pública para lograr el comparendo— y, eventualmente, sancionable por él. Acota Podetti [537] que es frecuente que el juez vea entorpecido su propósito por la resistencia a comparecer de uno de los litigantes o por la manifestación escrita de que no acepta ninguna conciliación. Frente a tal realidad sociológica —que precisamente intenta erradicar el instituto que comentamos—, elogia el texto del art. 21 de la ley 14.237, ya derogada, en cuanto consagraba que "los jueces pueden hacer uso de la fuerza pública" a efectos de lograr el comparendo. Similarmente, Clemente Díaz [538] sostiene que la ley 14.237, con un sentido más jurídico del deber procesal de comparecencia, contiene —más que una sanción— un medio drástico y efectivo de hacer cumplir la orden judicial: el auxilio de la fuerza pública. Se le podrá tildar de excesivo; podrá lesionar no tanto el derecho de libertad, sino una particular concepción de tal derecho; pero, en tal caso, se olvida (quien critica la norma) que el litigante podría haber evitado merecer la sanción. La libertad para autodeterminarse existe entre los términos "cometer o no cometer la infracción"; cometida ella, el derecho de libertad se agotó.

No siempre se entendió así. En sentido inverso [539], se sostuvo que la ausencia no puede ser compelida, pero con la variante que la incomparecencia constituye un indicio en contra del incumplidor [540].

[537] *Tratado de los actos procesales*, ed. Ediar, Bs. As., 1955, p. 399.

[538] *Exégesis del artículo 23 de la ley 14.237*, en "RDPHA", 1953-A, p. 271.

[539] Ver: Hugo Alsina, *Tratado...*, ob. cit., t. II, p. 260; y Carlos Ayarragaray, *Explicación teórica y práctica de la reforma procesal*, ed. Abeledo, Bs. As., 1954, p. 175.

[540] JPLR, 7ª sec., 20/11/52, "J", 2-232.

Claro está: el deber se concreta con el comparendo de las partes, pues una cosa es su concurrencia a la audiencia, y otra bien distinta la conciliación; para ésta se precisa la voluntad de los interesados, no para aquél.

Queda aún por saber si las partes pueden concurrir a la audiencia por medio de representantes [541]. Nos inclinamos por la solución negativa, por las razones que fácilmente se infieren de lo ya expuesto. Empero, de aceptar la tesis contraria, obvio resulta que habrá que exigir del representante que cuente con poderes suficientes al efecto, a fin de no tornar en lírica la actividad cumplida en la audiencia.

a.3.2.1) *Capacidad para conciliarse.*

La conciliación puede ser efectuada entre personas que tengan capacidad legal para obligarse con relación al objeto de la controversia, y cuando no se trate de materia en que esté prohibido transigir [542].

a.4) *La conciliación como resultado.*

Ya hemos visto que la conciliación comprende otras figuras procesales: el desistimiento, el allanamiento y la transacción. De tal forma, "al participar de alguna, varias o todas las notas propias de esas figuras, la conciliación conforma un núcleo solutorio complejo" [543].

a.4.1) *La aceptación judicial del acuerdo conciliatorio.*

Establece CPCN, 309, la necesidad de homologar todo acuerdo conciliatorio a fin de ganar los efectos propios de la cosa juzgada.

[541] En sentido afirmativo, ver CCCSF, S. 1ª, 22/12/69, en "J", 38-165.

[542] En tal sentido, ver CPC Uruguay, 261, y CPC italiano, 2, inc. 1.

[543] Así lo hace notar Augusto Mario Morello en su magnífico trabajo *Nota para el estudio de la conciliación en el código procesal civil y comercial de la Nación*, en "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1968-I, p. 69.

Y ello porque la transacción, aun cuando adquiere validez con la sola presentación ante el juez de la causa (Cód. Civil, 838), debe ser meritada por él en un doble aspecto: capacidad de los sujetos intervinientes y objeto del acto (ver Cód. Civil, 842/848).

Sin embargo, no es pacífica la doctrina acerca de la necesidad de homologar judicialmente la conciliación. Al respecto, Hugo Carcavallo [544] sostiene que: *a*) los acuerdos celebrados por las partes con intervención del juzgador, revisten por ese solo hecho autoridad de cosa juzgada; *b*) los acuerdos que las partes pacten espontáneamente, adquirirán aquel valor cuando sean homologados. Y seguidamente agrega que la diferencia es tan clara como explicable, pues —no sin razón— parece redundante que un acto celebrado ante el propio juez en una audiencia convocada de manera especial y por imperio de la ley, a la que se llegará con activa participación del tribunal, deba todavía ser objeto de una aprobación posterior por el mismo juez que la gestó.

a.5) *Efectos.*

La sentencia judicial que homologa la conciliación no es título ejecutivo sino ejecutorio, pues quien tiene en su poder un documento legítimo que instrumenta una obligación de pagar cantidad de dinero líquida y exigible, no tiene por qué seguir un juicio ejecutivo; va directa y sencillamente a la vía de apremio, ya que el acuerdo conciliatorio tiene fuerza de cosa juzgada [545].

b) *El requerimiento de explicaciones.*

La facultad de convocar personalmente a las partes, a fin de pedirles brinden las explicaciones que el juez estime

[544] *La conciliación y el arbitraje en el anteproyecto de código procesal laboral*, "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1968-3, p. 42.

[545] Eduardo J. Couture, *Conciliación y título ejecutivo*, en *Estudios de derecho procesal civil*, ed. Ediar, Bs. As., 1949, t. II, p. 235.

necesarias al objeto del pleito, se cumple habitualmente como paso a la facultad conciliatoria, pero no siempre lleva esa finalidad. Puede el juzgador concretarse a pedir tales explicaciones a fin de elucidar o disipar dudas antes de sentenciar.

La comparecencia de las partes será inexcusable, como ya lo hemos visto.

2.1.2.3. DISPONER LA COMPARECENCIA PERSONAL DE TESTIGOS, PERITOS Y TERCEROS.

Se trata de una facultad ordenatoria en cuanto a los sujetos intervinientes en el proceso y constituye otra natural consecuencia del principio de autoridad judicial (v. nº 1.2.1.1.1), que puede ser efectivizada de oficio y compulsivamente con medidas para mejor proveer (v. nº 2.1.3.1) y que se halla autorizada en CPCN, 36, inc. 5)[546], en cuanto autoriza al juez a "decidir en cualquier momento la comparecencia de los peritos y de los testigos para interrogarlos acerca de todo aquello que creyese necesario".

El Proyecto de Reformas al CPCN de 1979 añade a la norma glosada la facultad de ordenar la comparecencia de los consultores técnicos en materia pericial, a fin de armonizar lo dispuesto en CPCN, 36, inc. 5, con los arts. 458 y 459.

Por nuestra parte, añadimos los "terceros", comprendiendo en tal vocablo toda persona que no sea parte en el proceso, por aplicación analógica de lo dispuesto en CPCN, 36, inc. 6[547].

Por supuesto, cuando el juez hace uso de esta facultad

[546] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 36; Catamarca, art. 36; Chaco, art. 36; Chubut, art. 36; Entre Ríos, art. 35; Formosa, art. 36; Jujuy, art. 15; La Pampa, art. 37; La Rioja, art. 33; Misiones, art. 36; Río Negro, art. 36; San Luis, art. 36; Santa Fe, art. 21; Santiago del Estero, art. 36; Tucumán, art. 40.

[547] CPCSF, art. 21, los menciona expresamente.

debe respetar —en la citación que ordene— las formalidades específicas prescritas en el Código respectivo (anticipación no menor de tres días, CPCN, 125, inc. 2; notificación por cédula con antelación no menor de tres días, íd., 433; exención del deber de comparecer de determinados ciudadanos, íd., 457; etc.).

2.1.2.4. UNIFICAR PERSONERÍAS.

Esta facultad ordenatoria en cuanto a los sujetos intervinientes en el proceso, aparece claramente tipificada como deber de dirección en CPCN, 54 [548]: así se desprende de su texto expreso, maguer lo cual la hemos insertado en esta nómina por entender que la normativa apuntada excede su cometido y se introduce indebidamente en la relación abogado-cliente, pudiendo ocasionar serios perjuicios no sólo en el patrimonio de éste, sino también a la propia aspiración de mantener la paz social, fin último del proceso.

Para mejor comprender lo expuesto, cabe señalar primariamente que *unificar personerías* significa confiar a un solo letrado la defensa de intereses de diversos sujetos que actúan procesalmente en relación litisconsorcial propia (supone la *necesaria* y excluye la *impropia*, que no es litisconsorcio), siempre que concurran conjuntamente los siguientes requisitos: *a*) para la parte *actora*, que haya compatibilidad en la representación única (el representante de uno debe *poder serlo* de todos) y que el fundamento de cada respectiva pretensión sea el mismo; *b*) para la *demanda*, que haya dicha compatibilidad y que sean idénticas las defensas esgrimidas para cada uno de los litisconsortes.

[548] Esta norma se halla contenida en similar o idéntica redacción en los códigos de Buenos Aires, art. 54; Catamarca, art. 54; Córdoba, art. 158; Chaco, art. 54; Chubut, art. 54; Entre Ríos, art. 51; Formosa, art. 54; Jujuy, art. 69; La Pampa, art. 55; La Rioja, art. 116; Misiones, art. 54; Río Negro, art. 54; San Luis, art. 54; Santa Fe, art. 132; Santiago del Estero, art. 54; Tucumán, art. 84.

A su turno, *unificar representación* supone que un mismo sujeto —actor o demandado— ha constituído al mismo tiempo varios mandatarios, hipótesis admitida en el art. 1899 del Código Civil. En rigor de verdad, a este supuesto se remonta —con exclusividad— el más antiguo antecedente hispano sobre la materia: la ley 18, tít. V, partida 3ª.

Como se advierte de lo expuesto, se trata de dos cosas diferentes, razón por la cual se debe interpretar que CPCN, 54 —en función de lo allí normado—, se refiere al caso de "unificación de personería", tema que venimos desarrollando asignándole carácter de *facultad*, que le otorgaban leyes anteriores y aun actuales; v.gr., CPCSF, art. 132.

Y es que el fundamento que se brinda doctrinalmente para aconsejar su inserción legislativa, se relaciona con los principios de celeridad y economía y con el buen orden de los procesos; pero el logro de tales resultados —encomiable aspiración, por cierto— no deviene en motivo suficiente para cercenar la indudable libertad que debe presidir la elección de un letrado, a quien se confía el cuidado del patrimonio, del honor, de la vida misma. Si bien se ha sostenido que la actividad unificadora cumplida por el juez no viola garantías constitucionales, por cuanto si no existen intereses encontrados los sujetos que conforman *una sola parte* constituyen una entidad inescindible (?), por lo que razones de consideración *práctica* aconsejan limitar la defensa individual en aras del beneficio colectivo [549], parece obvio destacar que tal argumento no puede ser compartido, a menos que se interprete una ley procesal de indudable alcance totalitario. Baste recordar, para demostrar tal aserto, que quienes bregan por la unificación como deber, alegan que todo mandante puede tener dos representantes:

[549] Como se puede ver en Tomás Jofré, *Manual de procedimiento*, 5ª ed., La Ley, Bs. As., 1942, t. III, ps. 191 y ss., con abundante muestreo jurisprudencial.

uno individual (que permanece en el anonimato judicial, pues no puede participar en el juicio) y otro colectivo, que es quien actúa procesalmente, quien comparece, se notifica, recurre, etc., y, por ende, quien realmente *representa* con exclusión de todo otro.

Por cierto que no cabría óbice alguno si la relación entre ambos se mantuviera fluída y recíproca para cada acto de procedimiento. Pero como ello puede no ser así, resulta que por la vía de la unificación puede llegar a imponerse a un justiciable la actuación de un defensor no querido (adviértase que en la audiencia convocada a efectos de unificar personerías, las partes pueden no ponerse de acuerdo en la elección del único personero, razón por la cual el juez habrá de proceder a su designación tomando, como ejemplo, al propuesto por la mayoría; pero ello no tiene por qué conformar al disidente, forzado ahora a entenderse con un letrado que no aceptó en su momento), y realmente creemos que tal imposición no se adecua con la garantía constitucional del "debido proceso". No se trata, por cierto, de que enfoquemos la cuestión con una óptica excesivamente liberal, a la cual repugna toda suerte de imposición; se trata, al contrario, de no aceptar tal imposición cuando deviene en irrazonable y avasalladora del interés individual en un proceso, *medio* para heterocomponer un litigio.

Que algún resquemor similar al expuesto tuvo en su momento el legislador, lo demuestra la excepción que consagra en el segundo párrafo de CPCN, 54: "La unificación no podrá disponerse si, tratándose de un juicio ordinario, las partes... no llegaren a un acuerdo sobre la persona que ha de asumir la dirección letrada". Cabe señalar, sin embargo, que en la tarea de publicizar al extremo la ley procesal, que se advierte en los últimos años en nuestro

país, el Proyecto de Reformas al CPCN de 1979 suprime tal párrafo so pretexto de que, "por una parte, no se justifica la distinción entre el juicio ordinario y los demás tipos de procesos, exigiéndose unidad de dirección letrada en el primero y no en los demás (en rigor es al revés); por otra parte, la exigencia del requisito del acuerdo dificulta la unificación de personería; ésta *debe ser estimulada*, pues constituye un factor de buen orden y evita la proliferación de notificaciones, la presentación de varias copias para los traslados, la multiplicidad de recursos y la reiteración de otros actos procesales".

Para terminar: insistimos en el carácter facultativo del tema expuesto, haciendo hincapié en que los jueces deben actuar con toda prudencia en la tarea unificadora, que podrán efectivizar no sólo cuando la actividad procesal cumplida lo permita, sino también cuando entre los sujetos que conforman la parte única no existan posiciones irreconciliables. Si se obvia esto último, parece importante señalar que el proceso, como medio, no puede resultar idóneo para lograr un auténtico establecimiento *pacífico* de la paz social.

2.1.2.5. ORDENAR SE MENCIONE EL NOMBRE DEL EJECUTADO EN LOS EDICTOS NOTIFICATORIOS DE SUBASTA.

Esta facultad no surge del articulado de CPCN. Al contrario, pareciera que la inclusión del nombre de las partes en la redacción del edicto notificatorio respectivo, en cuanto a subasta de bienes muebles, depende sólo de la voluntad de los propios interesados (CPCN, 561: "En los edictos se individualizará... el nombre de las partes, si éstas no se opusieren"; se trata del art. 566 en el Proyecto de Reformas al CPCN de 1979), expresada conjunta o individualmente; en cuanto a subasta de inmuebles, CPCN, 577, nada establece respecto de la viabilidad de la oposición de las partes, pudiéndose entender que resulta aplica-

ble —vía analógica— lo recién señalado para supuesto similar [550].

Enrolado en distinta corriente legislativa, CPCSF, art. 492 —en norma que rige desde principios de siglo—, establece que "el remate se anunciará por edictos... *No se mencionará* en ellos el nombre del ejecutado (como se puede ver, no requiere oposición de parte al efecto), salvo que el juez *lo ordene expresamente* por tratarse de propiedades cuya mejor individualización lo requiera", cosa que no puede ser descartada totalmente en la interpretación de CPCN, habida cuenta que tal decisión puede posibilitar la obtención de un precio sustancialmente mejor en el acto de la subasta, con los beneficios que pueden imaginarse tanto para los acreedores como para el deudor.

2.1.3. En cuanto al objeto del pleito.

2.1.3.1. Ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos.

Derivada del principio de autoridad judicial, esta facultad ordenatoria en cuanto al objeto del pleito (y más concretamente, en cuanto a la prueba)[551], permite adoptar todas las medidas que el juez estime conducentes para obtener el total esclarecimiento de la verdad de los hechos, y está consagrada en CPCN, 36, inc. 2. En virtud de ella la ley permite al juez una actuación determinada en orden a lograr

[550] El Proyecto de Reformas a CPCN de 1979 parece entenderlo así, al unificar las dos normas apuntadas en el texto del nuevo art. 566.

[551] En otras legislaciones (por ej.: CPCSF, art. 21) constituye un *deber procesal* de dirección en cuanto al objeto del pleito; atendiendo la circunstancia indudable de adoptar nuestros sistemas legales un proceso predominantemente dispositivo, aunque con inserciones normativas extraídas del sistema inquisitivo, nos parece acertada la inclusión de este tópico en el art. 36 de CPCN, en carácter de facultad y no de deber.

una declaración de verdad real que le posibilite hacer justicia a cabalidad en el caso concreto de que se trate.

Por supuesto, tal facultad se relaciona con las conocidas como "medidas para mejor proveer", y como ellas se vinculan con los aspectos probatorios del proceso, el juez actuante habrá de guardar especial atención para no invadir esferas dispositivas que no le competen y que debe respetar en orden a asegurar a las partes su real carácter de tercero en la actividad de juzgar. No otra cosa significa la norma contenida en CPCN, 36, inc. 2, cuando al establecer la facultad que glosamos, advierte al juez que tiene que respetar el derecho de defensa de las partes.

Como el tema nos parece de la mayor importancia, y por plasmar esta facultad legal una concepción filosófico-jurídica que no ha sido pacífica en el pensamiento procesal de todos los tiempos, abundaremos en lo expuesto a fin de brindar nuestro concepto de las medidas para mejor proveer, sus caracteres y, especialmente, sus requisitos, que entendemos son de insoslayable incumplimiento por parte de cualquier autoridad judicial.

a) *Concepto.*

En magnífico estudio histórico y comparativo, Hugo Alsina [552] —luego de poner de resalto las diferencias existentes entre los sistemas dispositivo e inquisitivo— efectúa un prolijo desarrollo expositivo, demostrando cómo —luego de la fusión de los derechos romano y germánico— se alternaron ambos sistemas en la legislación positiva, hasta llegar a mezclarse de tal forma, que ya hoy no cabe hablar de sistemas puros, sino de predominio —mayor o menor— de uno sobre el otro [553].

[552] *Facultades del juez para ordenar de oficio diligencias de prueba en el proceso civil*, "RDPHA", 1954, 1ª parte, p. 15.

[553] El cambio permanente de la base filosófica que sustentaba el sistema jurídico imperante en un momento dado, ha llevado al caos tanto a

Nuestra ley, volcándose hacia la moderna corriente de extrema publicización del proceso —en el fondo inspirada en legislaciones europeas que responden a pensamientos totalitarios—, consagra expresamente la facultad judicial de dictar medidas para mejor proveer. Sin embargo, en el tránsito procesal hacia el principio inquisitivo, nuestro CPC ha quedado —afortunadamente— a mitad de camino (al establecer estas medidas como facultad, y no como deber [554]), dejando una ley que todavía puede considerársela predominantemente dispositiva.

En esa tónica ha sido interpretada la respectiva norma tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, al rodear a estas medidas de tal número de requisitos que resultan, en la práctica, poco menos que letra muerta en el texto legal [555].

Para comenzar, recordaremos, con Satta [556], que la medida de los poderes del juez respecto de la disposición de los medios de prueba depende exclusivamente de la estructura que se adopte para el proceso [557]. De tal forma

---

doctrina como a jurisprudencia, según se puede ver en cualquier obra que trate el tema.

554 Como lo ha sostenido, por ejemplo, CNCiv., Sala D, 24/9/58, en "LL", 21/12/58.

555 En el régimen judicial santafesino, por ejemplo, los jueces no son proclives a dictar medidas para mejor proveer. Son tan pocos los casos en que así lo hacen, que el total representa un ínfimo porcentaje en el número global de causas justiciables y, correcto es destacarlo, las pocas veces que se ha echado mano a este recurso, se lo ha rodeado de tanta prudencia, que no conocemos un solo caso que haya originado una merma en el derecho de los litigantes, como consecuencia de ellas.

Como lo hace notar Ricardo Reimundín (*Derecho procesal civil*, ed. Viracocha, Bs. As., 1956, I, 176), decidido defensor de estas medidas, pues en su sentir permiten el equilibrio del interés social y del particular, "en la práctica no han dado los frutos que razonablemente podían esperarse, en razón de que la ley ha sido interpretada bajo el influjo de la doctrina clásica, que se caracteriza por su orientación exageradamente individualista".

556 *Diritto processuale civile*, t. I, p. 198.

557 Dice Reimundín, ob. y lug. cits., que las medidas para mejor proveer constituyen una atenuación del principio dispositivo.

se podrá decir que tales poderes son o no compatibles con el principio dispositivo. En el sentir del autor citado, nada impide que el juez, sobre los mismos hechos alegados por las partes, practique las diligencias necesarias, independientemente de las instancias de aquéllas.

Dice Hugo Alsina [558] que en los últimos años, llevados por una euforia de tendencia publicística, se ha olvidado que el proceso se hace con hombres y para los hombres; que es la obra de las partes y del juez —hombre como ellos, que también vive bajo la influencia inconsciente de las ideas y las pasiones del ambiente—, y que para ellos debe dictar, no obstante, una sentencia que sea expresión real de la justicia; no la justicia que las partes quieren, sino la justicia que la ley quiere. El olvido de esas dos premisas ha hecho que en algunas ocasiones, abusando de un poder que confiadamente se confirió a los jueces, éstos conviertan el proceso en un instrumento de arbitrariedades.

Por nuestra parte, entendemos —congruentes con la ya expuesta idea de jurisdicción y con la naturaleza de actividad sustitutiva que le asignamos— que la ley es —debe ser— de neto corte dispositivo, y que no se compadece con el sistema que un juez —tercero imparcial e independiente— asuma la defensa de una de las partes en aras de buscar la "verdad" (en definitiva, lo que por tal entiende subjetivamente el juez actuante y que, paradójicamente, puede no coincidir con el parecer de otro juez o con la misma verdad real)[559]. Al contrario, estimamos que así como la carga de

[558] *Facultades del juez para ordenar de oficio diligencias de prueba en el proceso civil*, "RDPHA", 1954, 1ª parte, p. 5, con cita de Calamandrei.

[559] La búsqueda de la verdad es de antiguo cuño jurídico; ya las Partidas, ley 2, tít. 12, part. 3, y ley 11, tít. 4, part. 3, enseñaban "cómo los judgadores deuen escodriñar por quantas razones puedan, de saber la verdad de los pleytos que fueren començados antellos". Por nuestra parte, creemos que todo se reduce a determinar la ubicación filosófico-política en que se ubica el intérprete. Ver nuestros *Comentarios...*, ob. cit., p. 21, donde tratamos extensamente el tema *"Los principios dispositivo e inquisitivo"*.

afirmar pesa sobre las partes, en orden al principio de iniciativa que expresamente acepta la ley procesal civil, también debe pesar por entero sobre ellas la carga de probar, no siendo lícito derivar tal tarea a la persona menos indicada para hacerlo: el tercero que debe resolver imparcialmente el litigio.

Chiovenda, quien adoptó en el art. 29 de su Proyecto la posibilidad de decretar medidas para mejor proveer [560], sostiene que en las causas civiles el material de cognición debe ser proporcionado principalmente por las partes.

Por su parte, con todo acierto señala Colombo [561] que "es tan indiscutible que el juez ha de tener el gobierno del proceso como que no es omnisciente ni ha de ser omnipotente; lo primero porque es él quien administra justicia, con lo que todo está dicho; lo otro, porque si la ley ha establecido formas y estructurado tipos de proceso sobre la base de que cada parte debe demostrar (probando) la verdad de lo que sostiene, ello se debe a que nada mejor que el contrapuesto interés para evidenciar la verdad, sino también, porque ese sistema es el que ofrece mayor adecuación a la garantía de la seguridad jurídica". "No satisface que se presente al juez como director y —al mismo tiempo—, concretamente, se le niegue toda atribución o, a la inversa, se le conceda una excesiva injerencia en aspectos que, aun con bien intencionado propósito, puedan comprometer su imparcialidad".

Empero, la aplicación estricta de lo ya expresado —y el apego minucioso al principio dispositivo que prohíbe al juez proceder de oficio— reduciría su misión a confrontar los elementos de juicio aportados por las partes, y su convicción estaría limitada por el material arrimado por ellas,

[560] *Ensayos...*, ob. cit., t. II, p. 265.

[561] *Código de Procedimiento Civil y Comercial anotado y comentado*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965, p. 148.

lo que podría engendrar el peligro de un juez puesto en el deber de sentenciar sin convicción. (En rigor, el caso es de rara factura. En ausencia de prueba —total o parcial— el juez puede sentenciar aplicando conocidas reglas del *onus probandi* y, consecuentemente, haciendo caer la pretensión de la parte renuente a cumplir la carga probatoria que le incumbía en orden a la naturaleza de los hechos alegados. El problema se presenta, al contrario, cuando existe abundancia de prueba contradictoria). Como ello desnaturalizaría la función judicial, parece razonable otorgar al juez ciertas y limitadas facultades para investigar el litigio por sí mismo —y por medio del material aportado por las partes—, no con un sentido inquisitorial, sino en la medida necesaria para completar su información o aclarar alguna situación dudosa [562], e ignorando de antemano a quién favorecerá o perjudicará la medida adoptada.

Y ello porque "nadie como el juez ha sentido en ocasiones, lo que podríamos llamar «la tragedia íntima de la sen-

[562] Hugo Alsina, *Tratado...*, 2ª ed., Ediar, Bs. As., 1957, t. II, p. 234. Parody, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe*, ed. Lajouane, Bs. As., 1912, t. I, p. 390, se muestra partidario de estas medidas, sosteniendo que existen ocasiones en que "el interesado no ha conseguido, por lo angustioso de los términos, producir alguna prueba ofrecida en tiempo (y acotamos nosotros que lo razonable sería no angustiar con plazos exiguos o, existiendo éstos, alongar el estadio probatorio cuando no medió negligencia del ponente de la prueba faltante de producción). Y como no es justo que por dicha causa se decida la cuestión en su contra... se conceden las medidas para mejor proveer". Agrega que "con este medio de proceder, el juez puede causar perjuicio a las partes, como se echa de ver a primera vista y sin necesidad de demostración". Empero, alega que "a pesar de los peligros que ofrece si se aplica con espíritu parcial, no debemos asignarle a esta facultad sino bondades, porque no es natural ni lícito suponer que los hombres encargados por la sociedad de velar por los intereses de sus miembros, sean capaces de abusar del poder que tienen para cometer venalidades o injusticias". Sin entrar a hablar de venalidades, ¿quién se animaría a efectuar idéntica afirmación respecto de las injusticias cometidas por la Justicia...? Cuando Burón Barba (prólogo a Casamayor, *La justicia para todos*, ob. cit., p. 27) recuerda que "desde América hasta el radium, lo ignoto no cuenta sus víctimas", se pregunta: "¿en qué número cuenta las suyas la Justicia?".

tencia injusta», de la injusticia que no se puede soslayar porque el derecho lo impide" [563], para evitar lo cual la ley faculta al juzgador a procurarse por sí mismo los medios de información que contribuyan a formarle una convicción total acerca de los hechos relacionados con el juicio que debe emitir [564].

Pero todo ello debe hacerlo con mesura y prudencia, sujetando su actividad a los requisitos que enunciaremos y sin olvidar que Salomón, el más justo de los jueces que en el mundo han sido, no precisaba de medidas para mejor proveer en orden a efectivizar su sentido de justicia.

b) *Caracteres.*

En primer lugar, cabe acotar que se trata de una indudable facultad ordenatoria del juez, dependiendo de su mesurado criterio [565] el decretar o no la medida [566].

Se extrae de esto que las partes no pueden exigir su realización [567], ni existe para ellas la carga de instar su producción.

En segundo lugar, en cuanto a si son o no taxativas [568], obviamos tratar la cuestión atendiendo el carácter amplio de la norma: "Los jueces pueden ordenar se practique cualquier diligencia que estimen conducente y que no sea

563 Santiago Sentís Melendo, *Las diligencias para mejor proveer en el anteproyecto Reimundín*, "RDPHA", 1948, 1ª parte, p. 172, con olvido de que cuando el derecho no es justo, en rigor de verdad, no es tal, y puede ser obviado por el juez.

564 N. Enrique Amaya, *La prueba confesional ordenada como medida para mejor proveer*, "JA", 1947-IV-doct.-60.

565 En contra de la discrecionalidad, ver Santiago Sentís Melendo, *Medidas para mejor proveer*, "RDPHA", 1953, 2ª parte, p. 47.

566 En tal sentido, ver "JA", 21-107; 38-74; 44-805; etc. Por tal razón no cabe, a su respecto, el instituto de la "negligencia". José J. Lueso, *La negligencia en la prueba en las medidas para mejor proveer*, "LL", 122-1204.

567 Por tanto, su denegatoria no causa indefensión ("LL", 54-152).

568 Tema, éste, que tiene divorciada a la doctrina; ver, por ejemplo, N. Enrique Amaya, *La prueba confesional ordenada como medida para mejor proveer*, "JA", 1947-IV-doct.-60.

prohibida por derecho". Empero, por razones de buen método, volveremos sobre el tema al enunciar las medidas previstas en la ley.

c) *Requisitos.*

Según nuestra concepción acerca de las diligencias para mejor proveer, entendemos que ellas están sujetas a la imprescindible vigencia de los siguientes recaudos, sin cuya existencia total no se puede hablar de tales medidas [569]:

1) *Que en el litigio se haya ofrecido y producido prueba.* Ya hemos sostenido *supra* que en caso de carencia probatoria —total o parcial— el litigio se resuelve aplicando las reglas del *onus probandi*, haciendo caer sobre el incumplidor los efectos de la carga respectiva. Agregaremos acá que este requisito se relaciona íntimamente con los que enunciaremos a renglón seguido, en orden a que el juez no puede sustituír la inactividad probatoria de las partes, ni cubrir la negligencia en que ellas hayan incurrido [570].

2) *Que a pesar de las probanzas rendidas, el juez carezca de convicción firme acerca de la justa solución del litigio.* El requisito no contempla el supuesto de carencia probatoria, sino el de abundancia de medios que se contradicen entre sí, de modo tal que dejan al juez sumido en la perplejidad de la duda [571], al no saber a quién dar la razón.

[569] Como lo apunta Santiago Sentís Melendo, *Medidas para mejor proveer*, "RDPHA", 1953, 2ª parte, p. 47, para que una medida para mejor proveer tenga ese carácter, no basta que el juez lo diga ni que utilice tal fórmula ritual: es necesario que concurran en la resolución las circunstancias exigidas en la ley.

[570] En el mismo sentido, y con abundantes citas jurisprudenciales, ver Eduardo E. Moreno Dubois, *Aspectos jurisprudenciales de las medidas para mejor proveer*, en "LL", 117-303. También, CTR, S. 2ª, 11/3/65, "J", 27-184; STSF, S. 1ª, 13/6/47, "JTSF", 26-98; CSSF, 8/6/54, "J", 5-101; CCCR, S. 3ª, 21/11/52, "J", 2-106.

[571] CTR, 19/5/53, "J", 3-94; CTR, 26/9/52, "J", 1-456; CCCR, S. 3ª, 11/7/52, "J", 1-226.

Por supuesto, las medidas a adoptar no deben rebasar su finalidad —obviar la duda—, pues de lo contrario se violaría el art. 18 de la Constitución nacional [572].

3) *Que las decrete el juez cuando la causa se halle conclusa para sentencia.* Este requisito, expresamente establecido en CPC Córdoba, 347 [573], no rige idénticamente en todos los ordenamientos legales ni, por supuesto, constituye pacífica doctrina [574].

Sin embargo, nos pronunciamos por su inclusión, pues admitimos —congruentes con lo ya expuesto— que una vez que las partes han agotado sus propias posibilidades probatorias, se muestra la perspectiva de que el juez se halle en estado de duda [575]. Admitir que puedan ser decretadas en cualquier estado del proceso implica la plena adopción del principio inquisitivo, del cual, afortunadamente, se halla muy lejos la legislación vigente.

Desde luego, cuando hemos consignado la voz "sentencia" en el título que comentamos, le damos un sentido lato, comprensivo no sólo de la "definitiva" sino también de las "interlocutorias", pues en cualquiera de ellas puede presentarse el estado de duda a que venimos refiriéndonos.

4) *Que la medida ordenada tenga únicamente finalidad probatoria.* Éste es el único y definitivo propósito de las "medidas para mejor proveer" [576] y no puede ser reba-

[572] Moreno Dubois, ob. y lug. cits. y jurisprudencia allí citada. Similarmente, v. CTR, S. 1ª, 30/5/61, "J", 19-47; CCCSF, S. 2ª, 8/11/62, "J", 21-244.

[573] Coinciden en este aspecto CPC uruguayo, Proyecto Couture y CPC Nación. Ver, también, Eduardo E. Moreno Dubois, *¿Ha dado la casación provincial en Buenos Aires otro sentido a las medidas para mejor proveer?*, "Jus", t. 9, p. 95.

[574] Ver la amplitud que le otorgan a este tema, en cuanto a oportunidad, el Proyecto Lascano, el Proyecto Reimundín y la ley 14.237, que admiten la posibilidad de tomar estas medidas en cualquier estado del proceso.

[575] Dante Barrios De Ángelis, *Diligencias para mejor proveer*, "LL", 84-796.

[576] Similarmente, ver Barrios De Ángelis, ob. y lug. cits.

sado por el querer judicial. Como lo señala Jofré [577], "a veces se las ha extendido a diligencias no probatorias, dándoseles —maguer ello— la denominación de «diligencias para mejor proveer». Esa frase consagrada por los prácticos primero y por los códigos después, no puede hacer variar el sentido de una actuación ni convertirse en pabellón que cubra cualquier mercancía procesal".

Con toda claridad expresa Colombo [578] que la función de las medidas para mejor proveer consiste en dotar al juez del poder necesario para que pueda disipar las dudas que suscita la "prueba producida", con lo cual, técnicamente, está descartando, en primer lugar, la hipótesis de que no exista ningún tipo de probanzas; y, en segundo lugar, que tales diligencias puedan extenderse a otro ámbito que no sea el probatorio.

Por las mismas razones, creemos improcedente el funcionamiento de las medidas para mejor proveer en las "cuestiones de puro derecho". Y ello porque, en virtud del principio "*iura novit curia*", en estos casos, la carga de las partes consiste sólo en "afirmar los hechos", no rigiendo para ellos, obviamente, los pesos y contrapesos del *onus probandi.*

5) *Que sea producto del espontáneo sentir del juez* [579]. Lo cual implica que las medidas no pueden ser sugeridas por las partes [580].

6) *Que la medida ordenada sea legal.* Es decir que no esté prohibida por el derecho [581].

7) *Que se mantenga la igualdad de las partes.* Este requisito se impone por la esencia misma de la actividad jurisdiccional, equidistante de la que cumplen las partes

577 *Manual...*, 5ª ed., La Ley, Bs. As., 1941, t. 1, p. 192.

578 Ob. y lug. cits., p. 148.

579 Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, 1896.

580 CCCSF, S. 1ª, 21/10/55, "J", 7-432.

581 Luis A. Prémoli, nota a fallo en "JTSF", 22-230.

interesadas, pues ya hemos visto que el instituto no tiene por finalidad suplir las deficiencias técnicas de la defensa [582].

Sentís Melendo [583] parte del supuesto de que un juez *imparcial*, al dictar medidas para mejor proveer, debe tener especial preocupación por mantener su imparcialidad, pues este recaudo debe presidir toda su actuación. De tal modo, no debe suplir la inactividad de las partes ni lograr cubrir la negligencia de ellas; sólo así logrará mantener un perfecto equilibrio en la situación probatoria de los litigantes [584].

Y es que la parte a quien una diligencia para mejor proveer coloca en condiciones de inferioridad, considera siempre que el magistrado ha comprometido su imparcialidad. Es necesario, por ello, prevenir esta suposición con una noción lo más firme posible [585]. De allí que se haya dicho que "las facultades conferidas por la ley no deben ser ejercitadas por los jueces, a fin de no verse acercados —aun sin quererlo— a una de las partes y —por qué no decirlo— para no sentirse menos jueces" [586].

8) *Que en la producción de la medida ordenada para mejor proveer, se otorgue participación a los interesados.* Esto implica la necesidad de que toda medida deba ser notificada a las partes [587] y la de dar a éstas oportunidad de evaluar sus resultados, a la par que oponerse a su realización si ellas refieren a hechos no articulados, o si no estuvieren

582 Ver un concepto más amplio en STSF, S. 2ª, 1/6/48, "JTSF", 27-148.

583 *Medidas para mejor proveer (el problema de su apelabilidad según nuestra jurisprudencia)*, "RDPHA", 1944, 2ª parte, p. 126.

584 Armando Fernández del Casal, "J.A.", 3-941, considera absurdo prohibir las medidas para mejor proveer cuando haya sido negligente la parte oferente de la respectiva prueba, admitiendo que precisamente cuando ella ha sido diligente las medidas serían inútiles.

585 Sentís Melendo, ob. y lug. cits., recordando a Couture.

586 Abraham Bartoloni Ferro, *La oficialización del proceso civil*, "LL", 21-doct.-1.

587 En contra, ver CTR, S. 1ª, 30/5/61, "J", 19-47; CCCSF, S. 1ª, 16/12/52, "J", 2-226.

permitidas por la ley; como asimismo, la posibilidad de pedir su ampliación [588].

c) *Enumeración.*

A nuestro juicio, la ley ha considerado inútil efectuar una exhaustiva enumeración de facultades en orden a decretar medidas para mejor proveer, pues, en última instancia, ella tendría simple carácter enunciativo.

Otras leyes, sin embargo, efectúan prolija enumeración [589], consagrando facultades implícitamente legisladas en nuestro ordenamiento procesal. De allí que consideremos conveniente enunciar algunas de las diligencias que surgen de CPCN.

Así, los jueces pueden:

1) disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes (art. 36, inc. 4), de peritos y consultores técnicos y testigos (art. 36, inc. 5);

2) ordenar la agregación de documentos existentes en poder de las partes o de terceros (art. 36, inc. 6);

3) ordenar reconocimientos (art. 479), avalúos u otras diligencias que resulten necesarias;

4) pedir informes (art. 477);

5) aceptar u ordenar la ampliación del número de testigos (art. 430);

6) interrogar —sin los recaudos propios de la prueba de testigos— a menores de catorce años, cuando mediando conflicto de índole familiar, así lo aconsejen las circunstancias del caso;

7) exigir confesión judicial a cualquiera de las partes, acerca de los hechos litigiosos. Respecto de esta facultad, aceptada en CPCN, art. 415, no existe pacífica doctrina, pues no pocas y autorizadas voces se oponen a su efectivi-

588 "JA", 49-415. En contra, CCCR, S. 1ª, 2/11/54, "J", 6-212.

589 Ver, por ejemplo, CPCCba., art. 347.

zación [590], destacando la gravedad suma que importa que la absolución de posiciones sea ordenada de oficio, por cuanto de esa manera se hace difícil mantener la equidistancia entre las partes. Y "aunque se cometa una levísima parcialidad, con ello resulta suficiente para influír en la milimétrica balanza judicial".

Por nuestra parte, nos mostramos contrarios a la adopción de esta excepcional medida, sin desconocer que ella resulta legítima a tenor de lo establecido en la recién señalada norma.

8) en general, cualquier otra medida que resulte conducente y que no esté legalmente prohibida.

2.1.3.2. DECRETAR LA VISTA O AGREGACIÓN DE CUALQUIER DOCUMENTO EN PODER DE PARTES O TERCEROS.

Esta facultad ordenatoria en cuanto al objeto del pleito (más específicamente, en cuanto a la prueba) puede ser ejercida en carácter de medida para mejor proveer (v. nº 2.1.3.1) tanto sobre las partes como sobre terceros (CPCN, 36, inc. 6). En todo supuesto el juez actuante debe adecuarse a los términos procesales de los arts. 387 a 389 de CPCN.

2.2. FACULTADES CONMINATORIAS.

El otorgamiento al juez de facultades conminatorias surge como natural consecuencia de la aceptación que la doctrina efectúa del elemento *"executio"* como parte integrante de la actividad jurisdiccional. De nada valdría la sustitución intelectiva que efectúa un magistrado para heterocomponer un litigio, si el derecho por él declarado que-

[590] N. Enrique Amaya, *La prueba confesional ordenada como medida para mejor proveer*, "JA", 1947-IV-doct.-60.

dara líricamente estampado en una hoja de papel, sin posibilidad alguna de coaccionar su cumplimiento por el deudor renuente.

De ahí que resulte obvio que todo juez —ahora en sustitución volitiva— tiene facultad suficiente para ejecutar o hacer cumplir su propio pronunciamiento, tanto sea a pedido de parte o en actividad oficiosa, cuando así lo permite la naturaleza de la relación juzgada.

Para obtener tal resultado, el juez puede valerse de diferentes medios, según fuere la prestación adeudada:

a) Si se trata de *obligación de dar cantidad de dinero*, el mandato judicial se ejecuta por la vía de apremio [591], regulado procesalmente en CPCN, 502 y ss.

b) *si se trata de obligación de dar o restituír cosa cierta y determinada*, mueble o inmueble, el mandato judicial incumplido se ejecuta librando mandamiento para desapoderar de ella al obligado o para obtener el lanzamiento correspondiente, según el caso. A partir de allí puede generarse el procedimiento previsto en CPCN, 515.

c) si se trata de *obligación de hacer* alguna cosa, se habrá de analizar si ella puede efectuarla un tercero o no (CPCN, 513); en el primer caso, frente al incumplimiento del deudor, se ordenará su ejecución por otra persona a costa de aquél o, a elección del acreedor, se le obligará a resarcir los daños y perjuicios provenientes de la inejecución; en el mismo supuesto y en el segundo caso —la prestación no puede ser sustituída (piénsese en el incumplimiento de un régimen de visita de hijos menores)—, el juez puede imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progre-

591 Variados y diferentes son los contenidos que tanto castiza como jurídicamente se otorgan a la voz "apremio"; para demostrar este aserto basta con remitir al lector a cualquier diccionario. Nosotros utilizamos el vocablo en el tradicional sentido procesal, que define a un tipo especial de procedimiento para lograr el cumplimiento de sentencias que condenan a pagar sumas de dinero, costas judiciales o multas procesales.

sivas tendientes a que el incumplidor acate el mandato (CPCN, 37). Idéntica actividad puede realizar cuando no resulte posible el cumplimiento por el deudor.

Esta facultad se conoce desde el derecho francés como "*astreintes*", y consiste en la aplicación de una suerte de multa cuyo importe será en favor del litigante perjudicado por el incumplimiento.

La idea fundamental que preside el instituto tiene por finalidad trasformar una obligación incoercible —la de hacer— por otra coercible: la de dar suma de dinero, a efectos de lograr el acatamiento del mandato judicial. De tal manera, la condena debe graduarse en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerla y, conforme lo determina expresamente la ley, *debe ser progresiva.* Rocca y Griffi [592] sostienen que *nunca son progresivas,* sino únicamente *acumulativas.* No compartimos la opinión de ellos, por cuanto entendemos que la progresividad constituye la esencia misma del instituto, pues por solvente que sea un deudor llegará con certeza un momento en que no podrá soslayar el cumplimiento requerido.

De aquí que el juez conminará el cumplimiento de lo reclamado, condenando en su defecto a pagar una unidad dineraria el primer día de contumacia, dos el segundo, cuatro el tercero, ocho el cuarto, etc. Sabemos de jueces que se niegan sistemáticamente a interpretar así esta conminación, so pretexto de que resultaría demasiado onerosa para el deudor. Pero precisamente esto es lo que se pretende, como vía indirecta para lograr el total acatamiento a la primitiva sentencia que condenaba al cumplimiento de una obligación de hacer.

Por cierto que tal conminación quedará sin efecto ante la efectivización de la prestación adeudada, desistiendo el

[592] *Teoría y práctica de los astreintes,* ed. Grial, Bs. As., 1970.

deudor de su resistencia, o podrá ser objeto de reajuste, si éste justifica total o parcialmente su proceder (CPCN, 37).

A fin de superar una antigua controversia doctrinal y jurisprudencial, el Proyecto de Reformas al CPCN de 1979 añadió como segundo párrafo del art. 37 lo siguiente: "Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece".

Finalmente, un especial caso de obligación de hacer está legislado en CPCN, 512: la sentencia que condene el otorgamiento de escritura pública debe contener el apercibimiento de que si el obligado no cumpliere dentro del plazo fijado, el juez la suscribirá por él y a su costa.

Por las razones antes apuntadas, esta obligación de escriturar no puede ser complementada o sustituída por la condena a pagar *astreintes.*

d) Si se trata de *obligación de no hacer* alguna cosa y el deudor la quebranta, el acreedor tiene opción para pedir que se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si fuese posible, y a costa del deudor, o que se le indemnicen los daños y perjuicios (CPCN, 514). Ello generará un nuevo procedimiento, en los términos de CPCN, 513.

2.3. FACULTADES SANCIONATORIAS.

Las facultades sancionatorias nacen legalmente como natural consecuencia del elemento de la jurisdicción conocido como *"coertio"* o *"imperium"*, y se vinculan también, en forma estrecha, con el deber de dirección de un proceso enmarcado por rígidos principios que lo regulan como medio de debate intelectual.

Ya hemos esbozado este tema en nº 1.2.1.2.3, al explicar el deber de "cuidar el orden y el decoro en los juicios",

con el cual se correlaciona esta facultad, que se halla expresamente normada en CPCN, 35, inc. 3 [593].

Antes de pasar revista a la amplia gama de sanciones que cabe imponer en un proceso, nos detendremos brevemente en tres temas que consideramos necesario tratar en forma previa.

2.3.1. SUJETOS ACTIVOS.

Son sujetos activos de esta facultad *todos* los jueces, cualquiera que fuere el grado o jerarquía que ostenten [594].

En la misma situación de ellos deben ser computados los conjueces y árbitros, pues por reemplazarlos en la tarea de juzgar —lo que lleva anejo el deber procesal de dirección— tienen idénticas funciones dentro de los litigios que deben dirimir.

2.3.2. SUJETOS PASIVOS.

Son sujetos pasivos de esta facultad los magistrados inferiores, funcionarios y empleados del Poder Judicial, los auxiliares de la Justicia y los particulares que ocurren a ella [595], por lo que actúan en el recinto del tribunal, en los

[593] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 35; Catamarca, art. 35; Córdoba, arts. 123 y 314; Chaco, art. 35; Chubut, art. 35; Entre Ríos, art. 32; Formosa, art. 35; Jujuy, art. 9; La Pampa, art. 36; La Rioja, art. 37; Misiones, art. 35; Río Negro, art. 35; San Luis, art. 35; Santa Fe, art. 22; Santiago del Estero, art. 35; Tucumán, art. 44.

[594] En el Proyecto Clariá, arts. 37 y 38, los jueces de la causa (o el presidente de un tribunal colegiado) tienen facultades limitadas al proceso; en caso de inconducta grave o reiterada, pueden pedir al superior jerárquico o al cuerpo, respectivamente, la aplicación de multa o arresto, o de ambas penas. A nuestro juicio, se restringe notoriamente el sistema vigente, que reproduce, para Córdoba, con leves variantes el Proyecto Amaya-de Vértiz-Fragueiro (art. 35).

[595] No cabe distinguir entre actuaciones cumplidas en primera o ulterior instancia. CCom. CF., 8/10/41, "JA", 76-638.

escritos presentados o en el ejercicio de la respectiva profesión a cargo.

Por escapar al cometido que nos impusimos en el desarrollo de este tema, obviaremos toda referencia a las facultades sancionatorias que pueden ser ejercidas respecto de funcionarios judiciales o administrativos, circunscribiendo la exposición en lo que toca a los magistrados, las partes y sus defensores, por entender que en ellos se tipifica la conducta ordenada en la norma que glosamos.

En cuanto a estos últimos, los defensores, hemos sostenido siempre que en el ejercicio de su profesión de abogar, merecen y gozan de la misma consideración y respeto debidos a los magistrados judiciales [596].

2.3.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SANCIÓN.

En forma previa a la enumeración de las correcciones permitidas por la ley, cabe dejar claro —conforme lo sostiene pacífica doctrina al respecto— que el régimen sancionatorio es de naturaleza *administrativa* [597], y no penal [598], de donde se extraen las siguientes conclusiones:

a) Puede tener efecto retroactivo.

[596] Así lo hemos consignado junto con Büsser, Casiello, De Feo e Iturralde en *Anteproyecto de Ley Orgánica para el Poder Judicial*, art. 394. Allí también abandonamos —respecto de los abogados— la tradicional designación de "auxiliares de la Justicia" para otorgarles la más adecuada y digna de "coadyuvantes esenciales", en un vano intento de jerarquizar la función abogadil dentro del foro en general (los procuradores, escribanos, contadores públicos, martilleros y peritos fueron allí designados como "coadyuvantes necesarios"), pues los propios abogados no entendieron el distingo. Por cierto, la idea no era nueva: ya la consagraba el art. 155 de la ley para el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, del 30/9/35.

[597] Ello implica decir que no es jurisdiccional, pues el poder disciplinario se desenvuelve en las relaciones internas de la actividad judicial. En el mismo sentido, ver Erwin O. Rosenbusch, *Correcciones disciplinarias*, "JA", 73-669.

[598] CSJN, 22/11/57, "Fallos", 239-267; ídem, 29/11/58, "Fallos", 241-419; ídem, 6-12-61, "LL", 109-287.

b) Las sanciones pecuniarias no pueden ser pagadas en cuotas o amortizaciones mediante trabajo libre.

c) Puede ser aplicada sin necesidad de juicio previo al respecto.

d) No encuadra en el régimen prescriptivo del art. 62 del Código Penal.

e) La imposición de una sanción disciplinaria no excluye la posibilidad de una sanción penal [599].

2.3.4. RÉGIMEN DE SANCIONES.

Tanto en partes como en defensores, se puede distinguir dos claras suertes de actitudes sancionables:

a) *las que obstruyen el curso de la Justicia*; entre las faltas sancionables por tal motivo, podemos enumerar ejemplificativamente, siguiendo el orden utilizado por Parry [600], instruír a testigos acerca del sentido que habrán de dar a sus declaraciones; adulterar el tenor de sus deposiciones o de documentos, o de argumentos brindados por la contraria, o de los fundamentos de las sentencias; citar leyes derogadas o sentencias reformadas o anuladas; argumentar a base de hechos manifiestamente improbados; redactar declaraciones que alteran el pensamiento del deponente; promover incidentes infundados; obstruír el cumplimiento de resoluciones judiciales; omitir denunciar a menores interesados en un pleito; tener colusión con una de las partes (por ejemplo, entre ejecutado y tercero opositor a un embargo); ausentarse de la sala de audiencia sin la correspondiente venia del magistrado, etc.; y

b) *las que pecan por exceso de lenguaje*, constituyendo un ataque —mediato o inmediato— contra el decoro o la

[599] SCTucumán, 16/12/46, "LL", 46-607; CCCR, S. 1ª, 5/3/53, "J", 2-175.

[600] Ob. y lug. cits.

autoridad de los magistrados. Obviamente, la distinta jerarquía de ellas permite que la propia ley contenga una variada enumeración de sanciones que el juez puede decretar, y entre las que cabe elegir —por cierto que fundadamente— en orden a la magnitud y relevancia de ellas.

Si bien en distintos regímenes provinciales la facultad sancionatoria está claramente detallada, no ocurre lo mismo en el orden nacional, que adolece de minuciosa reglamentación sobre el tema (ver, por ejemplo, la mención que efectúa CPCN, 35, inc. 3, y RJN, art. 22, decr.-ley 1285/58, arts. 15 y 16; ley 1893, arts. 75 y ss., etc.); de ahí que nos parezca conveniente —en global estudio del tema— presentar las sanciones posibles de aplicar, en orden de gradación.

a) En cuanto al *exceso de lenguaje*: la testación de frases y la devolución de escritos, así como el llamado a la cuestión en audiencias o la expulsión de ellas.

b) En cuanto a la *obstrucción al curso de la Justicia*: la prevención, el apercibimiento, la privación de honorarios, la imposición de multas, el arresto, la suspensión y la cancelación de la matrícula.

Nos referiremos, por separado, a cada una de ellas.

2.3.4.1. SANCIONES A PARTES Y DEFENSORES.

2.3.4.1.1. TESTACIÓN DE FRASES O TÉRMINOS INDECOROSOS.

La facultad sancionatoria se ejerce sobre los firmantes de escritos que contienen exceso de lenguaje respecto del propio magistrado y de la contraparte o su letrado [601].

a) Cuando se trata del propio magistrado, la situación es realmente delicada, por cuanto del exceso puede resultar

[601] El empleo de un lenguaje falto de respeto, sin que la defensa lo haga necesario, ya era reprobado en las leyes 7 y 12, tít. 6, partida 3ª.

un improperio que en modo alguno es admisible. Esta especie de falta presenta un singular parecido con el desacato, puesto que éste no es otra cosa, en última instancia, que la ofensa o injuria a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas (Cód. Penal, 244). En tal supuesto entendemos que además de la aplicación de sanción de naturaleza administrativa, cabe el sometimiento del infractor a juicio penal [602]. Tal solución, empero, debe ser prudentemente estimada, y adoptada sólo en caso de real y extrema gravedad, cuando la expresión utilizada traduzca un verdadero ánimo de injuria, y no un mero argumento necesario para la defensa, por cuya integridad también tiene el magistrado el inexcusable deber de velar [603].

b) Cuando se trata de la contraparte o de su letrado, la solución no podrá ser tan drástica, pero, al mismo tiempo, deberá evitar que el método de debate se convierta en riña callejera [604]. Así, *respetando siempre los argumentos impres-*

[602] Enrique R. Aftalión, *Faltas disciplinarias de letrados y desacato*, "LL", 130-1, sostiene que en caso de ofensas a magistrados, cobra particular interés establecer criterios diferenciales, pues no parece razonable que un mismo órgano —el Poder Judicial *in genere*— imponga dos sanciones por el mismo hecho. Como se ve en el texto, no compartimos tal pensamiento, pues adjudicamos distinta naturaleza a ambas sanciones: la penal es jurisdiccional, en tanto que la disciplinaria es administrativa.

[603] La CCCR, S. 1ª, 5/4/72, "J", 41-167, sostiene, con acertado criterio, que no se puede tolerar que abogados y procuradores falten a la consideración y respeto debido a los jueces ante quienes abogan. Si éstos deniegan una petición que aparece como justa ante los ojos del perdidoso, la ley le concede remedio para obtener el pronunciamiento pretendido, tarea que se debe cumplir en términos decorosos y dignos, sin innecesarios denuestos al juzgador.

[604] La CCCR, S. 1ª, 11/5/72, "J", 41-164, ha sostenido que aunque la índole de la causa dé lugar a debates enojosos, no se justifica que el abogado dirija imputaciones agraviantes contra el adversario o su letrado, pues tal conducta lesiona la dignidad de la profesión y la del ámbito donde ella se ejerce. Con elogiable criterio de avanzada, CPC italiano, art. 89, establece que "en los escritos presentados y en los discursos pronunciados ante el juez, las partes y sus defensores no deben usar expresiones indecorosas u ofensivas.

cindibles para la defensa, el magistrado tendrá que ordenar la testación de cualquier término injurioso o indecoroso utilizado por el representante, y quien lo cumpla deberá hacerlo de modo tal que las frases respectivas no puedan ser leídas en lo sucesivo [605].

A nuestro juicio, resulta importante recalcar —en todos los supuestos— la necesidad de respetar los argumentos de defensa, instituto que puede ser conculcado por una prejuiciosa o timorata interpretación judicial respecto de la propiedad de uso de un término vertido en juicio [606]; de ahí que por más que el litigante se alce severa e indignadamente contra una resolución judicial, si *objetivamente* no se afectan valores superiores como lo son el decoro y orden de los juicios, no cabe sanción al respecto.

En un curioso muestrario de situaciones sancionadas, se advierte que el "acatamiento a las decisiones de la Corte impone la abstención de cualquier comentario de ellas en la causa" [607]; que no cabe subrayar en rojo algunas frases dirigidas al juez [608]; que aunque los términos no sean irres-

---

El juez puede disponer que se cancelen las expresiones indecorosas u ofensivas y en la sentencia... asignar a la persona ofendida una suma a título de resarcimiento del daño aun no patrimonial sufrido, cuando las expresiones ofensivas no se refieran al objeto de la causa".

605 La CA Mercedes, 24/11/67, "LL", 130-1, afirma que la testación de los términos torna jurídicamente inexistentes los términos testados.

606 Oscar N. Russo ha llegado a afirmar la inconstitucionalidad del art. 209 de la LOTSF, pues al otorgarle a la discreción del juez la potestad de "sentirse ofendido", altera el principio básico de la libertad de expresión. Y así, sostiene (*Facultad judicial de testar términos y devolver escritos*, "Z", bol. del 26/6/78) que si el abogado puede reclamar contra la ley, con mayor razón puede hacerlo contra una interpretación de ella, de donde extrae que el juez no puede ofenderse "porque se le diga que su jurisprudencia es errónea o de efectos dañinos", pues cuando el juzgador motiva su sentencia, desciende al nivel del ciudadano, por lo cual no puede ampararse en ninguna infalibilidad que convierta su palabra en oráculo sobrenatural que se adora y no se discute...".

607 CSJN, 10/12/47, "Fallos", 209-497; íd., 25/2/48, "Fallos", 210-142.

608 CNPaz, S. III, 20/10/53, "GP", 103-249.

petuosos, debe sancionárselos si no trasuntan el deseo de cooperar en el mantenimiento de la justicia [609]; que el sentido gramatical de la palabra "falacia" es agraviante, de donde resulta sancionable su uso [610]; que el uso de "palabras que están en los diccionarios" también puede afectar el decoro [611]; que no cabe el uso de frases despectivas [612]; ni el desmedido apasionamiento [613]; ni impartir instrucciones en tono admonitorio a los jueces [614]; etc.

c) En estos supuestos, es común que el sancionado se retracte, ofreciendo las disculpas del caso por sostener falta de intención o ausencia de propósito. Nosotros nos mostramos partidarios de una evaluación amplia de la retractación, en homenaje a las cordiales relaciones que deben reinar entre magistrados o abogados. Sin embargo, admitimos que se trata de una cuestión puramente fáctica que debe ser meritada en cada caso particular.

Se sostiene que no pueden ser admitidas las disculpas [615], argumentándose que si los términos son excesivamente fuertes, queda excluída la defensa de que sólo existió *animus consolendi.* Al contrario, se argumenta que corresponde revocar la sanción si no se advierte manifiesto ánimo de injuriar [616], aunque si tal cosa la expresa el letrado, pero mantiene los términos irrespetuosos, es improcedente el levantamiento de la sanción [617].

Sin perjuicio de lo que expongamos en nº 2.3.5, esta corrección —a nuestro juicio— no admite recurso alguno.

609 CPLCF, S. IV, 14/6/40, "LL", 19-100.
610 CSJN, 14/9/59, "LL", 10/2/60, 3.324-S.
611 CNCom., S. B, 1/3/63, "JA", 1963-III-437.
612 CPLCF, S. IV, 14/6/40, "LL", 19-100.
613 CNTrab., S. V, 28/2/62, "LL", 106-993, 17.853-S.
614 CNFed., S. Cont.-Adm., 25/7/60, "LL", 99-360.
615 CNCiv., S. B, 19/3/56, "GF", 216-438; CNCiv., S. C, 20/8/58, "LL", bol. 30/11/58, 81-S; CCCR, S. 1ª, 5/3/53, "J", 2-175.
616 CNCiv., S. D, 10/8/54, "JA", 1954-IV-144.
617 STSF, 14/12/60, "J", 19-102.

2.3.4.1.2. DEVOLUCIÓN DE ESCRITOS.

Algunos CPC (por ej., SF, art. 22) consagran expresamente esta facultad, mediante la cual el juez puede mandar devolver todo escrito ofensivo o indecoroso, en tanto no guarde las formas exteriores o de contenido.

Como se trata de una ofensa cuantitativamente superlativa, que no admite su testación, viene a ser la sanción que suplanta a ésta cuando el exceso es manifiesto. De tal manera, puede aplicársela aun en defecto de normativa expresa.

Cuando se efectiviza esta sanción, es deber del secretario dejar en los autos nota sumaria del pedido. Ello se explica fácilmente, pues el escrito devuelto puede instrumentar el cumplimiento de una carga procesal del sancionado, que no por esto debe sufrir efectos relacionados con el litigio. Interpretado de otra manera, convertiría la sanción en la posible efectivización judicial de una injusticia.

Sin perjuicio de lo que expongamos en nº 2.3.5, esta corrección —a nuestro juicio— no admite recurso alguno.

2.3.4.1.3. LLAMADO A LA CUESTIÓN, EN LAS AUDIENCIAS.

Se trata de una suerte de advertencia —de ahí que la enunciamos en este rubro— que el juez, como director del debate, puede efectuar respecto de partes y letrados, luego de haberles concedido el uso de la palabra en audiencia, a fin de que circunscriban su exposición al objeto propuesto y eviten pérdida de tiempo o divagaciones impertinentes o innecesarias.

En general, nuestras leyes no mencionan este tipo de sanción [618]. Sin embargo, la incluímos en este trabajo por

[618] La hemos tomado de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, art. 332.

considerarla paso previo necesario a la expulsión de la audiencia, cuando se peca por exceso de lenguaje.

En nuestra opinión, debe ser usada con gran mesura judicial cuando se trata de corregir la impertinencia de los argumentos brindados por el interesado, sobre todo en aquellos regímenes probatorios que no admiten que el juez se expida antes de la sentencia acerca de la pertinencia de un ofrecimiento o de un medio de prueba.

Sin perjuicio de lo que expongamos en nº 2.3.5, esta corrección —a nuestro juicio— no admite recurso alguno.

2.3.4.1.4. EXPULSIÓN DE LAS AUDIENCIAS.

Esta sanción puede ser adoptada tanto por exceso de lenguaje, con lo que se tornaría en la obligada consecuencia del previo llamado a la cuestión, como por obstruír el curso de la justicia.

Sin perjuicio de lo que expongamos en nº 2.3.5, esta corrección —a nuestro juicio— no admite recurso alguno.

Hasta aquí hemos enunciado las sanciones que corresponde imponer en cuanto al exceso de lenguaje. Veremos ahora las que se relacionan con la obstrucción al curso de la justicia.

2.3.4.1.5. PREVENCIÓN.

Es la más leve de todas las sanciones disciplinarias [619], y consiste en la advertencia o el *llamado de atención* que el juez hace a la parte o su defensor, para que se abstenga de proceder —en lo sucesivo— en la forma ya actuada que el juez considera improcedente o inadecuada.

[619] Hay autores y jurisprudencia que no la consideran corrección (v.gr.: CFed.Rosario, 21/10/49, "LL", 58-237; CCom. CF, 8/10/41, "JA", 76-628; CSJN, 10/8/62, "Fallos", 253-346), en tesis que no compartimos, habida cuenta que numerosas leyes le dan ese calificativo.

Sin perjuicio de lo que expongamos en nº 2.3.5, esta corrección —a nuestro juicio— sólo admite el recurso de revocatoria.

2.3.4.1.6. APERCIBIMIENTO.

Es la sanción disciplinaria que consiste en la amonestación que el juez efectúa a partes o defensores a fin de hacerles saber que deben ser más cautos, cuidando en adelante de no caer en la misma falta, y que no deben dar nuevo motivo para que se sospeche de sus conductas, bajo la pena de ser castigados con mayor severidad [620].

En rigor, igual que el *llamado de atención* —tratado en nº 2.3.4.1.5—, tiene carácter eminentemente preventivo, aunque es más severo que aquél.

La jurisprudencia es variadísima respecto de las situaciones sancionables: defender tesis contradictorias [621]; sostener diversas naturalezas jurídicas de un mismo acto para fundamentar varias excepciones de incompetencia [622]; guardar silencio respecto de la existencia de otro juicio conexo que requiere el dictado de sentencia única [623]; hacer referencia, al alegar, a prueba que no se ha producido [624]; afirmar falazmente que se ha deducido un recurso en otra sede [625]; hacer imputaciones al ex juez de la causa [626]; afirmar —demostrando que se pretende coaccionar con la amenaza de una acción de otro carácter— que una decisión podría estar prevista en el art. 248 del Cód. Penal [627]; imputar al juez haber dictado deliberadamente sentencia con-

620 Joaquín Escriche, *Diccionario...*, París, 1896, p. 198.
621 SCBA, 1/8/61, "AS", 1961-III-393.
622 CNCom., S. A, 13/6/61, "LL", 105-972-7675-S.
623 CNTrab., S. IV, 26/2/53, "LL", 70-126.
624 CNPaz, S. IV, 14/5/56, "LL", 85-45.
625 CSJN, 16/8/63, "Fallos", 256-352.
626 CC. 2ª CF, 30/4/45, "LL", 38-462.
627 1ª inst.Paz CF, 25/10/43, "JA", 1943-IV-3.

traria a la ley invocada, con lo cual se le atribuye la comisión de prevaricato [628]; afirmar irónicamente que el juez despacha siempre de modo diligente los pedidos del contrario, porque significa decir que el juez es parcial [629]; redactar en verso un escrito judicial [630] o presentarlo con numerosos y groseros errores de ortografía [631]; presentar copias de documentos que no coinciden con los originales [632]; imputar falta de ética a un colega (porque supone tacharlo de inmoral) [633]; alzar la voz en forma desusada en la secretaría [634]; etc.

El régimen recursivo tiene que ser idéntico al caso de prevención.

2.3.4.1.7. PRIVACIÓN DE HONORARIOS E IMPOSICIÓN DE COSTAS AL LETRADO.

Sostiene Parry [635] que se trata de una corrección no consagrada en las leyes procesales, pero admitida en la práctica para corregir abusos que tienen por objeto, notoriamente, un lucro indebido. Como es obvio, atento a la naturaleza de la sanción, sólo puede aplicársela a los auxiliares de la Justicia —nunca a las partes— por tareas inútiles, superfluas, no autorizadas por la ley, o anuladas por culpa del corregido.

Que tengamos noticia, esta sanción no tiene raigambre histórica en todas las provincias. Empero, recientemente se ha aplicado en Santa Fe, en caso extremo de incuria pro-

628 CSJN, 12/8/60, "Fallos", 247-485.
629 CCiv. 2ª CF, 10/5/40, "LL", 18-703.
630 CNCiv., S. C, 7/7/55, "LL", 80-506.
631 CNTrab., S. IV, 13/12/61, "JA", 1962-III-105.
632 CNCom., S. B, 5/10/60, "LL", 102-872, 6399-S.
633 CNCom., S. A, 13/8/59, "LL", 100-734.
634 CCrim. y Correc. CF, 7/2/41, "LL", 21-527.
635 *Facultades disciplinarias del Poder Judicial*, ed. Jurídica Argentina, Bs. As., 1939, p. 112.

fesional, por haber actuado el abogado en forma totalmente inconducente a la defensa de los intereses de su cliente [636], no desempeñando sus obligaciones de conformidad con los elementales principios y exigencias que supone su capacidad técnica.

Cierto es que entendemos que la obligación del abogado es de medio, y no de resultado; por eso, si el letrado no "pone los medios técnicos" para conducir airosamente la defensa de un interés litigioso, no ha cumplido su prestación contractual; y ante su ausencia, carece de todo derecho a remuneración, pues el honorario, por propia y gramatical definición, constituye "el estipendio o sueldo que se da a uno por su trabajo en algún arte liberal" [637], y "estipendio" no es otra cosa que la retribución que se debe por un servicio prestado. Y si éste no se brinda, parece obvio que resulta moralmente disvalioso dar algo a quien nada hizo por merecerlo [638].

Claro está que no cualquier negligencia puede ser sancionada con la pérdida de los honorarios; al contrario, la falta debe ser grave e implicar un real estado de indefensión, para lo cual se debe recordar que no es necesario que el litigante tenga la razón en el pleito, sino que la incuria prive al litigante de la posibilidad teórica de lograr un reconocimiento jurisdiccional a su pretensión [639].

El régimen recursivo es similar al caso de prevención, cupiendo también la apelación subsidiaria.

Sin perjuicio de lo expuesto, plenamente aplicable en todos los ordenamientos legales del país, CPCN, 52, va aún

636 Ver CCCR, S. 3ª, 23/7/77, "Acindar c. Pagano", en "J", 54-164, con nota laudatoria de José Ángel Montefeltro.

637 Ver *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia, 15ª ed., p. 662.

638 José A. Montefeltro, *Privación de honorarios al profesional forense*, "J", 54-163.

639 Idem.

más allá: "Sin perjuicio de la responsabilidad civil o criminal por el ejercicio del mandato, el mandatario deberá abonar a su poderdante las costas causadas por su *exclusiva culpa o negligencia*, cuando éstas fueran declaradas judicialmente. El juez podrá, de acuerdo con las circunstancias, establecer la responsabilidad solidaria del mandatario con el letrado patrocinante".

La ejemplaridad de esta norma, lamentablemente no vigente en todas las provincias argentinas, obvia toda consideración a su respecto.

2.3.4.1.8. IMPOSICIÓN DE MULTAS.

Dentro de la gradación del régimen sancionatorio, es esta corrección la primera que tiene el carácter de "pena", y no de mera "advertencia". Por tal motivo es la más usada por los jueces, no sólo cuando la prevención y el apercibimiento han resultado infructuosos, sino también cuando la gravedad de la inconducta requiere un verdadero correctivo. Los mismos ejemplos expuestos a partir de la nota 621 sirven, por su reiteración o mayor gravedad en el caso específico —a juicio del juez—, para imponer multa. También puede obtener esta sanción quien obstruye el curso del proceso en forma desleal y de mala fe [640], o quien suscita reiterados incidentes infundados [641], o quien ofrece una prueba de cumplimiento imposible (en el caso, debía ser diligenciada en las islas Malvinas) [642], o quien recusa reiterada y maliciosamente a un juez [643], o quien sustituye letrados para provocar la separación de jueces [644] o denuncia, a

[640] CNCom., S. A, 14/12/60, "LL", 103-775, 6887-S.
[641] CC 2ª CF, 18/3/46, "LL", 42-19; CSJN, 21/9/60, "Fallos", 247-699.
[642] CNPaz, S. I, 14/7/61, "JA", 1961-IV-637.
[643] CNPaz, S. IV, 30/7/56, "LL", 86-405.
[644] SCBA, 11/6/57, "AS", 1957-III-156.

sabiendas, un domicilio inexistente de la contraparte (en el caso, era el del propio ejecutante)[645]; etc.

Cuando va aneja a la testación de frases, no se trata de una doble imposición, sino de sanciones obviamente complementarias [646].

Su naturaleza administrativa (no penal) pecuniaria no permite —dentro de nuestra legislación— que la multa impuesta y no oblada pueda trocarse en detención.

En ciertos regímenes legales, las multas tienen un tope dinerario máximo, según la jerarquía funcional del sujeto que las impone; a mayor jerarquía, mayor monto, y su producto se destina al fomento de la Biblioteca de la Administración de Justicia [647].

Sin perjuicio de lo que expongamos en nº 2.3.5, esta medida disciplinaria —a nuestro juicio— es siempre apelable.

2.3.4.1.9. ARRESTO.

Según Escriche [648], arrestar es prender o quitar a una persona el uso de su libertad, para que esté y se mantenga a disposición del tribunal; y agrega que aunque, según el diccionario de la lengua castellana, arresto es sinónimo de prisión (de donde ambos significan no sólo el acto de prender, sino también el sitio donde se encierra a una persona), no se debe usar ambos vocablos indistintamente, pues todo preso está arrestado, pero no todo arrestado está preso. Así, se dice que "preso" es quien es conducido a un encierro o ya está metido en una cárcel pública. En cambio, se afirma que está "arrestado", y no preso, quien tiene su casa por

645 CPLCF, S. III, 18/10/43, "LL", 32-369.

646 CCiv. CF, en pleno, 25/7/33, "LL", 11-723.

647 AC, 20/12/67, en "ADLA", 28-A-1061, respecto de CPCN, 35, inc. 3; LOTSF, 199; etc.

648 *Diccionario...*, p. 255.

cárcel, o quien, si bien está en ella, lo está sólo como "en depósito y custodia".

Así entendido el arresto, y considerado como corrección disciplinaria, es de antigua raigambre jurídica, especialmente en la milicia.

En nuestro régimen disciplinario puede ser decretado por grave ofensa al juez o falta de decoro (muchos de cuyos ejemplos hemos proporcionado en notas anteriores) o por reiteración de faltas en un mismo proceso, como correctivo ejemplar.

En cuanto al régimen recursivo, ver nº 2.3.5.

2.3.4.1.10. SUSPENSIÓN.

Es una corrección de mayor entidad que las anteriores, y se usa en casos de *extrema gravedad.*

Su efecto consiste en que el sancionado no puede ejercer su profesión en un ámbito determinado (toda una provincia, un fuero, etc.) durante el lapso de duración de la sanción[649].

En cualquier caso, empero, una importante reflexión se impone: la suspensión habrá de regir siempre para lo futuro y para toda causa en la cual intervenga, salvo para aquella en la cual se decreta, pues —a nuestro juicio— el abogado no puede ser separado de la defensa por la vía de una medida disciplinaria[650].

CPCSF la consagra expresamente en su art. 27, haciendo pasible de ella al profesional que firma oficio o cédula que menciona causas, actos o disposiciones inexistentes, o las altera u omite. En este caso, el juzgamiento de los he-

649 En ciertos ordenamientos se establece un tope máximo para la suspensión. Ver, por ejemplo, LOTSF, art. 213: no puede exceder de seis meses.

650 Sim. cfr. CCrim. y Correc. CF, 17/7/28, sus fallos, I-223; íd., 19/6/61, sus fallos, VII-82.

chos que generan la sanción corresponde al propio juez de la causa, quien debe, además, comunicar aquélla al colegio profesional que corresponda (existe colegiación obligatoria con tribunales de disciplina), a fin de que juzgue —independientemente— la inconducta de su miembro.

2.3.4.1.11. CANCELACIÓN DE LA MATRÍCULA.

Sostiene Parry[651] que "el abogado travieso", que cubriendo las apariencias (o sin cubrirlas) es amigo de esconderse en los abundantes vericuetos que las leyes presentan, o de crear el litigio o, creado, suspenderlo o finiquitarlo por otros estímulos o medios que no sean los que dicten de consuno los intereses del cliente y las exigencias de la decencia, en lugar de un servidor de la Justicia, es un leguleyo, más peligroso para la sociedad que un delincuente de orden común".

Para poner coto a actuaciones como las descritas, la ley admite una máxima sanción profesional: cancelar la matrícula y, de consiguiente, vedar en lo futuro la posibilidad de ejercer la función abogadil.

Esta sanción puede ser decidida en caso extremo por el propio juez de la causa (ver, por ejemplo, CPCSF, 27) o por el colegio profesional respectivo, mediante juzgamiento efectuado por su tribunal de disciplina[652], y sus actuaciones son independientes y no incompatibles respecto de todos y cada uno de los correctivos disciplinarios normados, pues en tanto el juez ejerce facultades específicas tendientes a preservar valores superiores que deben imperar en un proceso, el colegio profesional atiende a la vigilancia de la

651 Ob. y lug. cits.

652 Ha dicho SCBA, 9/10/45, "LL", 40-801, que el tribunal de disciplina no es una comisión especial rechazada por la Constitución nacional.

ética del ejercicio profesional entre los pares que lo constituyen [653].

2.3.4.2. SANCIONES A MAGISTRADOS.

Al enumerar los deberes de los jueces, ya nos hemos referido a las posibles sanciones cuyo incumplimiento los hace merecedores.

Al lado de tales deberes (respetar régimen de incompatibilidades, fundar los pronunciamientos, emitirlos dentro de los plazos legales, no incurrir en omisión de tratamiento, etc.) existen otros no consagrados como tales, pero que también atañen a la esencia de la función. Así, por ejemplo, guardar secreto respecto de las deliberaciones habidas en tribunales colegiados, usar moderadamente expresiones de crítica, etc., cuya omisión puede derivar en sanción del propio cuerpo o de tribunal superior.

Pero, a más de todo ello, existen otras circunstancias que pueden resultar sancionables, según la conciencia judicial vigente en un momento y lugar dados, y respecto de los cuales la potestad disciplinaria de los distintos fueros es, en principio, privativa de las cámaras de apelación [654]. Nos referiremos, en particular, a los supuestos siguientes:

a) *Desacierto del juez en la fundamentación de sus sentencias.* Como es obvio, dado que el juez es hombre y, por tanto, falible, la sociedad no puede exigirle que siempre emita pronunciamientos justos, máxime cuando tal calificación es eminentemente subjetiva, resultando así que cuando lo es para uno puede no serlo para otro.

Empero, un desacierto *continuado* que evidencia una manifiesta ignorancia del derecho y de la legislación vigen-

[653] CSJN, 3/5/61, "Fallos", 249-559.
[654] CSJN, 20/12/60, "LL", 102-713.

te, es falta grave del magistrado, y así lo han entendido diversas leyes de enjuiciamiento dictadas en el país.

b) Apartamiento de los principios interpretativos sustentados uniforme y pacíficamente por los tribunales de grado superior. No desconocemos que dentro de nuestro ordenamiento no existe un deber legal del juez de primer grado de mantener los principios interpretativos sustentados por los superiores; sin embargo, cuando la totalidad de ellos sostiene invariable, continua y pacíficamente determinada doctrina jurídica, entendemos que los jueces inferiores tienen el inexcusable deber moral de no apartarse de ella [655] —obviamente dejando a salvo su opinión personal— en orden a la mayor celeridad y economía procesal, principios que no se cumplen cuando se impone al justiciable la carga de transitar los grados superiores de conocimiento, en demanda de una decisión que será favorable, sin duda alguna, a su pretensión, atendiendo a la uniformidad planteada en la hipótesis [656].

No se nos escapa que en la tarea de sentenciar, como lo consigna Parry [657], fuera de las leyes aplicables a los asuntos que juzgan y de las normas de procedimiento trazadas

[655] CC 1ª CF, 30/12/37, "JA", 60-879, ha sostenido que se debe llamar la atención al juez que en su sentencia trascribe como fundamento otra resolución suya revocada por el superior.

[656] Ver nuestro voto *in re* "Biblioteca Popular C. C. Vigil c. Mucciacciario, Luis", CCCR, S. 3ª, 25/8/77, "J", 54-7, donde "se le recuerda al juez actuante que no puede mantener a toda costa su criterio personal cuando la totalidad de sus posibles eventuales superiores mantienen una tesitura contraria". Mucho más allá fue la CTR, S. 2ª, *in re* "Giácomo, Adolfo, c. Oporto y Nicolosi", "J", 55-192 —en tesis que no compartimos—, al sostener que su "interpretación de una norma determinada se tornaba, por economía procesal, en norma a seguir por los jueces inferiores, los que al desobedecerla de consuno (nótese que el tribunal revoca el fallo de uno solo de ellos) se hacen pasibles de un serio llamado de atención, pues su actitud importa, en última instancia, un perjuicio para el económicamente débil". Lamentamos que en este desacertado pronunciamiento no se haya especificado si la norma a seguir era de carácter general para justificar una sanción a todos los jueces del fuero.

[657] Ob. y lug. cits.

en interés de los litigantes, los jueces no están ni pueden estar sometidos a ninguna restricción ni autoridad, no son subalternos de nadie, no dependen más que de su conciencia y no tienen orden ni prohibición que recibir ni aun del más alto tribunal. Y ello demuestra fácilmente cómo no hay nada en común entre la jerarquía judicial y la administrativa, pues ésta siempre implica subordinación y obediencia del inferior al superior y la consiguiente facultad de éste para sancionarlo.

No empañamos tal concepto con lo argumentado *supra*, que fácilmente se entendería si se hallara legalmente admitida la impugnación casatoria. Empero, ante su ausencia, la solución no puede ser distinta, pues pronto se llegaría al caos jurisprudencial; de allí que hablemos de la "fuerza moralmente vinculante" de los pronunciamientos superiores cuando ellos son coincidentes y uniformes. ¿A título de qué un juez inferior se alza contra la interpretación dominante, si con ello sólo se agravia a uno de los litigantes, imponiéndole la carga de transitar los estrados superiores para obtener la segura estimación de su pretensión?

c) *La actitud del juez* que hallándose en desinteligencia con su superior de grado, hace tomar estado público a la cuestión [658].

d) *La emisión de opiniones inconducentes* para la resolución de un caso justiciable y la formulación de juicios innecesarios sobre puntos sometidos a su decisión [659] o sobre cuestiones de carácter político [660], etc.

2.3.5. RÉGIMEN RECURSIVO.

Hemos dejado para el final este tema, no obstante haber adelantado nuestro pensamiento respecto de ciertas

[658] CS Salta, 13/12/46, "LL", 45-385; CSJN, 14/12/59, "Fallos", 245-429.

[659] CNCiv. CF, S. C, 4/10/54, "LL", 77-49.

[660] CSJN, 27/7/59, "LL", 100-74.

sanciones, por cuanto entendemos imprescindible efectuar una reflexión global comprensiva de todas las correcciones disciplinarias.

No nos cabe duda de que toda sanción con verdadero carácter de tal debe ser impugnada por la vía de la revocatoria y que algunas (salvo la prevención y el apercibimiento) son apelables subsidiariamente, cuando el sujeto que las impone tiene una instancia superior revisora.

Empero, y en esto hacemos especial hincapié, la apelación debe concedérsela siempre con efecto no suspensivo (devolutivo), aun en caso de tratarse de restricción o privación de libertad. En el caso de arresto, por ejemplo, la ley Orgánica de Tribunales de Santa Fe, art. 195, establece una excepción a la regla apuntada. La apelación se concede con efecto suspensivo, con lo cual —de hecho y automáticamente— pierde el carácter de sanción, pues basta la interposición del recurso por el insolente recién arrestado, para que el juez no pueda ordenar su inmediata aprehensión. Y con ello —obvio es remarcarlo— no gana la justicia sino el autor de la artería, que puede quedar impune *sine die*, por esos prodigios propios del procedimiento dilatorio.

2.4. FACULTADES DECISORIAS.

Las facultades decisorias son las que entran plenamente en el área volitiva del juez, sin que la ley —de manera alguna— le constriña a hacer o dejar de hacer.

Desde luego, el sentido axiológico de las normas subsiste acá también: no es que el juez pueda optar despreocupadamente entre una u otra; más bien, meritando las circunstancias de cada caso, tendrá la posibilidad plena de elegir entre las dos alternativas en orden al mejor servicio judicial.

Así, por ejemplo, la facultad de revocar de oficio sus

propias resoluciones, siempre que no estén notificadas, debe ser entendida con la condición implícita de que la revocatoria cumpla más acabadamente con los fines del proceso.

2.4.1. REVOCAR SUS RESOLUCIONES.

Pocas son las leyes en la historia normativa argentina que autorizan desde siempre esta facultad de revocación oficiosa, ya admitida en el antiguo derecho hispánico [661].

Por supuesto, el silencio legislativo en cuanto a esta facultad no obsta a su ejercicio, pues se trata de una natural consecuencia del principio de autoridad referido a la dirección del proceso (CPCN, 36, inc. 5).

Para efectivizarla, todo juez debe respetar una sola e importante condición: que la resolución que se intenta revocar no esté notificada a alguno de los litigantes; si ello ocurre, el juez puede modificar a su arbitrio su propia decisión, en razón de que ella no ha comenzado aún a producir sus efectos propios sobre las partes [662].

Surge claramente de lo expuesto que no le es dado al juez revocar una resolución después de haber sido notificada, por lo menos, a una de las partes (no es imprescindible que lo estén todas), sino a requerimiento de ellas; consecuentemente, adolecería de vicio de nulidad la providencia que revocara de oficio otra anterior notificada o consentida [663].

[661] Ley 2, tít. 22, part. 3.

[662] CAR, S. 1ª, 11/7/47, "JTSF", 26-282; similarmente, ver Pío Jofré, *Código de Procedimiento Civil y Comercial de Buenos Aires* (Bs. As., 1961, art. 269, p. 126). La jurisprudencia provincial se ha mostrado —con rara constancia— respetuosa de tal fundamento, considerando opuesta a la misión de los jueces la revocatoria oficiosa, pues ellos no pueden alterar o retrogradar la marcha de un juicio a su voluntad, ya que aparte del daño que esto causaría a los litigantes, no habría nada firme en los pleitos (Adolfo Alvarado Velloso, *El recurso de reposición*, en "Revista de Estudios Procesales", nº 1, p. 7).

[663] Hugo Alsina, *Tratado...*, t. IV, p. 195, y STSF, S. 2ª, 28/12/59, "J", 17-293.

A riesgo de ser reiterativos, e insistiendo en esta idea, creemos que no corresponde hacer excepción cuando se trata de providencias por las cuales se decretan medidas que la ley prohíbe o que importan establecer formalidades que ella no autoriza [664], bajo el fundamento de que al propio juez le corresponde mantener el buen orden en los juicios y evitar toda posible nulidad del procedimiento, ya que por esta vía se destruye el principio dispositivo que aún impera preponderantemente en nuestra legislación.

Sobre este aspecto, es dable recordar un precedente jurisprudencial [665] que por declarar procedente la revocatoria oficiosa de un decreto notificado a las partes, si bien tal decreto colocaba en clara indefensión a una de ellas, mereció justa y autorizada crítica de Miguel Ángel Rosas Lichtschein [666], quien sostiene su improcedencia por más que esté comprometido el deber de defensa, pues "éste —haga o no al orden público, concepto que será necesario precisar o abandonar, pues su ambigüedad se presta a la incerteza y a las soluciones carentes de toda base— se deja al cuidado de las partes, quienes han de poner sabiduría y atención en su ejercicio"; y abundando en su dura crítica, agrega que "el principio del orden consecutivo de los actos procesales y la preclusión —su consecuencia— descansa en aquella premisa, pues bastaría la simple alegación de estar afectada la defensa, para dar al traste, sorpresivamente, con todo un proceso llevado sin reclamo alguno de los interesados en el pleito"; y termina diciendo que "la garantía de la defensa en juicio queda salvada nada más que con haberse dado oportunidad de realizarla; si se la ejerce o no, o si se la emplea bien o mal, constituyen circunstancias que no hacen

664 En contra, Alsina, ob. cit., t. IV, p. 195.
665 Ver "J", 10-287.
666 Ver nota a fallo en "J", 10-287.

al derecho en sí, como no influye en la esencia de ninguno de éstos la forma en que se los utiliza".

2.4.2. APARTARSE DEL DICTAMEN PERICIAL.

Como consecuencia de imperar en todos nuestros sistemas procesales las "leyes de la sana crítica" (que no son otras que las de la lógica y de la experiencia, que enseñan al juez a discernir entre lo verdadero y lo falso) y de ser indelegable la facultad de juzgar, el juez no se halla atado —en materia técnica— a la opinión de peritos, por importante y reconocida que fuere su idoneidad.

Ello surge de CPCN, 476 [667]: "La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, la conformidad o disconformidad de opiniones, los principios científicos en que se funden, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca".

Empero, claro está, la no obligatoriedad de seguir el dictamen pericial no autoriza al juez a apartarse caprichosamente de sus conclusiones; podrá hacerlo, sí, en tanto abunde en razones *técnicas* sobre las cuales asentará su decisión.

2.4.3. ESTABLECER EL MONTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Esta facultad decisoria surge de CPCN, 165 [668], y puede efectivizarse sólo al momento de sentenciar.

[667] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 474; Catamarca, art. 474; Córdoba, art. 294; Corrientes, art. 192; Chaco, art. 454; Chubut, art. 449; Entre Ríos, art. 462; Formosa, art. 473; La Pampa, art. 452; La Rioja, art. 302; Misiones, art. 476; Río Negro, art. 470; San Luis, art. 476; Santa Fe, art. 193; Santiago del Estero, art. 468; Tucumán, art. 366.

[668] Esta norma se halla contenida, en similar o idéntica redacción, en los códigos de Buenos Aires, art. 165; Catamarca, art. 65; Córdoba, arts. 352

Sucede que todo pronunciamiento judicial que contiene condenación al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, saldos o rendición de cuentas u otros análogos, debe expresar concretamente cuáles deben satisfacerse, fijando su importe en cantidad líquida o, al menos, brindando las bases sobre que haya de ser efectuada posteriormente la liquidación. De no ser posible ninguna de ambas soluciones apuntadas, y sólo en tal supuesto, el juez actuante puede optar entre disponer el nombramiento de árbitros para que ellos determinen la cantidad líquida de la condena, o establecer directa y prudencialmente su monto, siempre que tanto en uno como en otro caso estuviese suficientemente acreditada la existencia de la deuda de frutos, intereses, etc.

Por nuestra parte, siempre nos hemos mostrado partidarios de esta última tesis, entendiendo disvalioso para el legítimo interés de las partes dilatar la definitiva solución de un litigio mediante el expediente de derivar a arbitraje la determinación del monto de la condena, cuando ella resulta suplible por la propia actividad judicial.

No se nos escapa que pueden existir casos en que tal actividad devenga imprescindible, sobre todo en materia de rendición de cuentas. En tales supuestos no cabrá otra salida que la recién apuntada.

Empero, siempre que el origen de la deuda se halle debidamente probado y que su fijación —aun en defecto de acreditación bastante— pueda entrar en la órbita del conocimiento de la vida que el mismo juez tiene por serlo, parece razonable evitar dispendio de actividad y permitirle —en rigor, exigirle— que determine el *quantum* de la con-

---

a 354; Corrientes, art. 233; Chaco, art. 165; Chubut, art. 165; Entre Ríos, art. 162; Formosa, art. 165; Jujuy, art. 46; La Pampa, art. 135; La Rioja, art. 64; Misiones, art. 165; Río Negro, art. 165; San Luis, art. 165; Santa Fe, art. 245; Santiago del Estero, art. 165; Tucumán, art. 281.

dena. Por cierto que en tal tarea habrá de actuar *con toda prudencia*, pecando por restrictivo llegado el caso, pues en definitiva se trata de suplir una ausencia probatoria.

2.4.4. PUBLICAR SUS SENTENCIAS.

El gran auge de las revistas jurisprudenciales ha determinado, en buena medida al menos, que en procura de material publicable los editores tengan un acceso fácil e indiscriminado a los protocolos de sentencia.

Creemos que tal generalizada conducta menoscaba serios valores satélites de la actividad judicial: evitar el *strepitus fori* que inexorablemente anejan algunas resoluciones, esperar prudencialmente el conocimiento masivo de un *leading case*, dilatar la publicación de una sentencia en recurso, etc., son algunas de las tantas motivaciones que puede tener un juez para no querer publicar sus resoluciones.

La justicia es cosa seria, hemos dicho otras veces. Y parece claro, entonces, que "las noticias" sobre la justicia no pueden ser manejadas con la misma ligereza que las informaciones deportivas.

No se nos olvida que no faltará alguien que esgrima otra vez aquí el argumento de que "las sentencias son instrumentos públicos", de lo cual se colige obligadamente que son "públicas" —valga la redundancia— en orden a la posibilidad de ser publicadas.

Sin entrar aquí a tratar la naturaleza y los efectos del instrumento público, bástenos sí recordar que quienes así piensan olvidan de seguro que los expedientes judiciales también son instrumentos públicos, y sin embargo, sólo pueden ser examinados por las partes, pero no por personas extrañas, salvo que justifiquen ante el actuario tener algún interés legítimo.

Creemos que el mismo principio rige para las sentencias: es absolutamente privativo del juez expedir copia para

su publicación. Tal facultad no puede entendérsela como violatoria del principio republicano de gobierno: siempre, como cortapisa, existirá el "legítimo interés" para que la exhibición de la sentencia resulte obligatoria para el sentenciante.

ÍNDICE DE REFERENCIAS USADAS EN LA OBRA

ac.	acordada.
AS	"Acuerdos y Sentencias" de los tribunales de La Plata.
BA	Buenos Aires.
BFDCSCba	"Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba"
Bol.	Boletín.
CA	Cámara de Apelación.
CAR	Cámara de Apelación de Rosario.
Cat.	Catamarca.
Cba.	Córdoba.
CC	Código Civil.
CCCF	Cámara de Apelación Civil y Comercial de Rosario.
CCCR	Cámara de Apelación Civil de la Capital Federal.
CCCSF	Cámara de Apelación Civil y Comercial de Santa Fe.
CCiv.	Cámara Civil.
CCom.	Código de Comercio.
CCom.CF	Cámara de Apelación en lo Comercial de la Capital Federal
CDEPR	Centro de Estudios Procesales de Rosario.
CFCF	Cámara Federal Capital Federal.
CFed.	Cámara Federal de Apelación.
CFLP	Cámara Federal de Apelación de La Plata.
CN	Constitución de la Nación Argentina.
CNCCF	Cámara Nacional de Apelación en lo Civil de la Capital Federal.
CNCiv.	Cámara Nacional Civil.
CNPaz	Cámara Nacional de Paz.
CNTrab.	Cámara Nacional de Apelación del Trabajo.
Cont.Ad.	Contenciosoadministrativo.
CP	Constitución provincial.
CPazCF	Cámara de Paz de la Capital Federal.
CPC	Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial.
CPCN	Código Procesal de la Nación.
CPLCF	Cámara Paz Letrada Capital Federal.
CPR	Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario.
CPSF	Constitución provincial de Santa Fe.
CS	Corte Suprema de Justicia.
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación.
CSSF	Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.

CTCF	Cámara de Apelación del Trabajo de Capital Federal.
Ctes.	Corrientes.
decr.	decreto.
DJ	"Digesto Jurisprudencial" de La Ley.
dl	decreto-ley.
doct.	doctrina.
ED	Revista "El Derecho".
ER	Entre Ríos.
Fallos	Colección "Fallos" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
GF	Revista "Gaceta del Foro".
GP	Revista "Gaceta de Paz".
J	Revista "Juris".
JA	Revista "Jurisprudencia Argentina".
JPLR	Juzgado de Paz Letrado de Rosario.
JTSF	Revista "Jurisprudencia de los Tribunales de Santa Fe".
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil española.
LL	Revista "La Ley".
LMC	Ley de Matrimonio Civil.
LOPJSF	Ley Orgánica del Poder Judicial de Santa Fe.
LOTSF	Ley Orgánica de Tribunales de Santa Fe.
Lp	Ley provincial.
LR	La Rioja.
Mza.	Mendoza.
p.	página.
P.	Proyecto.
RADP	"Revista Argentina de Derecho Procesal".
RCABA	"Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires".
RDEP	"Revista de Estudios Procesales".
RDPHA	"Revista de Derecho Procesal" de Hugo Alsina.
RDPI	"Revista de Derecho Procesal Iberoamericana".
RJN	Reglamento de la Justicia Nacional.
RSF	Revista "Reperforio de Santa Fe".
S	Sala.
SCBA	Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.
SE	Santiago del Estero.
Sec.	Sección.
SF	Santa Fe.
SJ	San Juan.
SL	San Luis.
STSF	Superior Tribunal de Santa Fe.
t.	tomo.
TCJOR	Tribunal Colegiado de Juicio Oral de Rosario.
Tuc.	Tucumán.

ÍNDICE DE LA BIBLIOGRAFÍA CITADA EN LA OBRA

ACUÑA, Alfredo: *Interés del juez como causal de recusación* ("JA", 46-495).

AFTALIÓN, Enrique R.: *Faltas disciplinarias de letrados y desacato* ("LL", 130-1).

ALLORIO, Enrico: *Problemas de derecho procesal* (ed. Ejea, Bs. Aires, 1963).

ALSINA, Hugo: *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil* (2ª ed., Ediar, Bs. As., 1956).

— *Facultades del juez para ordenar de oficio diligencias de prueba en el proceso civil* ("RDPHA", 1954, 1ª parte, 15).

ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe* (ed. CDEPR, Rosario, 1978).

— *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, concordado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente* (ed. Zeus, Rosario, 1973, 3 tomos).

— *Recurso de reposición* (RDEP, Rosario, 1-7).

— *Recusaciones y excusaciones* ("Esquemas Procesales", ed. CDEPR, nº 2).

— *Guía de doctrina procesal* (ed. CDEPR, Rosario, 1974).

— *El juicio oral en la provincia de Santa Fe* ("Jus", 7-11).

— *Términos procesales* (en *Enciclopedia jurídica Omeba*, 26-50).

— *Intervención de terceros* (en *Enciclopedia jurídica Omeba*, ap. III).

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, y LAURÍA, Alfredo Hugo: *Cuestiones de competencia* (ed. Centro de Estudios Procesales, Rosario 1974).

ALVARADO VELLOSO, Adolfo; BÜSSER, Roberto A; CASIELLO, Guillermo S.; DE FEO, Miguel A.; ITURRALDE, Norberto J.: *Anteproyecto de la Ley Orgánica de Poder Judicial de la provincia de Santa Fe* (ed. oficial, 1972).

ALVARADO VELLOSO, Adolfo; OLIVELLA DE ROSSI, Julia B.; YUSEM, Jaime: *El juicio oral en el CPC: modificaciones propiciadas por el Tribunal Colegiado de Juicio Oral Nº 2 de Rosario, ante la inminente reforma procesal* ("Juris", 31-269).

AMAYA, N. Enrique: *La prueba confesional ordenada como medida para mejor proveer* ("JA", 1947-IV-doct.-60).

— *Conciliación de partes en el proceso civil* ("JA", 1946-IV-doct.-89).

ANAYA, Jaime L.: *Código de Comercio y leyes complementarias, comentado y concordado* (Bs. As., 1965).

ARAGONESES ALONSO, Pedro: *Proceso y derecho procesal* (ed. Aguilar, Madrid, 1960).

ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco* (Madrid, 1970).

ATIENZA, Antonio: ver CABAL, Justo.

AYARRAGARAY, Carlos: *El perjurio* (ed. Valerio Abeledo, Bs. As., 1945).

— *Lecciones de derecho procesal* (s/d).

AYARRAGARAY, Carlos, y DE GREGORIO LAVIÉ, Julio A.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado* (ed. Zavalía, Bs. As., 1968).

BAQUERO LAZCANO, Horacio J.: *El juez ante los deberes de lealtad, veracidad y respeto de las partes y demás intervinientes en el proceso* ("Anales de las Primeras Jornadas Nacionales de Ética de la Abogacía", Rosario, 1967).

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante: *Diligencias para mejor proveer* ("LL", 84-796).

BARTOLONI FERRO, Abraham: *La oficialización del proceso civil* ("LL", 21-doct.-1).

BENCHETRIT MEDINA, Jorge O.: *Remedios y técnica para corregir la morosidad judicial* ("RADP", 1971-II-177).

BERIZONCE, Roberto O.: ver MORELLO, Augusto M.

BIDART CAMPOS, Germán: *El derecho constitucional del poder* (Bs. Aires, 1967).

— *Manual del derecho constitucional* (2ª ed., Ediar, Bs. As., 1974).

— *La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas* ("ED", 9-915).

BORDA, Guillermo: *Tratado de derecho civil argentino. Familia* (3ª ed., Perrot, Bs. As., 1962).

BÜSSER, Roberto A.: ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo.

BUSSO, Eduardo B.: *Código Civil anotado* (ed. Ediar, Bs. As., 1958).

CABAL, Justo, y ATIENZA, Antonio: *Anotaciones al Código de Pro-*

cedimientos en lo Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe (ed. Ciencia, Rosario, 1940).

CALAMANDREI, Piero: *Estudios sobre el proceso civil* (trad. S. Sentís Melendo, ed. Bibl. Arg., Bs. As., 1961).

— *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (ed. Ejea, Bs. As., 1969).

— *Crisis de la Justicia* (ed. Ejea, Bs. As., 1961).

— *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. de la 2ª ed. italiana, ed. Ejea, Bs. As., 1962).

CARAVANTES, José De Vicente y: *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil* (ed. Gaspar y Roig, Madrid, 1856).

CARCAVALLO, Hugo R.: *La conciliación y el arbitraje en el Anteproyecto de Código Procesal Laboral* ("RADP", 1968-V-3).

CARLOS, Eduardo B.: *Introducción al estudio del derecho procesal* (ed. Ejea, Bs. As., 1956).

CARLOS, Eduardo B., y ROSAS LICHTSCHEIN, Miguel Ángel: *Explicación de la reforma procesal civil y comercial santafesina* (ed. Belgrano, Santa Fe, 1962).

CARNELLI, Lorenzo: *El juez como objeto de derecho* ("LL", 52-1019).

CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del proceso civil* (ed. Ejea, Bs. As., 1962).

CARRIÓ, Genaro: *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967).

CASAMAYOR: *La justicia para todos* (ed. Vicens Vives, Barcelona, 1974).

CASIELIO, Guillermo S.: ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo.

CASTAGNO, Antonio: *Igualdad* (*Enciclopedia jurídica Omeba*, XIV-891).

CÉSAR LESTON, Alberto R.: *Decálogo del magistrado* ("RDEP", 2-135).

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.: *Tratado de derecho procesal penal* (Bs. Aires, 1962).

CLAVELL BORRÁS, Javier, y SERANTES PEÑA, Oscar: *Código Procesal Civil y Comercial y leyes complementarias* (ed. Depalma, Bs. Aires, 1959).

COLEGIO DE ABOGADOS DE CORRIENTES: *La recusación sin causa* ("JA", 1942-I-88).

COLOMBO, Carlos: *Código de Procedimiento Civil y Comercial anotado y comentado* (Bs. As., 1965).

— *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado* (Bs. As., 1969).

COUTURE, Eduardo J.: *Estudios de derecho procesal civil* (ed. Ediar, Bs. As., 1950).

— *Fundamentos de derecho procesal civil* (3ª ed., Depalma, Bs. Aires, 1958).

— *Vocabulario jurídico* (ed. Facultad de Derecho, Montevideo, 1960).

— *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* (ed. Depalma, Bs. Aires, 1945).

CHIOVENDA, Giuseppe: *Principios de derecho procesal civil* (ed. Reus, Madrid, 1922).

— *Instituciones de derecho procesal civil* (ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954).

D'ALESSIO, José Osvaldo: *Facultad judicial de determinar el tipo de procedimiento a seguir* ("LL", 130-199).

DE FEO, Miguel A.: ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo.

DE GREGORIO LAVIÉ, Julio A.: ver AYARRAGARAY, Carlos A.

DE LA COLINA, Salvador: *Derecho y legislación procesal* (2ª ed., Lajouane, Bs. As., 1915).

DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos: *Consideraciones sobre la lentitud de los procesos civiles y sus posibles soluciones* ("RDPI", 1971-I-55).

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Nociones generales de derecho procesal* (ed. Aguilar, Madrid, 1966).

DÍAZ, Clemente A.: *Instituciones de derecho procesal* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972).

— *Exégesis del artículo 23 de la ley 14.237* ("RDPHA", 1953-A-271).

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique: *Decálogo del magistrado* (s/d).

DIEZ-PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil* (ed. Tecnos, Madrid, 1966).

DUGUIT, León: *Manual de derecho constitucional* (Madrid, 1926).

DUVERGER, Maurice: *Instituciones políticas y derecho constitucional* (ed. Ariel, Barcelona, 1968).

EISNER, Isidoro: *El principio de inmediación* (ed. Depalma, Bs. Aires, 1963).

ESCOBIO, Félix R.: *¿Pueden los jueces apartarse de la ley?* ("RCABA", año IX, t. 8, nº 1-233).

ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (París, 1896).

ETKIN, Alberto M.: *Economía procesal* (*Enciclopedia jurídica Omeba*, IX-592).

FASSI, Santiago Carlos: *Código Procesal Civil y Comercial* (ed. Astrea, Bs. As., 1971).

FERNÁNDEZ, Raymundo: *Código Procesal Civil concordado y comentado* (ed. del autor, Bs. As., 1955).

FERNÁNDEZ DEL CASAL, Armando: *Medidas para mejor proveer* ("JA", 3-941).

FERRONE, Hugo: *Il processo civile moderno* (ed. Cavotta, 1912).

GALLINAL, Rafael: *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil* (ed. Barreiro y Ramos, Montevideo, 1915).

GARCÍA, Alicia: *Requisitos para la existencia, validez y eficacia probatoria de la prueba pericial* (s/d).

GARCÍA BELSUNCE, Horacio: *El prevaricato de los jueces* ("JA", 1949-1-doct.-35).

GARDELLA, Lorenzo: *La equidad en la función judicial* ("RDEP", 25-26).

GELSI BIDART, Adolfo: *La onerosidad en los juicios* ("RADP", 1969, nº 1).

GILES, Robert: *Federal jurisdiction. Political question. Justiciability of political rights* (29 "North Carolina Law Rev.", 72).

GOLDSCHMIDT, James: *Derecho procesal civil* (Barcelona, 1936).

GRIFFI, Omar: ver ROCCA, Ival.

GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil* (ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968).

HARO, Ricardo: *El control de oficio de constitucionalidad* ("ED", 64-641).

HAWNEY, R. H.: *La igualdad* (ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1945).

HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología de la ciencia del derecho* (Madrid, 1971).

HERRERA, Estanislao H.: *La recusación sin causa del juez de feria* ("JA", 46-jur.-716).

HORVATH, Pablo, y VANOSSI, Jorge R.: *El fallo "Baker vs. Carr" y la justiciabilidad de las cuestiones políticas* ("LL", 114-982).

IMAZ, Esteban: *Límites procesales de la cosa juzgada* ("LL", 75-876).

ITURRALDE, Norberto J.: ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo.

ITURRASPE, J. Bernardo: *Función social de la abogacía* (2ª ed., Castellví, Santa Fe, 1967).

— *A un juez* ("RDEP", 9-153).

JOFRÉ, Pío S.: *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la provincia de Bs. As., comentado y concordado* (ed. Depalma, Bs. As., 1961).

JOFRÉ, Tomás: *Manual de procedimiento (civil y penal)* (5ª ed. anotada y puesta al día por el Dr. I. Halperin, Bs. As., 1941).

JUÁREZ ECHEGARAY, Luis: *Proceso civil inquisitorio* ("BFDCSCba.", año XIV, nº 1/2, 1950-73).

JUSTO, Alberto M.: *La actitud del pueblo hacia la judicatura* (ed. Depalma, Bs. As., 1949).

— *La actitud del juez frente a la trasformación del derecho* ("LL", 9-doct.-41).

LASCANO, David: *El principio dispositivo en el proceso moderno* ("RDPHA", año IX, nº 3/4-1).

LAURÍA, Alfredo Hugo: ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo.

LINARES QUINTANA, Segundo: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional* (ed. Ejea, Bs. As., 1953).

— *Gobierno y administración de la República Argentina* (ed. Tea, Bs. As., 1959).

— *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado* (ed. Alfa, Bs. As., 1963).

LORETO, Luis: *El principio que "las partes están a derecho" en el proceso civil venezolano* ("RDPHA", 1949, 1ª parte, 59).

LUCO, Luis A.: *El amparo a favor de los jueces* ("RDEP", 14-33).

LYNCH, Horacio M.: *La reorganización de la Justicia* ("JA", bol. del 1/9/76).

MALAGARRIGA, Carlos C.: *Código de Comercio comentado* (Bs. As., 1934).

MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1966).

MEHESZ, Cornel Zoltan: *El factor tiempo en el litigio romano* ("LL", 113-951).

MENDONÇA, Juan Carlos: *Mandamientos al juez* (s/d).

MERBILHÁA, Ceferino: *El abogado y el juez* ("Jus", 8-285).

MERCADER, Amílcar: *El proyecto del CPC de Eduardo J. Couture* ("RDPHA", 1947, año V, 1ª parte, 124).

— *La función interpretadora del juez en la sentencia* ("JA", 1947-II-498).

MERELES, Antonio Daniel: *La ética y la magistratura* (Rosario, 1962).

MESSINEO: *Manual de derecho civil y comercial* (trad. de S. Sentís Melendo, ed. Ejea, Bs. As., 1954).

MICHELI, Gian Antonio: *Derecho procesal civil* (ed. Ejea, Bs. As., 1970).

MILLAR, Robert Wyness: *Los principios formativos del proceso civil* (ed. Ediar, Bs. As., 1945).

MOLINA CARRANZA, Emilio: *El Poder Judicial en el régimen democrático. Fundamento de su facultad para declarar la invalidez de las leyes* ("JA", 23-doct.-71).

MONTEFELTRO, José A.: *Privación de honorarios al profesional forense* ("Juris", 54-163).

MORELLO, Augusto M.: *Nota para el estudio de la conciliación en el CPCN* ("RADP", 1968-I-69).

MORELLO, Augusto M.; PASSI, Miguel Á.; SOSA, Gualberto L.; BERIZONCE, Roberto O.: *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Bs. As. y de la Nación* (ed. Astrea, Bs. As., 1971).

MORENO DUBOIS, Eduardo E.: *Aspectos jurisprudenciales de las medidas para mejor proveer* ("LL", 117-303).

— *¿Ha dado la casación provincial en Bs. As., otro sentido a las medidas para mejor proveer?* ("Jus", 9-95).

OLIVELLA DE ROSSI, Julia B.: ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo.

OTTOLENGHI, Mauricio: *Es recusable el juez que ha actuado como testigo en causa criminal* ("JA", 66-356).

PALACIO, Lino E.: *Manual de derecho procesal civil* (ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965).

PALLARES, Eduardo: *Derecho procesal civil* (ed. Porrúa, México, 1961).

— *Diccionario de derecho procesal civil* (México, 1960).

PARODY, Alberto H.: *Comentarios al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe* (ed. Lajouane, 1912).

PARRY, Adolfo E.: *Sanción disciplinaria por falta del respeto a la verdad y al juez* ("ED", 3-323).

— *Facultades disciplinarias del Poder Judicial* (ed. Jurídica Argentina, Bs. As., 1939).

PASSI LANZA, M. Á.: *La conciliación en el proceso moderno* ("Temis", nº 116, del 15/9/68).

— *Crónica del IVº Congreso Nacional de Derecho Procesal* ("LL", bol. del 8/6/67). Ver también MORELLO, Augusto M.

PERKINS, Saúl: *Medidas para mejor proveer* ("JTSF", 1-151).

PIEDRABUENA, Jorge Carmelo: *Conciliación judicial y acción de equi-*

dad ("Revista de la Facultad de Derecho de la UNL", Santa Fe, 1961).

PODETTI, J. Ramiro: *Concentración en el régimen de la prueba* (*Enciclopedia jurídica Omeba*, III-576).

– *La doctrina de Chiovenda sobre inmediación y concentración y el Anteproyecto de Código Procesal para Mendoza* ("RDPHA", 1953-I-57).

– *Tratado de la competencia* (ed. Ediar, Bs. As., 1954).

– *Tratado de los actos procesales* (ed. Ediar, Bs. As., 1955).

PONZ, Manuel: *Cosa juzgada* (*Enciclopedia jurídica Omeba*, IV-970).

PRÉMOLI, Luis A.: *Medidas para mejor proveer* ("JTSF", 22-230).

REDENTI, Enrico: *Derecho procesal civil* (ed. Ejea, Bs. As., 1957).

REIMUNDÍN, Ricardo: *Derecho procesal civil* (ed. Viracocha, Bs. As., 1956).

– *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentarios y concordancias* (ed. Zavalía, Bs. As., 1970).

REUS, Emilio: *Ley de Enjuiciamiento Civil (1881) concordada y anotada con gran extensión* (ed. Revista de Legislación, Madrid, 1882).

RICER, Abraham: *La congruencia en el proceso civil* ("RDEP", 5-15).

RINESSI, Juan Antonio: *Juramento* (*Enciclopedia jurídica Omeba*, XVII-496).

RIVAS, Adolfo Armando: *Recusación sin causa* ("RDEP", 7-11).

ROCCA, Ival, y GRIFFI, Omar: *"Astreintes"* (ed. Grial, Bs. As., 1970).

ROCCO, Ugo: *Tratado de derecho procesal civil* (ed. Depalma, Bs. Aires, 1970).

RODELL, Fred: *¡Ay de vosotros, abogados!* (ed. Depalma, Bs. As., 1966).

RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesáreo: *La sentencia* (ed. Bosch, Barcelona, 1974).

ROSAS LICHTSCHEIN, Miguel Ángel: ver CARLOS, Eduardo B.

ROSENBUSCH, Erwin: *Correcciones disciplinarias* ("JA", 73-669).

– *Medidas que en carácter de para mejor proveer pueden ordenar los jueces* ("JA", 73-781).

RUSSO, Oscar Norberto: *Facultad judicial de testar términos y devolver escritos* ("Zeus", bol. del 26/6/78).

SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Un problema de derecho parlamentario (la tramitación de la ley 20.889)* ("LL", bol. del 30/6/75).

– *Sobre el planteamiento de inconstitucionalidad de las normas por parte de los órganos del Estado* ("ED", 66, bol. 3928).

SATTA, Salvatore: *Soliloquios y coloquios de un jurista* (ed. Ejea, Bs. As., 1972).

– *Manual de derecho procesal civil* (ed. Ejea, Bs. As., 1972).

SENTÍS MELENDO, Santiago: *Medidas para mejor proveer* ("RDPHA", 1953, 2ª parte, 47).

– *El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones* ("RADP", 1970-I-53).

– *Medidas para mejor proveer (el problema de su apelabilidad según nuestra jurisprudencia)* ("RDPHA", 1944, 2ª parte, 126).

– *Las diligencias para mejor proveer en el Anteproyecto Reimundín* ("RDPHA", 1948, 1ª parte, 172).

– *Desarrollo del proceso. Deberes del juez y cargas de las partes* ("RDPI", 1964, IV-26).

– *Oralidad e inmediación en el proceso civil* (en *El proceso civil*, ed. Ejea, Bs. As., 1957).

– *El proceso civil* (ed. Ejea, Bs. As., 1957).

SERANTES PEÑA, Oscar: ver CLAVELL BORRÁS, Javier.

SOGGA, Constantino: *Decálogo del juez* (s/d).

SOSA, Gualberto Lucas: ver MORELLO, Augusto Mario.

SPOTA, Alberto G.: *El juez y el abogado* (ed. Depalma, Bs. As., 1963).

STAMMLER, Rudolf: *El juez* (trad. de Emilio Camus, ed. Cultural S.A., La Habana, 1941).

TAGLE ACHÁVAL, Carlos: *Función política y función judicial. La no judiciabilidad de las cuestiones políticas* ("LL", 148-1323).

TRENTIN, Silvio: *La crisis del derecho y del Estado* (ed. Alcan, París, 1935).

VANDERBILT, Arthur T.: *La Justicia emplazada a reformarse* (ed. Depalma, Bs. As., 1959).

VANOSSI, Jorge R.: ver HORVATH, Pablo.

VÉSCOVI, Enrique: *Curso de derecho procesal civil* (ed. Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1974).

– *Derecho procesal civil* (ed. Idea, Montevideo, 1974).

YUSEM, Jaime: ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo.

ÍNDICE

PALABRAS PREVIAS IX

ESQUEMA EXPLICATIVO DEL PLAN DE DESARROLLO DEL TEMA XI

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Los deberes y las facultades de los jueces 1

CAPÍTULO II

LOS DEBERES DE LOS JUECES

1. DEBERES EN GENERAL 11

1.1. Deberes funcionales 12
1.1.1. Deberes esenciales 12
1.1.1.1. Independencia 13
1.1.1.2. Imparcialidad 18
1.1.1.3. Lealtad 19
1.1.1.4. *Ciencia* 22
1.1.1.5. Diligencia 25
1.1.1.6. Decoro 27
1.1.2. Deberes legales 28
1.1.2.1. Juramento 29
1.1.2.2. Residencia 32
1.1.2.3. Asistencia al despacho 33
1.1.2.4. Suplencia 36

1.1.2.5. Ausencia de causal de incompatibilidad 37

1.2. Deberes procesales 43
1.2.1. De dirección 43
1.2.1.1. En cuanto al proceso en sí mismo . 44
1.2.1.1.1. Presidir todo acto en que debe intervenir la autoridad judicial . 44
1.2.1.1.2. Actuar con secretario 45
1.2.1.1.3. Efectuar el control de los trámites atinentes a la Secretaría ... 45
1.2.1.1.4. Revocar o corregir providencias simples dictadas por el secretario 46
1.2.1.1.5. Determinar el tipo de proceso a seguir 46
1.2.1.1.6. Vigilar para que durante la tramitación de la causa se procure la mayor celeridad y economía procesal 48
1.2.1.1.7. Concentrar las diligencias procesales 62
1.2.1.1.8. Disponer toda diligencia necesaria para evitar nulidades 66
1.2.1.1.9. Pronunciar de oficio nulidades de orden público 67
1.2.1.1.10. Declarar la caducidad de la instancia 67
1.2.1.1.11. Fijar plazos procesales 73
1.2.1.1.12. Controlar el pago de costas y gastos 74
1.2.1.2. En cuanto a los sujetos intervinientes 75
1.2.1.2.1. Mantener la igualdad de las partes 75
1.2.1.2.2. Excusarse mediando causal 81
1.2.1.2.3. Cuidar el orden y el decoro en los juicios 116
1.2.1.2.4. Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de probidad, lealtad y buena fe 118
1.2.1.2.5. Procurar en ciertos casos el avenimiento de las partes, con facultad de convocarlas 129

1.2.1.3. En cuanto al objeto del pleito ... 130
1.2.1.3.1. En cuanto a la pretensión 130
1.2.1.3.1.1. Velar por su competencia ... 130
1.2.1.3.1.2. Señalar los defectos de las peticiones de las partes antes de darles trámite 135
1.2.1.3.1.3. Integrar el litigio 136
1.2.1.3.1.4. Acumular procesos 138
1.2.1.3.1.5. Comprobar la ausencia de litispendencia por identidad y de cosa juzgada 144
1.2.1.3.2. En cuanto a la prueba 149
1.2.1.3.2.1. Determinar los hechos a probar 149
1.2.1.3.2.2. Mantener el principio de concentración 152
1.2.1.3.2.3. Desechar la prueba notoriamente improcedente y la impertinente o inconducente ... 154
1.2.1.3.2.4. Abstenerse de cuestionar la validez intrínseca de la prueba testimonial 157
1.2.1.3.2.5. Recibir por sí las diligencias de prueba 160
1.2.1.3.2.6. Eliminar o modificar posiciones en el pliego respectivo .. 169
1.2.1.3.2.7. Efectuar ciertas preguntas y eliminar o modificar otras en el pliego de testigos 170
1.2.1.3.2.8. Carear testigos y partes 171
1.2.1.3.2.9. Ordenar inspecciones 171
1.2.1.3.2.10. Determinar los puntos sobre los cuales versará la pericia ... 171
1.2.1.3.2.11. Establecer el modo de diligenciar pruebas no previstas 172
1.2.1.3.3. En cuanto al derecho que sustenta la pretensión 173
1.2.1.3.3.1. Calificar la relación jurídica litigiosa 173
1.2.2. De resolución 175
1.2.2.1. Decidir las causas por el orden de ingreso 183

1.2.2.2. Resolver dentro de los plazos legales 183
1.2.2.3. Declarar la no judiciabilidad del caso 188
1.2.2.4. Sentenciar según la ley, integrándola en caso de silencio u oscuridad, salvo que ella sea inconstitucional 191
1.2.2.5. Calificar la relación jurídica litigiosa 202
1.2.2.6. Emitir pronunciamiento sólo sobre lo que fue objeto de petición 202
1.2.2.7. Fundar los pronunciamientos 205
1.2.2.8. Imponer costas 209
1.2.2.9. Regular honorarios 223
1.2.2.10. Declarar la temeridad o malicia de las partes o profesionales 224
1.2.2.11. Aclarar las resoluciones 224
1.2.2.12. Usar firma entera 227
1.2.2.13. Examinar la admisibilidad de la apertura de la alzada 228
1.2.2.14. Integrar el tribunal en caso de falta de mayoría 231
1.2.3. De ejecución 236

CAPÍTULO III

LAS FACULTADES DE LOS JUECES

2. FACULTADES 237

2.1. Facultades ordenatorias 237
2.1.1. En cuanto al proceso en sí mismo 237
2.1.1.1. Determinar el plazo para presentar el instrumento de mandato 237
2.1.1.2. Tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso 239
2.1.1.3. Habilitar días y horas inhábiles .. 241
2.1.1.4. Suspender o interrumpir trámites . 242
2.1.1.5. Comisionar despachos 245
2.1.1.6. Designar días para efectuar notificaciones automáticas 248

2.1.1.7. Ordenar notificaciones por cédula . 251
2.1.1.8. Nombrar y admitir menor número de peritos 251
2.1.1.9. Determinar la privacidad de una audiencia 252
2.1.1.10. Determinar el lugar en que se efectuará la subasta 253
2.1.2. En cuanto a los sujetos intervinientes 255
2.1.2.1. Exigir la comprobación documental de la identidad personal de los comparecientes al proceso 255
2.1.2.2. Disponer la comparecencia personal de las partes para intentar conciliación o requerir explicaciones 257
2.1.2.3. Disponer la comparecencia personal de testigos, peritos y terceros 269
2.1.2.4. Unificar personerías 270
2.1.2.5. Ordenar se mencione el nombre del ejecutado en los edictos notificatorios de subasta 273
2.1.3. En cuanto al objeto del pleito 274
2.1.3.1. Ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos 274
2.1.3.2. Decretar la vista o agregación de cualquier documento en poder de partes o terceros 286

2.2. Facultades conminatorias 286

2.3. Facultades sancionatorias 289
2.3.1. Sujetos activos 290
2.3.2. Sujetos pasivos 290
2.3.3. Naturaleza jurídica de la sanción 291
2.3.4. Régimen de sanciones 292
2.3.4.1. Sanciones a partes y defensores ... 293
2.3.4.1.1. Testación de frases o términos indecorosos 293
2.3.4.1.2. Devolución de escritos 297
2.3.4.1.3. Llamado a la cuestión, en las audiencias 297
2.3.4.1.4. Expulsión de las audiencias 298

2.3.4.1.5. Prevención 298
2.3.4.1.6. Apercibimiento 299
2.3.4.1.7. Privación de honorarios e imposición de costas al letrado 300
2.3.4.1.8. Imposición de multas 302
2.3.4.1.9. Arresto 303
2.3.4.1.10. Suspensión 304
2.3.4.1.11. Cancelación de la matrícula ... 305
2.3.4.2. A magistrados 306
2.3.5. Régimen recursivo 308

2.4. Facultades decisorias 309
2.4.1. Revocar sus resoluciones 310
2.4.2. Apartarse del dictamen pericial 312
2.4.3. Establecer el monto de los daños y perjuicios 312
2.4.4. Publicar sus sentencias 314

ÍNDICE DE REFERENCIAS USADAS EN LA OBRA 317

ÍNDICE DE LA BIBLIOGRAFÍA CITADA EN LA OBRA 319

Se terminó de imprimir en julio de 1982,
en Talleres Gráficos LINORAP S.R.L.,
Sócrates 764, Ciudadela Norte.

Tirada: 2.000 ejemplares.