

**Las Pruebas por Declaración de
Parte y la necesidad de superar los
*fósiles jurídicos***

Dr. Gastón A. Rinaldoni Villarreal

Abogado – Mat. 8810

Mendoza, octubre de 2014

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad desentrañar las razones del creciente abandono de las “Pruebas por Declaraciones de Parte” en los procesos civiles argentinos; reflejado, a su vez, en un claro escepticismo doctrinario y jurisdiccional en torno a su utilidad como medio para el acercamiento de la verdad real a los estrados judiciales. Para ello, nos proponemos dilucidar el conjunto de figuras jurídicas comprendidas en la temática, diferenciando los medios probatorios de sus eventuales resultados, tarea que se ha mostrado compleja tanto para el Derecho Positivo, como para los autores encargados del estudio del mismo. A partir de esto, expondremos las principales características descriptoras de la esencia de cada uno de los medios, para revalorizar y proponer acentuar en nuestra legislación aquellos aspectos que mejor contribuyan a la mayor eficiencia de los procedimientos civiles.

Comenzamos esta investigación planteando como hipótesis que, tal como se encuentran reguladas actualmente por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y por los regímenes provinciales que siguen el mencionado cuerpo normativo, las declaraciones de parte y, en especial, la prueba de absolución de posiciones, poseen escaso provecho práctico en la República Argentina. Con esta idea, estudiamos el ordenamiento procedimental federal comparativamente con el Derecho Local de las provincias; y agregamos un análisis de las instituciones en los avanzados regímenes estadounidense, uruguayo y español, sobre la materia que nos concierne.

En efecto, luego de escrutar las principales posturas teóricas y los diferentes modelos normativos reguladores de la práctica jurisdiccional, los resultados demuestran que la tendencia moderna se inclina a la eliminación de la absolución de posiciones, estableciendo el libre interrogatorio con la mayor amplitud posible. Ello a fin de receptar la técnica del *cross examination*; apoyándose en los principios de lealtad procesal, el deber de decir verdad, además de contribuir a la inmediatez, concentración y oralidad. En esta línea de pensamiento, se afirma que la declaración formal mediante la absolución de

posiciones no sólo no agota las mejores posibilidades del testimonio de las partes, sino que importa el ejercicio de las malas artes y el ocultamiento de la verdad.

En conclusión, se confirma nuestra hipótesis y, consecuentemente, se compele a una pronta adaptación de nuestra legislación federal a las tendencias procesales modernas. Esto significa, cuanto menos, incorporar el interrogatorio libre e informal, aun cuando el apego a las tradiciones nos lleve a conservar la absolución de posiciones residualmente, tal como sucede en el código nacional de la República Oriental del Uruguay y, entre nosotros, en la legislación de la Provincia de Tierra del Fuego.

Palabras clave:

- Prueba.
- Declaraciones.
- Absolución.
- Posiciones.
- Interrogatorio.
- Confesión.

Tesaurus:

- Derecho Procesal Civil.
- Código Procesal Civil y Comercial.
- Derecho Federal Argentino.
- Derecho Comparado Provincial.
- Derecho Procesal Español.
- Derecho Procesal Uruguayo.
- Procedimiento Civil Estadounidense.
- Declaraciones de Parte.
- Medios Probatorios.
- Absolución de Posiciones.
- Interrogatorio libre.
- Cross Examination.
- Confesión.
- Sustanciación Probatoria.
- Formalidades.

ÌNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
PRIMERA PARTE: Las Declaraciones de Parte y la Doctrina	11
CAPÍTULO I. Lineamientos teóricos y sistémicos: Pruebas por Declaración de Parte	12
1.1. Aspectos generales e introductorios: la prueba.....	12
1.2. Pruebas por Declaración	17
1.3. Desarrollo histórico: un volver a los orígenes	22
1.4. Fuentes, medios y conclusiones de la prueba: aclarando el panorama ...	27
1.5. Los interrogatorios.....	31
1.5.1. Absolución de posiciones.....	33
1.5.2. Interrogatorio libre e informal con fines probatorios	42
CAPÍTULO II. La <i>contra se pronuntatio</i> en el mundo jurídico moderno ..	49
2.1. Concepto.....	49
2.2. Requisitos	51
2.2.1. Requisitos para la existencia de la confesión	51
2.2.2. Requisitos para la validez de la confesión	63
2.2.3. Requisitos para la eficacia de la confesión	68
2.3. Naturaleza jurídica	72
2.4. Confesión, admisión y reconocimiento: diferencias	78

SEGUNDA PARTE: Las Declaraciones de Parte y el Derecho Positivo ... 82

CAPÍTULO III. El CPCCN y los ordenamientos provinciales: estudio analítico en el Derecho Procesal Civil argentino 83

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación	84
Art. 404 – Oportunidad.....	84
Art. 405 – Quiénes pueden ser citados.....	88
Art. 406 – Elección del absolvente.....	92
Art. 407 – Declaración por oficio.....	93
Art. 408 – Posiciones sobre incidentes	96
Art. 409 – Forma de la citación	96
Art. 410 – Reserva del pliego e incomparecencia del ponente	100
Art. 411 – Forma de las posiciones.....	102
Art. 412 – Forma de las contestaciones.....	106
Art. 413 – Contenido de las contestaciones.....	108
Art. 414 – Posición impertinente	110
Art. 415 – Interrogatorio de las partes.....	112
Art. 416 – Forma del acta	118
Art. 417 – Confesión ficta.....	121
Art. 418 – Enfermedad del declarante	126
Art. 419 – Justificación de la enfermedad	126
Art. 420 – Litigante domiciliado fuera de la sede del juzgado.....	130
Art. 421 – Ausencia del país	132
Art. 422 – Posiciones en primera y segunda instancia	133
Art. 423 – Efectos de la confesión expresa.....	135
Art. 424 – Alcance de la confesión.....	139

Art. 425 – Confesión extrajudicial	143
--	-----

CAPÍTULO IV. Las *elites* jurídicas: ordenamientos internacionales inspiradores147

4.1. El modelo primigenio: <i>Civil Procedure</i> de los Estados Unidos.....	147
--	-----

4.2. El avanzado sudamericano: Código General del Proceso Uruguayo	149
--	-----

4.3. Lo nuevo del viejo continente: Ley de Enjuiciamiento Civil Española.....	158
---	-----

CONCLUSIÓN.....168

Fuentes	171
----------------------	------------

Bibliografía principal	174
-------------------------------------	------------

Bibliografía secundaria	174
--------------------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

Nuestro trabajo investigativo selecciona como tema las denominadas “Pruebas por Declaraciones de Parte”, en el Derecho Procesal Civil y Comercial de la República Argentina, tanto en el ordenamiento jurídico federal, como en los regímenes provinciales, actualmente vigentes. Sumamos a ello un estudio referencial de las leyes procesales nacionales de Uruguay, España y Estados Unidos, ordenamientos normativos inspiradores para el mundo jurídico moderno.

Esta labor de indagación científica se origina a partir de un interrogante que no deja de preocuparnos, en miras a lograr la mayor eficiencia posible en nuestro sistema jurisdiccional: ¿Cuál es la utilidad práctica de este medio probatorio tal como se encuentra legislado en nuestro país?

Al evaluar la teleología de nuestra investigación, debemos decir que la misma se orienta al análisis de los diversos medios probatorios, distinguiendo las figuras jurídicas comprendidas en el género de lo que comúnmente se denomina “prueba confesional”. De la comparación entre la normativa nacional y la local, intentaremos deducir y extraer los elementos legales que permitan renovar, optimizar y revalorizar la institución que nos concierne. Sellaremos esta intención al indagar los aportes superadores obtenibles desde el Derecho Comparado mencionado *ut supra*.

Queda claro que el presente trabajo pretende la realización de un estudio tanto teórico como pragmático. Esto se debe a que, por un lado, buscará ampliar los conocimientos existentes en el mundo jurídico procesal en torno a las pruebas por declaración de parte; y por otro, es menester resaltar, que nuestro interés surge a partir de un conflicto eminentemente práctico, intentando frente a ello, realizar aportes que coadyuven a la resolución del mismo.

No de forma casual aludimos a superación, sino que iniciamos este proceso a partir de una hipótesis que podríamos considerar “escéptica”: del

modo como se encuentran reguladas actualmente por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y por los regímenes provinciales que lo toman de modelo, este tipo de pruebas poseen escasa utilidad práctica en gran parte de nuestro país. Empero, dicha situación crítica de clásicos medios probatorios, como la absolucón de posiciones y la confesión, puede ser superada a partir de las líneas doctrinarias y jurisprudenciales internacionales en las que se orientan algunas de nuestras provincias.

Resulta de suma importancia referirnos aquí al nuevo Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero, de la provincia de Tierra del Fuego, en la medida en que gran parte de los postulados que intentamos desarrollar tienen recepción en el mencionado cuerpo normativo. Sin embargo, la naturaleza local de dicha legislación, su carácter reciente y la escasa trascendencia sobre el código nacional, han generado un acotado estudio del mismo. A raíz de estas circunstancias, también nos valemos como antecedentes de las legislaciones extranjeras antes invocadas, las cuales contienen normas similares, y en cuyo caso la doctrina ha realizado un amplio estudio y desarrollo.

Por ello, encuadramos esta obra en la línea doctrinaria de juristas que inspiraron dichos progresos legales, como Hernando Devis Echandía, cuyo *Tratado General de la Prueba Judicial* constituye el texto jurídico fundamental que ilumina estas líneas, y del cual tomamos la sistematización básica de este plexo de pruebas. El autor consigue superar una arraigada tradición procesal de varios siglos circunscripta, únicamente, a la intención de obtener la confesión del litigante; entendiendo que sólo ella constituye material probatorio con virtualidad para generar el convencimiento del magistrado acerca de las cuestiones debatidas. Consecuentemente, el citado jurista colombiano se desprende de los prejuicios sobre el interrogatorio informal y, principalmente, de la “necesidad” de valoraciones tasadas de la prueba, abriendo el camino hacia un rol protagónico del juez en la consideración de los resultados de la actividad probatoria. Estas ideas de avanzada repercuten con fuerza en importantes obras jurídicas argentinas como el *Tratado de la prueba* de Enrique

M. Falcón, *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios* de Jorge L. Kielmanovich, y *La prueba en el Proceso Civil. Teoría y Práctica* de Roland Arazi, autores de quienes obtenemos la conjunción de dichas enseñanzas con lo más actualizado del Derecho Procesal Civil moderno.

Con todas estas pretensiones investigativas, el enfoque metodológico será primordialmente de tipo descriptivo. No obstante, deberemos comenzar con una investigación exploratoria, en cuanto concierne a los ordenamientos procesales provinciales y, sobre todo, respecto de las leyes sobre la materia provenientes del Derecho Comparado selecto.

De conformidad a lo expuesto, es dable considerar esta tesina, principalmente, de tipo descriptivo, sin abandonar una faz comparativa a la luz de la cual destacar los progresos legislativos consagrados en los cuerpos legales que se analizarán. En consecuencia, nos valdremos de los métodos hipotético-deductivo y comparativo. Centramos, además, nuestra labor en un enfoque cualitativo del cual tomaremos, en esta oportunidad, la técnica de análisis documental como rectora de este procedimiento de investigación.

Por último, debemos señalar que el lector encontrará este trabajo organizado en dos partes. La primera, dedicada a un estudio esencialmente teórico de los medio probatorios por declaraciones de los litigantes, en base a las doctrinas que guían los caminos del Derecho Procesal Civil más actualizado. Al mismo tiempo, ésta se estructura en dos capítulos, el primero destinado a un estudio introductorio dirigido a sistematizar nuestras ideas; y el segundo capítulo, centrado en la figura de la confesión judicial, como resultado específico de la actividad probatoria. En la segunda parte, la investigación recae en la regulación de la materia por el Derecho Positivo seleccionado. También aquí subdividimos en dos capítulos, el tercero de esta tesina, que aborda la normativa nacional y provincial de nuestro país; y, finalmente, el cuarto capítulo que indaga en el Derecho Comparado ya mencionado.

PRIMERA PARTE

Las Declaraciones de Parte y la Doctrina

CAPÍTULO I:

Lineamientos teóricos y sistémicos: Pruebas por Declaración de Parte

1.1. Aspectos generales e introductorios: la prueba

Desde una perspectiva etimológica, el término *prueba* tiene su raíz en el vocablo latín “*probus*” o “*probe*”, que significan correcto, honesto, bueno, auténtico. Por su parte, algunos autores encuentran tal origen en el vocablo “*probandum*”, cuyo significado es recomendar, aprobar, experimentar, patentizar o hacer fe, de conformidad a lo que expresarían en su plexo normativo diversas leyes del Derecho Romano¹. No obstante ambas posibilidades, dichos términos denotan una interacción sujeto-objeto, que le otorgan a la prueba un cierto carácter de “medio”, lo cual en un sentido teleológico aparece dirigido a la obtención de un “resultado” concreto: generar confianza y convencimiento. Cabe señalar en este plano, que la Real Academia Española define a la prueba como “acción y efecto de probar”, verbalización que alude e incluye tanto al medio como al resultado².

En cuanto respecta a la óptica del saber lógico, probar consiste en la demostración de la verdad de una proposición, cualquiera fuera la naturaleza de ésta, es decir, hacer patente su exactitud o inexactitud. Dicha generalidad conceptual, nos permite afirmar que la noción de prueba no es exclusiva de la ciencia jurídica; por el contrario, trasciende a los demás ámbitos de conocimiento: científicos, técnicos, artísticos y, en general, a todas las manifestaciones de la vida humana, aun las propias de la cotidianidad³. No se

¹ Jorge L. Kielmanovich, *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios* (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004), 21.

² Oscar Vázquez, *Proceso Jurisdiccional* (Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico, 2006), 201.

³ “*En la vida cotidiana, el padre de familia, el maestro, el enamorado, el amigo, el ama de casa, y hasta los niños, pretenden a diario probar sus actos o los de otros, o bien actúan sobre la base de que ya han probado los resultados de sus pequeños experimentos sobre los cuales adquieren confianza indispensable para su vida física y síquica. Podemos decir que nadie escapa a la necesidad de probar, de convencerse de la realidad o de la verdad de algo*”. Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I (Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1988), 9.

trata de una institución privativa del Derecho, y aún menos del Derecho Procesal Civil.

El historiador, el periodista, el matemático, el abogado y el juez, entre tantos posibles operadores del saber humano, requieren entonces de la prueba para comprobar la verdad de las proposiciones que manejan. Tales proposiciones pueden ser expuestas a partir de hechos que se tienen por inciertos y por ello se busca, a través de la actividad probatoria, dotarlos de certeza; o bien, es dable que se presenten fundadas en hechos que se invocan como ciertos y es, justamente, esa certidumbre la que se desea demostrar frente a terceros por medio del proceder probatorio. Esta doble posibilidad, lleva a Couture a afirmar que *“en ciencia, probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto”*⁴. No es otra cosa que la tarea que desarrollan demandado y actor, respectivamente.

Pero es en particular en las ciencias que trabajan sobre actividades de tipo reconstructivas, donde la prueba adquiere una importancia fundamental. Todo hecho al acontecer, se dibuja o plasma en aquella realidad en la que tiene lugar, dejando huellas, señales, rastros, marcas, que se imprimen sobre las personas o las cosas. De esta manera, quien prueba un hecho se ocupa de una tarea que consiste en trasladar un suceso producido en unas “coordenadas tempo-espaciales” anteriores a las propias del acto probatorio, intentando repetir históricamente esa facticidad, actualizando o haciendo parte del presente lo que es en realidad pasado, a través de esos objetos estampados por el hecho al ocurrir.

Así, la función del historiador y la del operador jurídico no varían demasiado: ambos se dirigen a averiguar cómo sucedieron los hechos en el pasado a partir de las señales que pudieron dejar al producirse y, en mayor o menor medida, lo hacen con la finalidad de convencer a otros (lectores, informantes, jueces, funcionarios, etc.) sobre la verdad de esos hechos, pero

⁴ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Depalma, 1958), 215.

también para lograr convicción personal respecto de los mismos (v. gr. conseguir seguridad subjetiva sobre los propios derechos, es decir, convencerse a sí mismos sobre la legalidad de ciertos hechos o actos jurídicos)⁵. La prueba aparece en estos casos, como una “*mediación indirecta desde una realidad (verdad) material presente, hacia una verdad (realidad) material pasada*”⁶.

Sin embargo, el operador jurídico⁷ reconstruye ese pasado (averiguación) para saber quién tiene la razón en el presente (comprobación) y a partir de ello regular con mayor acierto qué conducta corresponde llevar a cabo tanto en la actualidad, como en el futuro (esto último de modo especial en la función jurisdiccional). En las consecuencias de ese proceder surgen diferencias notorias: las del juez o legislador son imperativas, vinculantes, mientras que las consecuencias de la actividad reconstructiva del historiador (y de ciencias afines) son informativas y de libre aceptación.

Además de ello, no podemos desconocer que la actividad probatoria adquiere una relevancia superlativa en la Ciencia del Derecho y, en particular, para el Derecho Procesal Civil, en la medida en que se ven involucradas situaciones jurídicas propias del ser humano, que afectan directamente su misma vida. Esta afirmación halla fundamento en la verdad tantas veces señalada por la doctrina, que se ha ocupado de dejar en claro la imposibilidad de alegar la existencia y el reconocimiento real de un derecho subjetivo, si al mismo tiempo no se concede oportunidad a su titular para realizar las probanzas tendientes a demostrar, por un lado, los presupuestos fácticos contemplados por la norma que le acuerda su prerrogativa (hipótesis legal) y, por otro, la falsedad de aquellos que se invocan en su contra, cuando un tercero desconoce la titularidad de aquél. Podemos sintetizar esta realidad en el adagio que señala: “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”.

⁵ Devis Echandía, op. cit., 10.

⁶ Vázquez, op. cit., 204.

⁷ Denominación que abarca distintos sujetos del ámbito jurídico: jueces, abogados, funcionarios del Poder Judicial, juristas, legisladores.

En las palabras de Carnelutti:

“Toda norma jurídica representa un mandato hipotético: supone determinada situación (precisamente determinado conflicto de intereses) y manda respecto de ella. Para individualizarla, hace falta comprobar una situación idéntica a la situación supuesta y mandar de idéntico modo respecto de ella; el mandato hipotético se convierte así en mandato real”⁸.

En otras palabras, podemos señalar que la norma de derecho condiciona la producción de sus efectos jurídicos a la verificación, en la realidad, de esa misma causa fáctica por ella contemplada; es decir, que dado tal funcionamiento de los preceptos jurídicos, el sujeto debe asumir la carga de afirmar la existencia de ese presupuesto de hecho tipificado por la norma que invoca como fundamento de su pretensión (u oposición). Pero, además, si estos hechos invocados son negados por la otra parte, su actividad no podrá ser meramente alegatoria, pues requerirá formar convicción en el magistrado, y ello lo logra a través de la actividad probatoria. Se instituye de esta manera, un procedimiento por medio del cual los sujetos del proceso civil tienden a la comprobación de los hechos que conforman el presupuesto fáctico de las normas invocadas, para lo cual habrán de reconstruir un pasado *cognoscible*, en base a hechos que se afirman *conocidos*⁹.

Dicho todo ello, podemos sostener nuestra coincidencia con quienes definen a la prueba como la *“actividad de los sujetos del proceso encaminada a llevar al tribunal los elementos objetivos tendientes a formar su convicción sobre la existencia de los hechos alegados por ambas partes”*¹⁰. En igual sentido, Palacio afirma que *“la prueba es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiente a crear convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes*

⁸ Francesco Carnelutti, *La Prueba Civil*. (Buenos Aires: Depalma, 1982), 4.

⁹ Kielmanovich, op. cit., 25.

¹⁰ J. Ramiro Podetti, *Teoría y Técnica del Proceso Civil* (Buenos Aires: Ediar, 1963), 229.

como fundamento de sus pretensiones o defensas”¹¹. Resalta en ambas acepciones la consideración de la prueba como una actividad, es decir, un proceder, sustanciar o realizar de los sujetos procesales, cuyo objeto son los hechos, y en el cual el elemento teleológico o finalista define a la institución: se prueba para formar en el juez un espíritu de convencimiento sobre las circunstancias fácticas invocadas por las partes.

No obstante, disentimos en cierto aspecto con las definiciones citadas, en tanto creemos que la actividad probatoria puede presentarse más amplia y fructífera, en la medida en que tiene la virtualidad de proporcionarle al magistrado certeza, no sólo respecto de los hechos expresamente alegados por las partes, sino de todos aquellos que se vinculan con el litigio, con los contemplados como hipótesis legal de la norma. Aquí radica la riqueza de una buena producción probatoria.

Al analizar los elementos objetivos que atípicamente pueden presentarse en la tramitación del proceso, nos encontramos con supuestos en los que opera una modificación de la plataforma de la litis por hechos sobrevinientes (*ius superveniens*), ya sea porque acaecen con posterioridad a los actos de pretensión u oposición (hechos nuevos), o acaecidos con anterioridad se conocen recién con posterioridad a éstos (hechos no conocidos). La jurisprudencia, en primer término, y luego la legislación, admitieron que la sentencia al fundar su decisión admita, sin petición de parte, hechos que no fueron invocados oportunamente por ellas en la traba de la litis, pero que se produjeron y resultaron de la sustanciación del proceso¹², producto v.gr. de tramitación la prueba. Además, una vez introducidos por el tribunal, el art. 163 inciso 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹³ (en adelante

¹¹ Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004), 392.

¹² Vázquez, op. cit., 601.

¹³ SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA. Art. 163. - La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener:

1) La mención del lugar y fecha. 2) El nombre y apellido de las partes. 3) La relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio. 4) La consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior. 5) Los fundamentos y la aplicación de la Ley. Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y

CPCCN), habilita la prueba de ese hecho sobreviniente no afirmado, producido durante la sustanciación del juicio, en tanto el mismo pueda constituir, modificar o extinguir el derecho debatido en la litis.

Por todo ello, pensamos que la prueba, en materia jurisdiccional, consiste en la actividad o el procedimiento para la fijación de los hechos que constituyen la litis y cuya comprobación buscan los sujetos procesales, con el fin de lograr la convicción que el tribunal requiere para resolver de conformidad a sus pretensiones.

1.2. Pruebas por Declaración

En el marco del proceso jurisdiccional, es dable encontrar una gran cantidad y variedad de declaraciones, cuya naturaleza jurídico-procesal, formas, requisitos, sujetos actuantes, resultan igualmente variados, por lo que individualizarlas implicaría un trabajo por demás casuístico. No obstante, podemos decir genéricamente, que declaraciones son todas aquellas *“manifestaciones con carácter representativo, a través del emitente mismo que las produce”*¹⁴. En tanto manifestación, hablamos de un acto voluntario, y tal elemento volitivo implica que aquél es ejecutado necesariamente con discernimiento, intención y libertad. Además, la declaración tiene un carácter *representativo*, es decir, que a través de ella el emitente que las efectúa se orienta hacia la representación en la realidad actual de sucesos ocurridos en una realidad pasada.

probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones. **6) 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 reconvencción, en su caso, en todo o en parte. La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos.** 7) El plazo que se otorgase para su cumplimiento, si fuere susceptible de ejecución. 8) El pronunciamiento sobre costas y la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia en los términos del artículo 34, inciso 6. 9) La firma del juez.

¹⁴ Ibid., 243.

Estas manifestaciones provienen tanto de las partes, como de terceros e, incluso, del mismo tribunal. La declaración de una parte en el expediente, en principio, no requiere de forma o momento determinado; a tal punto, que todas sus manifestaciones constituyen declaraciones, v.gr. desde los escritos liminares constituyentes de la litis a los cuales quedan, en principio, “atadas” sus posturas jurídicas, hasta la confesión o los alegatos. Como mencionábamos, los terceros participan asimismo aportando declaraciones, es el caso de los testigos, por ejemplo. Por otro lado, las resoluciones que dicta el juez son actos que presentan naturaleza declaratoria, en tanto a través de ellas se expresa la voluntad del órgano jurisdiccional.

Dentro de esa amplia gama, hallamos declaraciones con fines constitutivos, informativos, aclaratorios, etc. Sin embargo, interesa al presente trabajo investigativo aquellas de naturaleza probatoria, a través las cuales se incorpora al proceso una *percepción representativa*¹⁵, cuya finalidad es lograr el convencimiento del magistrado respecto de las cuestiones que frente a él se ventilan. Las pruebas por declaración, comprenden un sistema en el cual las fuentes se registran en la mente de los individuos. En estos supuestos, el sujeto declara una serie de sucesos fácticos que ha percibido por medio de sus sentidos, manifestación a través de la cual los mismos serán representados o reconstruidos para el litigio. Así, el proceso científico de la inducción nos permite remontarnos desde hechos conocidos que son declarados, hasta otros desconocidos que constituyen justamente el objeto probatorio. Como señala Alsina, “*la especie de inducción que la lógica de la prueba admite en primer término es la que se funda en la ley moral más importante: la fe en el testimonio del hombre*”¹⁶.

Este conocimiento fáctico es volcado al proceso desde distintos ángulos. Uno de ellos será el de los intereses propios, correspondiendo entonces a las declaraciones probatorias realizadas específicamente por las partes; el otro ángulo será el de las declaraciones de terceros, cuyos intereses no se

¹⁵ Ibid., 243.

¹⁶ Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo III (Buenos Aires: Ediar; 1958), 229.

involucran en el conflicto jurídico - procesal. El tribunal, si bien es uno de los sujetos de la actividad probatoria (ordenación y admisión, recepción, práctica, y valoración de la prueba), pudiendo incluso ordenar la sustanciación de pruebas a través de medidas para mejor proveer (sujeto proponente), no está habilitado para actuar en el rol de órgano de la prueba misma¹⁷.

“El juez no puede ser órgano de la prueba, dada su condición de receptor del conocimiento del objeto, en forma directa o transmitida; debe tratarse de personas extrañas a él, pues cuando actúa directamente sobre el objeto, lo asume como receptor y no como órgano transmitente”¹⁸.

De conformidad a los distintos regímenes probatorios, podrán ser **escritas** u **orales**. En cuanto a estas últimas, se trata de los medios de prueba verbales que algunos autores agrupan genéricamente bajo el término de “testimonios humanos”, pertenecientes a las clases de pruebas *personales* e *históricas*¹⁹. Si analizamos los textos legales, observaremos que, en su gran mayoría, califican como confesión a la declaración de parte, mientras que reservan el término testimonio para el caso del tercero. No obstante, tal como se verá oportunamente, la parte que declara da un testimonio, que no en todas las ocasiones es de tipo confesorio: *“siempre que el hecho a probar llega al*

¹⁷ Incluso el magistrado habilitado a interrogar a las partes, no puede colocarse en el lugar del ponente elaborando posiciones. Esto significaría la afirmación de hechos por parte del órgano jurisdiccional, lo que únicamente es posible realizar en tanto se conozcan los mismos, y ello sólo cabe para las partes. Una posición asertiva del juez implicaría prejuzgamiento y una violación al deber de imparcialidad que recae sobre el magistrado.

¹⁸ Jorge Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III (Buenos Aires: Ediar; 1963), 237.

¹⁹ En cuanto respecta a la clasificación de la prueba, según la *estructura o naturaleza* del medio y desde un punto de vista estático, Devis Echandía señala que aquellas pueden ser personales y reales o materiales. En el primer caso, se trata de personas como el testimonio propiamente dicho, la confesión, un dictamen de peritos; y en el segundo, estamos ante cosas: documentos, huellas, rastros, etc. Por otro lado, de acuerdo a la *función*, la prueba se clasifica en histórica o representativa y crítica. Esta última es aquella que no despierta en la mente del juez ninguna imagen distinta a la cosa examinada (representativa), pero le suministra un elemento de comparación para obtener el resultado probatorio mediante un juicio y así lograr la formación de la imagen del hecho, tal es el caso de los indicios, presunciones, etc. Devis Echandía, op. cit., 526-527.

*conocimiento del juez mediante la narración oral de una persona, existe un testimonio*²⁰.

Por otro lado, mientras que las declaraciones prestadas ante el órgano jurisdiccional se denominan **judiciales**, a las efectuadas fuera de tal ámbito, por oposición, las llamamos **extrajudiciales** (v. gr. Art. 425 CPCN: Confesión Extrajudicial); también se las conoce como procesales y extraprocesales, respectivamente. Las extrajudiciales, por ser exógenas al expediente, se deberán incorporar a través de documentos o cualquier constancia que a él se agregue, es decir, su ingreso es indirecto y revisten el valor de una prueba incompleta. En cuanto a esta clase de declaración, Devis Echandía afirma que se produce una verdadera mutación en la naturaleza jurídica de la misma, al señalar que, sea escrita u oral, si ella es efectuada fuera de proceso adquiere la entidad propia de un documento, aun cuando se origina en una persona y su finalidad es histórica o representativa. Por el contrario, si la declaración, aun escrita, es hecha en el expediente, conserva la naturaleza o entidad propia de una declaración²¹.

Es menester señalar, que las partes *podrán* declarar en el juicio de forma **espontánea**, es decir, concurriendo por propia decisión e iniciativa, sin requerimiento externo. Pero además, *deberán* hacerlo cuando la declaración sea **provocada**, por la petición de quien ostenta un interés jurídico distinto en el litigio o del propio tribunal; en consecuencia, aquí es judicial en todos los casos, en tanto la espontánea puede ser también extrajudicial. Respecto a los terceros, sus declaraciones son siempre provocadas, pues éstos son ajenos al conflicto que se intenta componer. Por ello, su intervención sólo se produce cuando las partes o el tribunal así lo requieren, y no cuando el tercero tenga tal intención o voluntad “participativa”.

Además de los diferentes tipos ya indicados, en cuanto concierne a la clasificación de las pruebas por declaraciones de terceros, seguimos la original línea sistémica del Dr. Oscar Vázquez. Las declaraciones de estos sujetos

²⁰ Ibid., 562.

²¹ Ibid., 564.

externos a la relación jurídico-procesal debatida, pueden dividirse según las mismas recaigan:

- **sobre hechos en general**²²: Prueba Testimonial; en este caso, la declaración es de una persona física y, en principio, realizada oralmente (arts. 426 a 456 CPCCN);
- **sobre una constatación**²³, es decir, una percepción sensorial directa efectuada por el tercero sobre una persona o una cosa; esta podrá consistir a su vez, en una *constatación en general*, por ejemplo una inspección judicial cuya realización el juez remite al Secretario u otro empleado del juzgado; o en una *constatación de datos presentes en documentos no agregados al proceso, archivos o registros*: Prueba Informativa (arts. 396 a 404 CPCCN); en ambos supuestos la declaración se plasmará de forma escrita;
- **sobre una opinión experta**²⁴: Prueba Pericial (arts. 457 a 478 CPCCN); aquí, el tercero es llamado a declarar en función de la objetividad que su opinión puede aportar al magistrado, a partir del conocimiento técnico, científico o artístico que posee; típicamente la declaración, dictamen pericial, es escrita.

Circunscribiéndonos nuevamente al *thema* que nos guía, en adelante nos ocuparemos de las declaraciones de parte con finalidad probatoria, es decir, todas aquellas realizadas por alguien ligado al proceso, ya sea en razón de una pretensión que esgrime o de una defensa que haga; en ambos casos, por un interés propio²⁵. Como se observa, en jurisdicción civil la declaración es bilateral, mientras en materia penal sólo declara un sujeto procesal (imputado o procesado). El contenido que pueden presentar es diverso, cualquiera fuera la forma en la que aparezcan las manifestaciones. Esas variaciones, nos permiten encontrar distintas figuras jurídicas como el **juramento** (art. 1190 Código Civil, art. 208 inc. 6° Código de Comercio, art. 404 CPCCN), la **admisión**, el

²² Vázquez, op. cit., 258.

²³ Ibid., 272 a 276.

²⁴ Ibid., 277.

²⁵ Enrique M. Falcón, *Tratado de la prueba*. Tomo II (Buenos Aires: Astrea; 2009), 348.

reconocimiento de hechos (arts. 356 inc. 1° y 411 CPCCN) y la **confesión** (art. 1190 Código Civil, arts. 417,423 y 425).

Por último, es de particular interés volver a la clasificación ya mencionada sobre la declaración provocada o espontánea. Cuando la manifestación de las partes se produce como consecuencia de un llamamiento específicamente realizado a tal efecto, es dable encontrarnos con dos medios probatorios que nos resultan de particular importancia: la **absolución de posiciones** y el **interrogatorio libre**.

Las figuras jurídicas mencionadas anteriormente y estos medios probatorios serán desarrolladas en el punto 1.5.

1.3. Desarrollo histórico: un volver a los orígenes

Para comprender la realidad del sistema actual de las declaraciones de las partes, es menester evaluar cómo fueron sus orígenes y su evolución; desarrollo que dependió, en gran medida, del propio que iba experimentando el Derecho en general. Los distintos periodos históricos proporcionaron, entonces, características particulares a estos medios probatorios, por lo que se muestra necesario estudiar esas diversas etapas a fin de identificar cómo fueron tipificados en cada una de ellas; sólo así podremos comprender por qué hoy es factible hablar de un retorno a los umbrales de estas figuras jurídicas.

Ya en la antigüedad, las declaraciones de parte obtenidas por medio de los interrogatorios eran comúnmente utilizadas por la administración de justicia. En el marco de una democracia participativa, donde todos y cada uno de los ciudadanos debían involucrarse para hacer oír su voz en la vida de la “polis”, el procedimiento de la antigua Grecia no pudo surgir exento de tales características. Por esta razón, se observa un juicio en el cual impera la oralidad, con sujetos que cumplen roles activos, guiados por el principio dispositivo en su máxima expresión. Como resultado de ello, las partes tienen absoluta libertad para interrogarse mutuamente ante el magistrado. No obstante, las declaraciones de mujeres, niños y esclavos se encontraban

limitadas: las mujeres podían declarar sólo en algunas causas y cuando concurrían de forma voluntaria a hacerlo; mientras que, restringida a las cuestiones mercantiles, únicamente los esclavos comerciantes tenía tal facultad.

Aunque se aplicaría fundamentalmente a la prueba testimonial, creemos que es también extensivo a las declaraciones de parte, el principio aristotélico conforme al cual son mayores las probabilidades de error al percibir el mundo real, a medida que éste se aleja de los propios sentidos del sujeto²⁶.

En Roma, los testimonios de parte tuvieron una tipificación particular de acuerdo a la impronta dada por cada una de las etapas procedimentales del Derecho Romano. En la fase del antiguo proceso o *per legis actiones*, el juicio consistía, fundamentalmente, en un diálogo entre las partes que se interrogaban entre sí²⁷; en concordancia, las declaraciones orales fueron la prueba casi exclusiva. Esta marcada oralidad obedecía a la inexistencia de formas o reglas específicas, principalmente en la etapa de la República. El mismo pueblo, reunido en centurias o tribus, era el encargado de juzgar, imposibilitando la fijación de normas concretas e, incluso, una apreciación jurídica del conflicto.

El periodo *formulario* se caracterizó por la aparición de la *interrogatio in iure*. El mecanismo procesal comenzaba con la proposición de la demanda por parte del actor, ante el juez, quien podía admitirla o no. En caso de hacerlo, el magistrado ordenaba al demandado responder las preguntas del actor, acerca de aquellos hechos o circunstancias fácticas que interesaban a los fines de la constitución regular de la relación, v.gr. la legitimación procesal. A la manera de las actuales diligencias preparatorias del proceso, consistió en una serie de interrogaciones orientadas a determinar la capacidad o condición en que el demandado debía actuar²⁸.

²⁶ Devis Echandía, op. cit., 57.

²⁷ Alsina, op. cit., 328.

²⁸ Eduardo J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II (Buenos Aires: Ediar; 1949), 267.

En el marco de la *interrogatio*, si el accionado reconocía la pretensión de la contraria, o admitía todo lo que el actor incluía en la acción, se daba la *confessio in iure*. De ese modo, se colocaba en la posición de quien ya había sido juzgado, terminando la controversia sin concluir el proceso; era una suerte de “cuestión abstracta”. Sin embargo, como puede observarse, esta figura estaba más cerca del actual allanamiento, que de la confesión tal cual la conocemos hoy²⁹.

Una vez sorteado este primer trámite del procedimiento romano, en la etapa *in iudicio* se repetían vivos intercambios orales entre las partes, los cuales se denominaban *altercatio*. A través de tales diálogos, el magistrado podía iluminar su conocimiento y formar convicción; al mismo tiempo, estaba facultado para interrogarlas y permitirles a las ellas hacerlo recíprocamente para, de ese modo, llegar a la verdad de los hechos³⁰.

Durante la Roma Imperial, aparece el procedimiento *extra ordinem*, de marcada naturaleza publicista. Frente a ello, el juez abandona el rol de árbitro privado que hasta entonces había desempeñado, y se coloca como verdadero representante del Estado en la función pública de administrar justicia. En consecuencia, en esta primera instancia³¹, se extendió el espectro de facultades judiciales, pudiendo el magistrado interrogar y determinar la carga de la prueba con mayor amplitud; aunque en principio ésta pesara sobre el demandante: *actore non probante reus absolvitur*³².

Las interrogaciones se orientaron a proporcionar la prueba del hecho, lo cual permitió diferenciar a la *interrogatio ante litem contestatam* (equivalente de la *interrogatio in iure* del periodo formulario), de las interrogaciones *post litem contestatam*; fue éste el medio que dio lugar a la confesión en la etapa *in*

²⁹ Vittorio Scialoja, *Procedimiento Civil Romano: ejercicio y defensa de los derechos*, citado en Enrique M. Falcón, *Tratado de la prueba*. Tomo II (Buenos Aires: Astrea; 2009), 400.

³⁰ Kielmanovich, op. cit., 486.

³¹ Con el correr del tiempo sobrevino un marcado retroceso en este aspecto. Las constituciones imperiales y la jurisprudencia restringieron significativamente el arbitrio judicial, al disminuir la libertad del juez en la apreciación de la prueba e imponerle reglas preestablecidas para muchos casos.

³² Devis Echandía, op. cit., 58.

iudiciu: se preguntaba para obtener una respuesta comprometedoras para quien la respondía. Ya en este momento, las preguntas adquirieron el nombre de “posiciones”, dado por el comienzo de cada interrogación: de *pono*, poner; de *quod*, por qué, para qué³³.

Sin embargo, el origen de las posiciones que actualmente encontramos en los distintos regímenes procesales, no se halla en este periodo jurídico. Recién bajo la influencia de las instituciones germanas y, fundamentalmente, del derecho canónico, es posible hablar de un interrogatorio formal *per positiones*. Preguntas que se caracterizaron, primeramente, por la informalidad de la interrogación, fueron complementadas con el juramento *no diferido* o *indecisorio*³⁴. A continuación, se tomó del Derecho común medieval, la práctica germánica que imponía interpretar el silencio o la ausencia de la parte como asentimiento de la interrogación (*ficta confessio*); con ello, se presenta al acto declaratorio como una obligación o carga de quien es interrogado, y se completa la caracterización de la confesión como prueba legal³⁵. Nace así la confesión judicial, provocada por el interrogatorio formal bajo juramento. Se observa entonces, que para provocar la declaración se conserva el “vehículo” disponible, las posiciones, y para aseverarla, se recurre al juramento³⁶. Es esta diferenciación entre *vehículo* (interrogaciones o posiciones), *declaración* y *resultado* (confesión), la que con el correr del tiempo se desdibujará en confusiones que se reproducen en la actualidad, impidiendo un claro abordaje de las instituciones envueltas en este plexo probatorio.

Finalmente, cuando en el Medioevo se abandona la forma interrogativa y la posición se presenta como una oración afirmativa, la institución adquiere los

³³ Alsina, op. cit., 328.

³⁴ Por oposición al juramento *decisorio*, el cual, más que un medio de prueba, era una forma de ponerle fin al proceso por disposición común de los litigantes; pues, uno de ellos lo proponía y el otro lo rendía, sobre los hechos comunes.

³⁵ Esto se justifica en que “*el juez no sólo está obligado a aceptar como ciertos los hechos reconocidos por el absolvente, sino los afirmados por el contrario (ponente) en caso de confesión ficta*”; Alsina, op. cit., 329.

³⁶ Leonardo Prieto Castro, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica del Derecho Procesal Civil*. Tomo I (Madrid: Reus; 1950), 210.

caracteres que aun hoy la definen. Ya en las Partidas³⁷, se dispuso que las posiciones debían elaborarse de forma afirmativa, concisa y clara, separando las cuestiones distintas; de otro modo no serían admisibles y no pesaría carga alguna sobre el absolvente. En España, es la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la que incorpora el requisito de redacción afirmativa de la posición; hecho que explica la carencia del mismo en nuestro Código de Procedimiento Nacional de 1880, el que bebió de la ley española de 1855³⁸.

Resulta menester señalar, que este ha sido, y continúa siendo, uno de los principales focos conflictivos en la absolución de posiciones. La práctica judicial del medio probatorio ha demostrado la artificialidad de la forma afirmativa y los inconvenientes que ella trae aparejados, en tanto no se condice con la realidad comunicacional propia de un acto interrogatorio del ser humano. Hace tiempo prestigiosos autores se aventuran a señalar que, lejos de significar un perjuicio para el proceso o las partes, la eliminación de las posiciones *“quitaría la sensación de inutilidad del sistema y evitaría una contraposición formal entre dos actos del proceso destinados a un mismo fin”*³⁹, es decir, las manifestaciones en los escritos liminares y en la prueba de posiciones.

La tendencia de la cultura jurisdiccional que ha llevado a prescindir, en gran medida, de las posiciones en los tribunales, se ha visto reflejada en un claro retorno normativo a las ideas fundantes de este medio probatorio. En tal sentido, el interrogatorio libre e informal regulado en el art. 385 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de la provincia de Tierra del Fuego⁴⁰, el cual toma el texto del art. 149 del Código General del Proceso

³⁷ Partida III, Título 12, Ley 2.

³⁸ Falcón, op. cit., 402.

³⁹ Ibid., 403.

⁴⁰ **Artículo 385.- Interrogatorio.**

385.1. El interrogatorio se hará por el Tribunal, sea el dispuesto de oficio o a pedido de parte. Las preguntas recaerán sobre los hechos controvertidos; terminado el interrogatorio, las partes, por intermedio de sus abogados, podrán interrogarse libremente, pero sujetas a la dirección del Tribunal, conforme a lo dispuesto por el artículo 397.3.

385.2. El interrogatorio de la parte podrá efectuarse por el Tribunal en el curso de cualquier audiencia, de oficio o a solicitud de la parte contraria, sin necesidad de previa citación.

uruguayo de 1988, bebe del espíritu que caracterizaba las declaraciones de partes en el Derecho Romano Clásico. Sin lugar a dudas, adopta un instituto que presenta mayor celeridad, justicia y eficacia⁴¹, requerimientos que urgen en el proceso civil de nuestros días; al mismo tiempo que se apoya en los principios de lealtad procesal, el deber de decir verdad, además de contribuir a la inmediatez, concentración y oralidad.

1.4. Fuentes, medios y conclusiones de la prueba: aclarando el panorama

Al abordar la conceptualización de la prueba judicial, se hizo visible la dificultad que tal labor implicaba, dada la gran cantidad de sub-conceptos comprendidos en la institución. Hablar de prueba significa no sólo referirse a la actividad que específicamente hemos definido como tal (1.1), sino también de otras figuras que se relacionan e involucran en esta temática. Aun en el mundo jurídico, el término prueba no es unívoco.

Esta situación se justifica en que la prueba judicial se presenta como un *iter*⁴², en cuyo desenvolvimiento aparecen distintas modalidades: objeto, materia, fin, fuente, medio y conclusión de la prueba. A partir de allí, las confusiones entre dichos puntos se multiplican. Más aun, tales confusiones se intensifican en las Declaraciones de Parte, impidiendo un correcto desenvolvimiento del tema si antes el panorama no es aclarado.

Referirnos a esta clase de pruebas implica mencionar una variopinta gama de figuras jurídicas, consideradas erróneamente equivalentes unas de otras: declaraciones, testimonios, confesión, absolución de posiciones, interrogatorio, etc. En palabras de Alsina, “*el testimonio de una de las partes se*

385.3. También podrá efectuarse, previa citación específica para ese acto y con la prevención a que refiere el apartado siguiente, a iniciativa del Tribunal o a petición de parte que deberá formularse en la forma y oportunidad prescripta por el artículo 386.

385.4. La no comparecencia a la citación, sin causa justificada así como la negativa a contestar o las respuestas evasivas o inconducentes, harán presumir ciertos los hechos de la demanda o de la contestación, en su caso, susceptibles de ser probados por confesión.

⁴¹ Kielmanovich, op. cit., 485.

⁴² Falcón, op. cit., 374.

*llama confesión*⁴³, mientras que absolución de posiciones es *“la confesión provocada en juicio bajo juramento”*⁴⁴. En igual dirección, y a pesar que en su doctrina sobre la prueba se observa la diferenciación de estas figuras, Falcón denomina absolución de posiciones *“a la confesión, reconocimiento, o ambos a la vez, prestado bajo juramento, por disposición del juez o a pedido de la parte contraria”*⁴⁵, sin poder escapar en este punto de las confusiones imperantes. Couture dirá que *“la confesión es un medio de prueba en su sustancia”*⁴⁶, exponiendo la amplia e histórica tradición procesal que ha considerado a la “confesional” como el medio probatorio por excelencia, el más completo y contundente, pero ¿es esto correcto? Para dar luz, nos enfocamos en la fuente, el medio y la conclusión o resultado de la prueba, que son los tres elementos básicos de este *iter*.

La **fuer**te responde al interrogante acerca de dónde proviene la prueba. Se trata, por lo tanto, de cuerpos físicos (materia de la prueba de constatación o reconocimiento judicial) y exteriorizaciones del pensamiento; en palabras más sencillas, son aquellas cosas (v. gr. documentos, grabaciones, obras artísticas) o personas de las cuales se extrae el conocimiento que se requiere para lograr formar convicción en el espíritu del magistrado. Es dable inferir, que la fuente de prueba es anterior a ésta y se ubica, en principio, fuera del proceso. En el caso particular de las declaraciones, la fuente es el sujeto de la relación jurídico-procesal que recibió la impresión en sus sentidos sobre un hecho, es la misma parte que actúa como “vertiente” de la cual surgirá el *dato de prueba*.

No obstante, ese dato requiere ser acercado al tribunal, mientras ello no ocurra permanecerá recluso en la fuente y apartado de la posibilidad de conocimiento por el juez. Por tal motivo, es necesario un vehículo: se requiere de un **medio probatorio**. Nos apremia advertir que no debe confundirse la fuente con el medio a través del cual la misma se manifiesta; error en el que,

⁴³ Alsina, op. cit., 229 y 308.

⁴⁴ Ibid., 327.

⁴⁵ Falcón, op. cit., 359.

⁴⁶ Couture, op. cit., 286.

incluso, se ven envueltos autores de alto prestigio, como Goldschmidt⁴⁷, Carnelutti⁴⁸ y entre nosotros Alsina. Para el jurista argentino “se entiende por medio de prueba el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción”; y al clasificarlos, ratifica la equiparación al decir que los medios pueden ser preconstituidos, como los “instrumentos públicos y privados”, o circunstanciales, como los “testigos”⁴⁹. En igual sentido, el citado autor italiano afirma que el testimonio es una de las fuentes típicas de la prueba, cuando en realidad se trata de un medio típico de ésta. Sin embargo, el mismo Carnelutti advierte con posterioridad el desacierto y lo enmienda al señalar que “es mejor llamar fuente al hecho del cual el juez obtiene (extrae) la conclusión, y medio a la actividad que le sirve para obtenerla”⁵⁰.

Por ello, coincidimos en este punto con Palacio, quien define al medio probatorio como “los modos u operaciones que, referidos a las cosas o personas (fuentes), son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos”⁵¹. De este concepto, es dable concluir que se trata de un procedimiento o actividad procesal por la cual esa fuente (real o personal) presta el conocimiento sobre el hecho.

A partir de este posicionamiento en torno al sistema de pruebas judiciales, y específicamente de las pruebas por declaraciones de parte, podemos afirmar que en estos casos es la misma declaración el transporte o vehículo, es decir, la manifestación consiste en la operación o actividad requerida para conducir el dato probatorio que se encuentra en los sujetos del proceso. Continuando con este razonamiento, es menester recordar que de conformidad a los distintos regímenes normativos, la declaración de parte puede provocarse a través de dos procedimientos: uno de ellos, es la absolución de posiciones, el otro, es el interrogatorio libre e informal. En

⁴⁷ James Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil* (Barcelona: Labor; 1936), 257.

⁴⁸ Francesco Carnelutti, *La Prueba Civil* (Buenos Aires: Depalma; 1982), 195.

⁴⁹ Alsina, op. cit., 230.

⁵⁰ Carnelutti, op. cit., 196.

⁵¹ Palacio, op. cit., 395.

síntesis, estas vías legales son los modos, operaciones o maneras que permiten manifestar el conocimiento que se halla en la fuente, es decir, son medios probatorios.

Finalmente, el tercer elemento del *iter* es el **resultado** de la actividad. Desde una perspectiva mediata y genérica, se entiende por tal a la conclusión a que arriba el juez, en base a los distintos medios probatorios sustanciados, y que le sirve para la aplicación de las normas jurídicas, sustanciales o procesales, que regulan los hechos del proceso⁵². Podemos también contemplar un resultado inmediato, circunscripto al concreto medio probatorio. Por ello, cuando en las declaraciones de parte, ya sea practicada por absolución o interrogatorio, la manifestación consiste en el reconocimiento de la verdad de hechos personales o de su conocimiento personal, susceptible de producir efectos jurídicos desfavorables a su interés y favorables a la contraria, el resultado de esa declaración es la confesión. Esto significa que tendremos como resultado una confesión sólo en los casos en que la declaración presente ese particular contenido.

Aunque ha sido común denominar confesión a todo el desarrollo del sistema, únicamente es correcto hablar de ella en el ámbito del resultado de la declaración de parte ya que, sin perjuicio de la íntima relación con ésta, *“no puede haber confesión en la fuente (percepción sobre la propia acción), ni en el medio (...), pues la declaración puede o no contener una confesión”*⁵³. Es necesario distinguir claramente entre la declaración de parte y la confesión, la primera es el género y la segunda sólo una especie de aquélla; de modo tal que, toda confesión es consecuencia de una declaración de parte, pero no toda declaración de parte es una confesión.

La necesaria dilucidación de estos aspectos ha implicado, finalmente, una correcta sistematización del régimen de pruebas por declaraciones, objetivo que durante largo tiempo no pudo concretarse como consecuencia de la marea de confusiones en la que se insertaban todas estas instituciones. Y

⁵² Devis Echandía, op. cit., 255.

⁵³ Falcón, op. cit., 375.

por sobre todo, ha significado una destacable revalorización de los testimonios de las partes más allá del resultado “confesión”, entendiendo que los mismos pueden aportar elementos trascendentes para la causa aun cuando no encierren un cargo en contra de su autor.

1.5. Los Interrogatorios

A esta altura de las cosas, queda claro que la lógica elemental del proceso nos compele a indagar en el saber de las partes, y para ello el operador jurídico se vale de diferentes caminos legales. Tal como fue dicho en puntos anteriores, en el Derecho Procesal Civil moderno las declaraciones judiciales y verbales de las partes, son provocadas a través de interrogatorios; éstos, genéricamente contemplados, pueden presentar finalidades y características cuya elucidación permitirá distinguir las figuras jurídicas, probatorias o no, comprendidas en él.

Básicamente, los códigos procesales contemplan dos modos de este interrogatorio: 1) el libre e informal, o interrogatorio propiamente dicho; 2) el regulado y formal, o absolucón de posiciones. Actualmente, el primero es considerado por la doctrina moderna como un procedimiento más eficaz, sencillo, natural y acorde con los usos comunicacionales corrientes de las personas. Resalta la eficiencia práctica del mismo, al permitir que el juez indague con mayor profundidad en la fuente de prueba, hasta obtener datos concretos que conduzcan a la verdad de los hechos. Además, en este último sentido, es una oportunidad viable para buscar otras líneas a indagar y nuevos hechos pueden ser revelados.

En un camino proporcionalmente inverso, se ha visto desprestigiada la absolucón de posiciones como medio probatorio. Dada la formalidad y rigidez que la caracterizan, no sólo no agota las mejores posibilidades del testimonio de las partes, sino que ha mostrado una obsoleta utilidad práctica, cuyo único beneficio radica en la eventual obtención de la confesión del absolvente. Por esta razón, cuando el ponente no logra la declaración *contra se pronuntiatio* del adversario, nada ha dejado en el proceso la sustanciación de esta prueba. Al

mismo tiempo, la absolución de posiciones se ha mostrado como el campo propicio para la comisión de graves artimañas por los profesionales del derecho, el ejercicio de las malas artes, la insidia y el ocultamiento de la verdad, no sólo en el marco del histórico proceso inquisitivo, incluso aun en tiempos actuales.

En orden a la finalidad del interrogatorio, en el formal es siempre de tipo probatoria; es decir, la ley consagra la absolución únicamente para acercar al tribunal datos destinados a constituir convicción en el espíritu del juez acerca de las pretensiones esgrimidas. Por el contrario, el interrogatorio informal excede esta teleología, de modo tal que la ley puede asignarle valor probatorio a la declaración que se incorpora, o bien un contenido informativo, aclarativo, no para que el juez se convenza sobre la verdad o la razón de los hechos, sino para tener una acabada concepción de ellos y de la causa en general.

Esta variante, posibilidad o alternativa del interrogatorio informal, que denota a su vez la mayor riqueza procesal que ostenta, es conocida como interrogatorio “*ad clarificandum*”⁵⁴. Tiende principalmente, pero no de forma exclusiva, a lograr mayor claridad sobre los hechos que interesan al proceso, sin importar modificación ni ampliación de la demanda o contestación, y sin vincular al juez a efectos de la congruencia de sus decisiones. Se destina fundamentalmente a la utilidad del magistrado, precisando la declaración de voluntad de la parte en el planteamiento del litigio, es decir, aclarando el contenido y los fundamentos de sus alegaciones; de modo tal que, oportunamente, le permita decidir con equidad y acierto.

No obstante, el interrogatorio “*ad clarificandum*” se convierte también, en un camino propicio para la obtención de elementos que exceden el mero ámbito de lo informativo o esclarecedor. La inmediación y la oralidad permiten al juez un mejor conocimiento de las partes, y con ello de su conducta procesal, factor que es de suma importancia en el suministro de material para la formación de su convencimiento. Surgirán indicios no sólo de la comparación entre el comportamiento que aquéllas han tenido en ocasión de la diligencia y

⁵⁴ El instituto se encontraría consagrado en el art. 36 del CPCC argentino.

el observado durante proceso en general, sino también de su sinceridad, de los silencios y las afirmaciones que puedan aparecer como falsas en relación a las demás pruebas. Por ello, de la libre valoración de esa conducta por el magistrado, orientada por los principios de buena fe, lealtad y deber de decir verdad, podrán deducirse argumentos de prueba, con potencialidad de generar criterios sobre los hechos de la causa.

Para concretar tal objetivo, no es menester norma expresa que habilite al juez para la realización de esa labor, pues se trata de consideraciones lógicas y psicológicas propias de la valoración del material probatorio incorporado al proceso. Podemos decir que estamos frente a una función eventual, secundaria, del interrogatorio clarificador, que tiene lugar cuando al aclarar el panorama litigioso se convence al juez sobre los hechos controvertidos. Sin embargo, no siempre será sencillo establecer límites entre estos tipos de interrogatorio, en la medida que se destaca la dificultad de escindir un acto procesal que aparece como una unidad intelectual y volitiva.

1.5.1. Absolución de posiciones

Las confusiones que han envuelto a la doctrina procesal al desarrollar el estudio de este medio probatorio (1.4), se han reflejado con claridad en los intentos por definir la absolución de posiciones.

Para Alsina se trata de *“la confesión provocada en juicio bajo juramento por disposición del juez o requerimiento de la contraria”*⁵⁵.

Falcón denomina absolución de posiciones *“a la confesión, reconocimiento, o ambos a la vez, prestado bajo juramento, por disposición del juez o a pedido de la parte contraria”*⁵⁶.

En sentido similar, Palacio la definió como *“la confesión prestada en juicio, con arreglo a las formalidades legales, y con motivo del requerimiento*

⁵⁵ Alsina, op. cit., 327.

⁵⁶ Falcón, op. cit., 359.

*formulado por una de las partes (llámese ponente a quien ofrece este medio de prueba, y absolvente a quien debe prestar la confesión)*⁵⁷.

De todos estos conceptos puede inferirse con claridad, que los autores mencionados, entre muchos otros, equiparan la absolución de posiciones con figuras como el reconocimiento y, fundamentalmente, la confesión. Sin embargo, se advierte en los últimos tiempos el fuerte influjo de las teorías más actualizadas. Esto lleva al mismo Palacio a redefinir la institución, entendiendo que la absolución de posiciones consiste en *“la declaración prestada en juicio por cualquiera de las partes, a requerimiento de la contraria, mediante contestación, con previo juramento o promesa de decir verdad, a un interrogatorio formulado por escrito (llamado pliego de posiciones)”*⁵⁸. A partir de este nuevo planteamiento conceptual, se elimina la colocación de figuras disímiles en un mismo nivel, y es posible referir a la absolución y a la confesión como género y especie respectivamente.

Dentro de esta línea citamos a Arazi, para quien la absolución de posiciones *“es el medio que tienen las partes para obtener la confesión de su contraria en un proceso determinado, bajo juramento o promesa de decir verdad”*⁵⁹.

También para Kielmanovich se trata de un medio probatorio destinado a *“provocar que el adversario (absolvente) reconozca, bajo juramento o promesa de decir verdad, un hecho pasado previamente afirmado por el ponente, personal o de conocimiento personal de aquél, y contrario al interés que sostiene en la concreta causa”*⁶⁰.

Devis Echandía, con la claridad científica y expositiva que caracteriza toda su construcción sobre la prueba judicial, sintetiza estos aspectos señalando con acierto que absolución de posiciones o, más precisamente, el interrogatorio formal de las partes como la denomina, ha sido considerada un

⁵⁷ Palacio, op. cit., 455.

⁵⁸ Lino Enrique Palacio, *Derecho Procesal Civil*. Tomo IV (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), 491.

⁵⁹ Roland Arazi, *La prueba en el Proceso Civil. Teoría y Práctica* (Buenos Aires: Ediciones La Roca; 2001), 277.

⁶⁰ Kielmanovich, op. cit., 502.

mero instrumento para obtener la confesión o el reconocimiento de hechos desfavorables por la contraria; pero en realidad debería consistir en *“un medio de llevar al proceso el conocimiento que aquéllas tengan de los hechos que interesan al litigio, tanto en lo favorable como en lo desfavorable a sus intereses”*⁶¹.

Señalamos en el título anterior, que la absolución de posiciones se caracteriza por la formalidad del interrogatorio. Decimos que es formal en tanto las leyes procesales consagran una detallada y rigurosa regulación del medio probatorio, lo cual en profundidad analizaremos en el tercer capítulo. No obstante, cabe mencionar aquí, que las normas se ocupan de precisar los requisitos que deben cumplir las preguntas y respuestas, la manera de formularlas y responderlas, el contenido de las mismas, etc. Aún más, la generalidad de los regímenes bajo un riguroso formulismo, han establecido la tarifa legal de la confesión judicial obtenida por este medio, el que en dichos casos ha sido limitado a la iniciativa de las partes únicamente. En efecto, se trata de un *“rezago del concepto, revaluado desde hace ya casi un siglo, del juez como simple árbitro en la contienda procesal y de la tutela del interés individual como fin del proceso”*⁶².

El extremo regulatorio que se observa en la absolución de posiciones, se originó en la idea de “seguridad” que el testimonio así concebido otorgaba al proceso civil escrito. Ante la ausencia de los jueces en las audiencias, para tomar conocimiento de lo declarado sólo podían acudir a las actas en ellas labradas, por lo que las posiciones debían actuar como espejo de precisión de lo ocurrido sin la presencia del magistrado. En esa línea de pensamiento, esto se alcanza mediante preguntas rígidas, consistentes en oraciones afirmativas simples, relativas a un solo hecho, no sólo restringidas en su formulación sino también en las respuestas. A ello se adiciona una presunta lejanía de toda “subjetividad” del magistrado conseguida por el principio dispositivo, de funcionamiento privativo en la proposición de la medida, y por la tarifa legal en

⁶¹ Devis Echandía, op. cit., 577.

⁶² Ibid., 567.

la valoración del resultado probatorio. Por último, esa anhelada seguridad se refuerza con el requisito del juramento previo, como estímulo psicológico para el cumplimiento del deber de veracidad y lealtad que pesa sobre las partes.

Sin embargo, paradójicamente es esa búsqueda de confiabilidad formal la que ha conducido a la obsoleta utilidad que presenta el medio probatorio en la actualidad. Se ha intentado a tal extremo constituir un sistema “cerrado” (por contraposición al “abierto” del interrogatorio libre) y así evitar el ingreso de elementos distorsionantes para obtener la declaración, que se terminó por distorsionar la figura misma, dando origen a un instituto procesal alejado de toda realidad. Aquello que hemos descrito como una “declaración de conocimiento”, poco tiene de acto declarativo y, mucho menos, de conocimiento aportado a la causa. Con acierto puede afirmarse que la forma ha conspirado contra la verdad que se intenta hallar.

Son ilustrativas de este panorama las palabras de Kielmanovich, para quien la absolción de posiciones es hoy una *“verdadera pieza maestra de hiperformulismo, a cuya cálida sombra, y con todo esmero, se acobijan los hechos que importan a la litis, cubiertos bajo el oscuro manto de lacónicas afirmaciones y negaciones huecas de todo contenido sustancial”*⁶³.

Si bien las posiciones constituyen una modalidad de la interrogación, el carácter comunicativo se articula por vías diferentes respecto de las preguntas propiamente dichas. Esto se produce en tanto, dogmáticamente⁶⁴, parten de presupuestos antagónicos: la interrogación se origina en la duda, que busca ser salvada a través de la respuesta obtenida; la posición, por su parte, supone la certeza de quien la formula. Por ello, el hecho a ser representado con la declaración es introducido por el mismo ponente, a partir de la certidumbre que lo mueve; y en consecuencia, la posición aparece en el mundo jurídico con una redacción afirmativa destinada al solo efecto de ser confirmada por el absolvente y así obtener un específico resultado probatorio: afirmación (del ponente) + afirmación (del absolvente) = confesión.

⁶³ Jorge L. Kielmanovich, “El libre interrogatorio de las partes. Criterio de valoración de las respuestas, el silencio y la incomparecencia del citado”, *La Ley 1985-A*, 979-980.

⁶⁴ Couture, op. cit., 270.

Para lograr tal fin, la fórmula empleada por la práctica procesal es *“para que diga como es cierto que...”*, de lo cual sólo deriva una respuesta categórica: *“sí, es cierto”* o *“no, no es cierto”*. Lógicamente, no podría tomar la estructura de una oración interrogativa, pues requeriría una contestación de otro tipo. Si se consultara al declarante sobre *“¿qué tipo de relación lo une a la parte contraria?”*, ningún sentido tiene que se le exija una respuesta por si es cierto o no. Tampoco estaría reafirmando lo aseverado por el ponente, pues éste nada afirma en una pregunta. Por lo tanto, es viable deducir que la justificación de la forma asertiva se halla, no en la posición, sino en la respuesta misma, requerida para conquistar el resultado confesorio.

Alsina agrega una connotación coercitiva a esta forma de expresión, pues si no fuese una afirmación no podría estar el absolvente en obligación de contestarla. Sin embargo, disentimos en este punto con este gran autor, pues la carga de responder emana de la ley y no de la posición misma. Se dice además, que tampoco se podría extraer del silencio o de la respuesta evasiva ningún contenido, porque no se explicita el sentido de la respuesta⁶⁵. Qué significado le puedo otorgar al silencio ante una pregunta como: *“¿qué tipo de relación lo une a la parte contraria?”*.

No obstante, desde un plano comunicacional, la forma afirmativa se presenta, cuanto menos, confusa para el sujeto declarante. El sistema es artificial, pues se contrapone a la natural, común y cotidiana comunicación de las personas, resultando un medio ajeno a la comprensibilidad del justiciable común⁶⁶, de la generalidad de la gente, a quienes está destinado. Falcón menciona un ejemplo que Arazi emplea en sus conferencias para representar, desde lo absurdo y grotesco, la irrealidad del sistema:

“Si salgo de mi casa y paso por el puesto de diarios, con mi criterio procesalista podría decirle al canillita `que jure que es cierto que tiene el diario Clarín´. A su vez, el canillita podría responderme en el mismo

⁶⁵ Alsina, op. cit., 346-347.

⁶⁶ Falcón, op.cit., 444.

*esquema de diálogo: 'No es cierto. Pero agrego que tengo La Nación y La Prensa'. La gente no habla así, y no se supone que lo haga'*⁶⁷.

En consecuencia, tampoco puede deducirse que entienda con facilidad si es interrogado en esa forma.

En cuanto al plano netamente procesal, los inconvenientes del carácter asertivo de las posiciones no son menores. En primer lugar, la absolución genera una innecesaria duplicación de afirmaciones del ponente y negaciones del absolvente que, oportunamente, ya fueron vertidas en los escritos constitutivos de la litis⁶⁸. Esto significa que los mismos hechos invocados por las partes como fundamento de sus pretensiones, sea en la demanda o en la contestación de la misma, ahora son re-afirmados por ellas bajo la forma de las posiciones. Además contribuye a ello la costumbre observable en los abogados de realizar una reproducción bastante fiel de las alegaciones fácticas liminares, aun de los hechos no controvertidos.

Cabe destacar, que la función “afirmación + afirmación = confesión” de la absolución de posiciones tiene, en el régimen del CPCCN, preeminencia sobre la misma duplicación que se da en la etapa demanda-contestación. Ello implica que en caso de incomparecencia a la audiencia, del absolvente debidamente notificado, y sin justa causa, se lo tendrá por confeso fictamente respecto de los hechos invocados en el pliego de posiciones y no en relación a los que constituyan la plataforma fáctica del escrito inicial del ponente.

La jurisprudencia se ha expedido en concordancia con esta conclusión, al decir que *“la contradicción existente entre las afirmaciones y negaciones efectuadas en la contestación de la demanda y la confesión ficta no le resta valor probatorio a esta última sobre aquéllas”*⁶⁹; y más incluso, puede advertirse que la confesión ficta ha sido revestida de mayor fuerza que la obtenida a través de la incontestación de la demanda⁷⁰. Cuesta aceptar que un resultado

⁶⁷ Ibid., 421.

⁶⁸ Ibid., Pág. 496.

⁶⁹ CNCivCom, Sala B, 11/06/99, JA, 99-IV-530.

⁷⁰ *“La confesión ficta cumple plenamente efecto aun cuando los hechos sobre los cuales versa hayas sido negados al contestar la demanda, pues, de admitirse la tesis contraria, bastaría que*

probatorio alcanzado de forma ficticia prevalezca sobre los hechos negados al contestar la demanda; consideramos que mínimamente deberían evaluarse los demás medios probatorios, para que sólo en casos de concordancia con la confesión ficta, se le atribuyera a ésta la fuerza señalada con anterioridad.

El segundo inconveniente procesal originado en la sintaxis de la posición pesa sobre aquel de los litigantes que niega los hechos. De acuerdo al sistema de la absolucón, la parte que elabora las posiciones, al afirmar los hechos que las constituyen, efectúa el reconocimiento de dichas circunstancias fácticas (art. 411, párr. 2  CPCCN). En otras palabras, se dice que aquel que pone las posiciones comienza por confesar los hechos contenidos en ellas; y tal confesión, por sí misma, podrá ser tomada en su contra, en tanto la norma que dispone este efecto es un precepto imperativo. Esto es viable en la figura del actor quien, en la demanda, plantea una determinada manera en la que han ocurrido una serie de sucesos, los cuales son repetidos luego en forma de posiciones al tiempo de sustanciar la prueba.

Pero cabe preguntarnos qué sucede respecto del demandado, a quien el ordenamiento atribuye la carga procesal de negar categóricamente los hechos invocados por su contrario (art. 356 inc. 1 CPCCN).  C mo podrá, entonces, evitar quedar confeso al elaborar un pliego de posiciones (afirmativas) basado en hechos que han sido negados en la contestación de demanda? La realidad muestra la complejidad en la elaboración de un adecuado y efectivo interrogatorio por este litigante.

Esta dificultad para el demandado, y en general para todo aquel que niega hechos, nos conduce hacia un cuestionamiento más profundo y sustancial:  hay en el sistema legal de la absolucón de posiciones un respeto de la igualdad de las partes?  Tienen actor y demandado las mismas posibilidades y efectividad en la utilización de este medio probatorio? La respuesta a dichos interrogantes se encuentra en un análisis que trasciende las declaraciones de parte e incluso la temática meramente probatoria.

el demandado se limitara a negar los hechos en esa oportunidad, para quedar a cubierto de las posiciones y privar al acto de la eficacia de este relevante medio de prueba” CNCom, Sala B, 25/06/85, DJ, 1986-1-526.

Estas desigualdades entre litigantes, observables en diferentes instituciones procesales, se originan en resabios de ideas que estuvieron en los albores del derecho procesal; plexo normativo que, en gran medida, se cimentó sobre el presupuesto romano conforme al cual quien reclamaba lo hacía porque tenía derecho a hacerlo y por ello debían articularse los instrumentos necesarios para la protección de aquel que había sido lesionado. Por ello, Couture señala que algunas leyes procesales directamente han definido a la “acción” como un medio legal para pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe⁷¹, realizando una mera paráfrasis del concepto dado por el jurista romano Celso: “*nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, iudicio persequendi*”, es decir, “*la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio aquello que nos es debido*”⁷². En la misma línea de pensamiento, y ya en el siglo XIX, para Savigny la acción es el derecho a la tutela jurídica, conferido a la parte cuya prerrogativa ha sido violada⁷³.

De lo antes dicho puede deducirse que, durante más de diez siglos, el derecho evolucionó a la luz de doctrinas que partían de suponer que quien acude a los estrados judiciales lo hace porque es titular de un derecho que ha sido efectivamente conculcado; en ese contexto, los medios probatorios fueron concebidos y regulados para que el accionante lograra obtener la reparación de sus intereses, afectados por un demandado que desde un principio era prejuzgado culpable. La absolución de posiciones, sin lugar a dudas, tuvo su mayor desarrollo bajo esta línea jurídica; circunstancia que explica por qué pareciera ser un instrumento exclusivo del actor, afectando el principio de paridad entre las partes, y el por qué de su orientación a conseguir únicamente la confesión. Por ello, difícilmente pueda ser mantenida en el actual estado del derecho procesal moderno.

Esta rama del saber jurídico debe combatir en tiempos actuales, por la depuración de toda institución que se muestre alejada de principios cuya

⁷¹ Couture, *Fundamentos*, 61-62.

⁷² Celso. *Digesto*, XLIV, 7, 51; citado en M. Friedrich Karl Savigny, *Sistema del Derecho Romano Actual*. Tomo IV (Madrid: F. Góngora y Compañía Editores; 1879), 12.

⁷³ *Ibid.*, 10.

demanda es exigida a gritos por la comunidad de justiciables: economía procesal, celeridad y sencillez de trámites, inmediación; sin descuidar, por supuesto, la seguridad jurídica. En total contraposición a ello, la absolución de posiciones ha sido complejizada, oscurecida y, consecuentemente, confundida aún más, al juntarse normativamente con dos instituciones distintas, con el trunco objetivo de intentar salvar las deficiencias que aquella mostraba.

La primera de ellas, es el ya mencionado juramente previo. Se trata de un requisito vacuo, un mero resabio del “juramento decisorio”. Carece por completo de eficacia, al no existir en el CPCCN delito de falso testimonio o perjurio⁷⁴ contra el absolvente; por el contrario, éste puede mentir libremente, con el solo peligro de ser calificada su conducta conforme a los art. 45 (declaración de temeridad y malicia) y/o art. 163 inc. 5° (corroborante de pruebas), al tiempo de dictarse la sentencia. No obstante estas eventuales medidas, los tribunales expuestos a la posibilidad de limitar con dichas calificaciones el derecho de defensa en juicio, no son proclives a adoptar tales decisiones.

La segunda institución adicionada por el legislador es el interrogatorio recíproco, como acto indagatorio a realizarse una vez concluido el pliego de posiciones. Aun cuando se trata de oraciones interrogativas o preguntas propiamente dichas, ellas no tienen un carácter concreto y definido, que sumen amplitud y claridad al medio probatorio⁷⁵. Si nos preguntamos entonces cuál es el alcance o la naturaleza de estas interrogaciones, la respuesta no es demasiado alentadora.

En primer término, debemos decir que las mismas aparecen dentro del específico sistema de la absolución, en cierto modo complementando a ésta última, y no de modo paralelo; carecen de independencia como medio, razón que nos impide decir que constituya una prueba autónoma, en el sentido del

⁷⁴ En el Derecho Procesal Civil Argentino sólo encontramos la figura del Perjurio en el código ritual de la provincia de Tucumán, cuyo art. 332 establece que: “*Si de las constancias de autos resultase que el ponente al poner las posiciones, o el absolvente al contestarlas han faltado a la verdad, el juez impondrá a su cargo una multa que no podrá exceder al equivalente de cinco consultas escritas de abogado, a favor de la contraparte*”.

⁷⁵ Falcón, op. cit., 411.

interrogatorio libre con fines probatorios. Comprueba esta afirmación, la circunstancia observable en los regímenes procesales que han querido diferenciar ambos medios, regulando el interrogatorio libre separado de la absolución⁷⁶. De modo que las preguntas no podrán versar sobre hechos que no hayan sido tema de posición; es así que el fin esclarecedor se muestra austero pues podrá a través de las interrogaciones darse luz sobre las posiciones, pero no más de eso. Lejos están de contribuir, en este marco limitado, a la averiguación de la verdad y, de forma mediata, a la resolución del litigio.

En segundo lugar, al regularse un sistema de preguntas que no puede extenderse más allá del límite que significan las posiciones, se deduce que la negativa a responder una pregunta que exceda esa valla, que sea más amplia que el contenido de la posición, no produce ningún efecto en el sujeto reticente. Esto se traduce en que la falta de contestación a dicho interrogante no podrá generar el efecto jurídico de la confesión ficta.

De lo reseñado hasta aquí, se infiere que la “generosidad” probatoria que caracteriza al interrogatorio informal ha sido eliminada al adicionarse un acotado intento del mismo, en la forma de preguntas recíprocas, como complemento de la absolución de posiciones. Al atar el interrogatorio al sistema cerrado y formal, se restringe la utilidad de las preguntas, la esencia misma de la figura y se oscurece aún más el contexto legal de este medio probatorio. *“Pareciera que los legisladores consideraran un atentado contra la libertad y la dignidad individuales el libre interrogatorio de las partes para fines civiles”⁷⁷.*

1.5.2. Interrogatorio libre e informal con fines probatorios

El sistema del interrogatorio libre es revalorado en la actualidad procesal, presentándose como el instrumento capaz de superar en gran medida las deficiencias de la absolución de posiciones, señaladas anteriormente.

⁷⁶ Por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil de Uruguay, el de Italia; y en Argentina los códigos de las provincias de Santa Fe y Tierra del Fuego.

⁷⁷ Devis Echandía, op. cit., 567.

Ha quedado dicho, que la técnica interrogativa libre facilita la concreción de dos finalidades distintas pero, al mismo tiempo, complementarias y difíciles de separar. Por un lado, a través de este medio es posible indagar en el conocimiento de las partes como fuentes de prueba, obteniendo elementos que contribuyan a la formación del convencimiento del magistrado sobre la verdad de las proposiciones de las partes. Por el otro, la amplitud que proporciona la libertad del interrogatorio, permite al operador jurídico conseguir el esclarecimiento de las cuestiones generales que se ventilan (interrogatorio *ad clarificandum*).

Centrándonos en la primera de las finalidades, el acto de indagación libertado de la rigidez propia de la posición, permite profundizar las alegaciones iniciales de las partes vertidas en los escritos liminares, y acercarse aún más a la certeza sobre los hechos. Contribuye a ese objetivo, la mejor comunicación lograda por medio de simples preguntas, comprensibles para todos los litigantes; de modo que las diferencias culturales y educacionales dejan de ser una valla en el entendimiento del medio probatorio, aspecto que no podía sostenerse en torno a la absolucón. Aquí, la naturalidad del diálogo permite lograr un acercamiento entre todos los sujetos del proceso, a través de expresiones claras y precisas, que el deponente no percibe de manera violenta o “fiscalizadora” en contra de su persona.

El despojo de los aspectos formales que tipifican a la absolucón, facilita concretar un verdadero acto declarativo a través de verdaderas preguntas. Éstas no deben cumplir con un determinado estilo de redacción, de respuestas, ni aun menos versar exclusivamente sobre aspectos personales. Por ello, es el mismo declarante quien representa las circunstancias fácticas, quien introduce el hecho que se intenta probar, a medida que son respondidas las oraciones interrogativas, dirigidas a él por la parte contraria que propuso la medida y por el juez.

Al mismo tiempo, al indagar en la profundidad del hecho que se va narrando, en su extensión colateral⁷⁸, nuevas y distintas aristas van surgiendo, lo cual permite buscar caminos alternativos para penetrar en las causas y en los sucesos tal cual ocurrieron. Para ello, resulta fundamental la inteligencia y astucia del magistrado y de las partes, a través de sus abogados, en la elaboración de un interrogatorio que permita, una vez concluido, unir cada una de las respuestas para obtener el hecho que se deseaba representar, como piezas de un rompecabezas cuyo resultado apreciará el magistrado. Con mayor acierto hablamos de una declaración judicial “provocada”, debiendo los intervinientes esmerarse para lograr tal fin.

El interrogatorio informal plantea un claro desafío, vinculado a superar anacrónicas estructuras del proceso civil; no obstante, son notables los beneficios a obtener, susceptibles de repercutir en todo el procedimiento jurisdiccional. En primera instancia, supone una modificación rotunda del ejercicio profesional del abogado. Aunque en referencia a la prueba testimonial, Couture plantea un supuesto hipotético perfectamente compatible con el interrogatorio informal de las partes, cuyo sistema se identifica en gran medida con el propio de las declaraciones de terceros:

“Cuando un abogado inglés o norteamericano interroga a un abogado latino acerca de su actividad, lo primero que le consulta es sobre su técnica para interrogar testigos. La respuesta del abogado latino de que él no se ocupa de interrogar testigos y, en la mayoría de los casos, ni siquiera asiste a las audiencias, llena de estupor a su colega angloamericano. Lo menos que le pregunta en esas circunstancias es: ¿y si usted no interroga testigos qué hace como abogado?”⁷⁹.

No podríamos describir mejor el panorama y el cambio que requiere.

En segundo lugar, debe ser replanteado el sistema dispositivo riguroso para el proceso civil⁸⁰. Esto básicamente se manifiesta en el requerimiento de

⁷⁸ Falcón, op. cit., 444.

⁷⁹ Couture, *Estudios*, 231.

⁸⁰ Devis Echandía, op. cit., 574.

un rol activo en la figura del juez no sólo en la proposición de la medida sino, fundamentalmente, en la sustanciación de ella. La inmediación se presenta como un requisito innegociable, en tanto este medio consigue alcanzar datos probatorios no sólo del reconocimiento o de la confesión del declarante, sino también lo hace a partir de la observación de la conducta procesal de los sujetos y de la interrelación con las demás declaraciones vertidas por ellos en el expediente. Para lograr esto último, es condición fundamental la presencia del *iudex* en la audiencia que permita el contacto personal con las partes.

Pero aquéllos no son los únicos aspectos en los que la labor de la magistratura se ve enriquecida. El juez tiene libertad, bajo los parámetros de la sana crítica, para la valoración de la declaración concretada a través del interrogatorio informal, con lo cual se elimina la tarifa legal y se amplía el campo de acción del funcionario judicial. Significa que el testimonio de la parte será valorado y calificado de conformidad a su específico contenido. Por ello, sólo cuando el juez interprete que los dichos han consistido en un reconocimiento de hechos desfavorables, los valorará como una confesión. Pero además, esta clase de interrogatorio permite al juez la valoración y consideración de las declaraciones en general, incluso de las *pro se declaratio*, aquellas realizadas por el deponente a favor de sí mismo.

Al estudiar el sistema de la absolución de posiciones, dijimos que si el resultado confesorio no se alcanzaba nada había dejado en el proceso la sustanciación del medio, en tanto las partes sólo efectuaban una duplicación de los hechos ya mencionado en los escritos iniciales. Por ello, la doctrina ha sostenido que los hechos favorables vertidos en la absolución prueban únicamente cuando son respaldados por prueba de igual jerarquía procesal; lo que, para autores como Gorphe, equivale a decir que la declaración absolutoria favorable no prueba nada, sino que son los restantes medios los que lo hacen⁸¹. En el estado actual del sistema procesal civil nacional, y en la mayoría de las provincias inspiradas en él, la *pro se declaratio* no podría ser

⁸¹ Françoise Gorphe, *Apreciación judicial de las pruebas*; citado en "Enrique M. Falcón, *Tratado de la prueba*. Tomo II. (Buenos Aires: Astrea; 2009), 426".

considerada prueba por el juego del principio *nemo in propria causa testis esse debet*, es decir, que nadie puede ser testigo en su propia causa⁸².

Por el contrario, frente al libre interrogatorio, el juez valorará con libertad tanto lo desfavorable como lo favorable; pues todo lo que por este medio se declara es verdadero dato de conocimiento. No debemos olvidar que las pruebas por declaración son históricas y tienen una teleología representativa, es decir, se dirigen a la reconstrucción en el presente de una realidad pasada, trayendo frente al juez aquello que ya no está en la actualidad. De modo tal que, una representación que se muestre lógica, coherente, realista, será valorada como tal por el magistrado, independientemente de si la misma es pernicioso o beneficiosa para quien declara. Su fuerza de convicción resulta entonces de una sana crítica, que puede asignarle a la declaración entidad de plena prueba, o bien, de indicios más o menos graves.

Consecuentemente, desde el momento en que es eliminada la tarifa legal de plena prueba para la confesión, se hace innecesario el juramento. Considerado inescindible de la absolucón para lograr el resultado confesorio, pierde aquí toda significación e importancia pues, en última instancia, el valor que se le otorga al testimonio de la parte depende de la consideración del magistrado, cuyo único límite infranqueable es la sana crítica, y no de las fórmulas juratorias empleadas para obtenerlo. Sin embargo, no son pocas las legislaciones que, aun incorporando el interrogatorio libre, han conservado el juramento como elemento de admonición psicológica. Algún sector de la doctrina propone no sólo mantener la figura, sino además reforzarla con la

⁸² Kielmanovich, *Teoría*, 490. El autor se pronuncia en disidencia con nuestra tesis, al decir: *“Para nosotros, no obstante, la ‘pro se declaratio’ carece de virtualidad probatoria directa, pues si bien mediante ella se verificaría la unilateral fijación y concordancia de hecho representado – a través del testimonio- con el hecho que fuera aducido o alegado como presupuesto de la pretensión, defensa o excepción por el propio declarante, dicha reproducción o reiteración subjetiva no le quita a aquél el carácter de controvertido para la parte contraria, y para el mismo juez, al menos en cuanto se pretenda derivar esa consecuencia de su impresión mecánica”*. Creemos que, en estas últimas palabras, deja ver una comprensión del medio probatorio a la luz de una estricta valoración predeterminada o “mecánica”, es decir, de la tarifa legal. Ello trae aparejado la imposibilidad de reconocer a la valoración del acto declaratorio realizada por el juez, la entidad de elemento de prueba. Pues, para la parte contraria el hecho podrá seguir siendo controvertido, incluso lo es hasta que se dicta sentencia, pero para el magistrado la controversia podrá disiparse con el testimonio de la parte, aun el efectuado en su favor.

sanción penal del perjurio, para darle mayor operatividad a los principios procesales de probidad y veracidad en las declaraciones⁸³.

Lógicamente desaparece la figura de las “preguntas recíprocas”, también innecesaria, ya que se inserta con la absolucón frente a las deficiencias que ésta presenta para lograr el cabal entendimiento de las posiciones y para garantizar la bilateralidad del medio probatorio. La reciprocidad forma parte de la esencia misma del interrogatorio libre, cuya amplitud nos debe conducir indefectiblemente a la recepción de la técnica de la *cross examination* o examinación cruzada.

Esta técnica se desenvuelve en un orden procedimental distinto, para lograr con ello desenmascarar la mentira de las primeras respuestas. El interrogatorio comienza realizándolo el representante de la parte que depone, a partir de suponer que ella brindará un testimonio favorable a sí misma. Luego prosigue la contraria, quien procura atacar la verdad de lo dicho con anterioridad, o bien apoyar con las nuevas respuestas sus propios argumentos y razones.

El sistema del *cross examination* se rige por la espontaneidad del interrogatorio que, lejos de estar absolutamente preparado, se desenvuelve a partir de las respuestas anteriores, indagando hasta llevarlas a los últimos puntos. Si el declarante ha prestado un testimonio verdadero, sus respuestas serán confirmadas en el cruce de interrogaciones; pero si ha mentido, quedará expuesta la falsedad de sus primeras contestaciones. Con los mismos fundamentos que se ubican tras la teoría de los actos propios, podemos decir que no está en la naturaleza humana desvirtuar las propias afirmaciones; y si ello ocurre, es bajo la presión interna de la verdad. Por esa razón, mucho más verídicas son las declaraciones que se obtienen por el fuego cruzado de las preguntas, resultando de una crítica profunda que hará surgir lo que es cierto y lo que es falso⁸⁴.

⁸³ Devis Echandía, op. cit., 576.

⁸⁴ Couture, op. cit., 232.

Es menester señalar, que la examinación cruzada, a diferencia de las “preguntas recíprocas” de la absolucón, es una técnica o forma en la que puede desarrollarse el interrogatorio informal. No se trata de anexar algo distinto, sino de un camino alternativo sobre el cual transitar la sustanciación del mismo medio probatorio, una particular manera de ejecutar el acto. Aquí no se agrega una figura a otra con el fin de corregirla y ampliarla. Por ello es dable sostener, que el interrogatorio libre consigue la satisfacción de sus finalidades por sí mismo, en total independencia o autonomía respecto de otras instituciones procesales, como el juramento o las preguntas recíprocas.

De lo hasta aquí reseñado, y en relación a lo estrictamente procedimental, puede deducirse fácilmente que el sistema del interrogatorio se inserta con mayor efectividad en las estructuras del proceso civil oral, cuyo principal beneficio radica en la oralidad del debate probatorio. No obstante, aun en los regímenes procesales escritos tiene perfecta inserción, para lo cual sólo es necesario dejar constancia en actas de la diligencia practicada.

A esta altura puede afirmarse, casi axiomáticamente, que tanto la resistencia doctrinaria a la incorporación del interrogatorio libre e informal en los códigos procesales modernos, como las limitaciones con las que se lo ha consagrado en algunos casos concretos, carecen de toda justificación lógica. Ni siquiera dentro de la concepción más privatista del proceso, debe aceptarse las restricciones al uso de medios probatorios lícitos, pues:

“A nadie se le ocurrirá decir que sea ilícito interrogar al adversario sobre el conocimiento que tenga de los hechos que configuran el litigio. No puede existir un derecho a callar la verdad ni a ocultarla, cuando el Estado interviene en el ejercicio de su función jurisdiccional; en cambio, existe el deber de lealtad, veracidad y probidad para toda persona que concurra al proceso”⁸⁵.

⁸⁵ Devis Echandía, op. cit., 567.

CAPÍTULO II

La *contra se pronuntiatio* en el mundo jurídico moderno

2.1. Concepto

Ha sido necesario construir con antelación nuestra postura doctrinaria para, recién a esta altura de la investigación, referirnos específicamente a la confesión judicial; pues, frente a la teleología de aclarar el panorama general de las pruebas por declaraciones de parte, hemos sentado criterio al considerar a la confesional como uno de sus posibles resultados probatorios, un contenido concreto y calificado, una clase de testimonio de parte. Era, entonces, sistémicamente correcto teorizar primero sobre el género para desarrollar sólo luego la especie.

Hasta aquí hemos mencionado a la institución en repetidas ocasiones, es momento ahora de indagar en torno a las definiciones que los juristas han vertido en este campo.

En el *Tratado de las pruebas judiciales*, el pensador y jurista inglés Jeremy Bentham, sostenía que “*cuando la admisión es expresa, en tanto representa una declaración de la parte contra sus propios intereses, toma el nombre de confesión*”⁸⁶. Pese a la amplitud del concepto y a su confusión con otra figura, es posible identificar los rasgos tipificantes de la confesión entendida como manifestación de la parte en una *contra se pronuntiatio*, con consecuencias jurídicas adversas.

Los autores agregan distintos elementos a sus definiciones, con el fin de precisar el concepto. Para Palacio, la “*confesión es la declaración que hace una parte respecto de la verdad de los hechos pasados, relativos a su actuación personal, desfavorables para ella y favorables para la otra parte*”⁸⁷.

En sentido similar, Arazi señala que “*la confesión, considerada como prueba, consiste en una declaración formulada por quien es parte en el*

⁸⁶ Jeremy Bentham, *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Tomo I; citado en Falcón, op. cit., 352.

⁸⁷ Palacio, *Manual*, 450.

*proceso, sobre hechos personales o de su conocimiento personal, desfavorables al confesante y favorables a la otra parte*⁸⁸. Incorporando mayor especificidad, Morello destaca que:

*“La confesión -especie de testimonio- es la declaración que en forma espontánea o provocada efectúa una parte respecto de la verdad de hechos pasados, personales o de su conocimiento, susceptibles de producir consecuencias jurídicas perjudiciales para el confesante, y prestada con conciencia de que se proporciona una evidencia a la contraria, contra se pronuntiatio*⁸⁹.

Finalmente citamos a Devis Echandía, para quien se trata de:

*“Un medio de prueba judicial, que consiste en la declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el conocimiento de otros hechos perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso, o simplemente favorables a su contraparte en ese proceso*⁹⁰.

Pueden observarse aspectos presentes en todas las definiciones, fundamentalmente la consideración de la confesión como una especie de declaración o testimonio, los hechos específicos que tiene por objeto, los sujetos que pueden efectuarla, y los efectos contrarios al interés de quien depone. Sin embargo, la elección de los conceptos no ha sido aleatoria, en la medida que los mismos dejan ver diferentes posturas alrededor de la naturaleza jurídica y los elementos o requisitos que cada autor le atribuye a la figura. Palacio y Morello se refieren a una declaración “de verdad”, mientras que lo es de “ciencia o conocimiento” para Devis Echandía. Por su parte, Arazi alude a la confesión “como prueba”, por lo que cabe preguntarnos, a *contrario*

⁸⁸ Roland Arazi, op. cit., 179.

⁸⁹ Morello, Sosa y Berizonce, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. Tomo V-B (Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1996), 7.

⁹⁰ Devis Echandía, op. cit., 667.

sensu, si existe un tipo de confesión que exceda o se ubique fuera del ámbito procesal.

2.2. Requisitos

A pesar del amplio desarrollo que la doctrina ha efectuado sobre la figura de la confesión, en general el estudio acerca de los elementos que la misma debe reunir no ha sido uniforme ni preciso.

Para comenzar, debemos señalar que a partir de la aceptación de la doctrina que diferencia la inexistencia y la nulidad, es fundamental identificar los diversos requisitos que el acto jurídico debe cumplir para no caer en alguna de dichas categorías de ineficacia. Los actos jurídicos en general, y los procesales en particular, pueden nacer a la vida jurídica perfectos o imperfectos, con o sin vicios que los invaliden; y, en ocasiones, aun siendo válidos pueden resultar ineficaces para el fin jurídico que con ellos se persigue. Existen, por lo tanto, actos que se asemejan a una confesión, aunque no lo serán por no poseer algún requisito que les permita existir como tal; otros que, consistiendo en una confesión, no producirán efecto jurídico probatorio alguno por carecer de validez; y, finalmente, nos encontraremos con confesiones, perfectamente válidas, pero ineficaces para probar el específico hecho sobre el cual recaen.

En esta temática, Devis Echandía es el autor que mejor ha logrado clasificar y definir los diversos presupuestos que el acto confesorio ha de reunir, identificando y distinguiendo según los mismos se vinculen a la existencia, validez o eficacia probatoria de esta institución. Por dicho motivo seguiremos al mencionado jurista en este punto⁹¹.

2.2.1. Requisitos para la existencia de la confesión

Debemos comenzar con los requisitos fundamentales, y en este sentido serán aquellos que hacen a la existencia misma de la confesión; el conjunto de

⁹¹ Ibid., 579 a 635.

condiciones cuya presencia ha de verificarse en cada caso concreto para que estemos frente a este particular tipo de testimonio, y no ante un acto o institución distintos:

A. Debe tratarse de una declaración de parte: en primer lugar, las manifestaciones tendrán origen en alguno de los sujetos reconocidos como parte, inicial o posterior, del proceso en el que aquéllas se incorporan. Actor, demandado, litisconsortes, y los sucesores de cada uno de ellos, serán la “fuente” necesaria de este medio probatorio.

Las partes no pueden citar a sus propios litisconsortes a absolver posiciones ni éstos requerirlo respecto de otros que intervengan en el mismo rol, sólo cabe la chance de hacerlo, en ambos casos, en calidad de testigo. El motivo de ello radica en que, aun cuando los litisconsortes adoptasen posturas contradictorias o existiera incompatibilidad de intereses entre ellos, la pretensión única o el vínculo de conexión entre las distintas pretensiones no se vería alterado⁹². Sin embargo, para Morello sí podrían ponerse posiciones entre sí cuando revistieran el carácter de partes contrarias o sustentaran derechos distintos, aunque la eficacia de la prueba sólo se extendería a aquellos colegitimados que reconozcan el hecho⁹³.

El supuesto del propio litisconsorte o de éstos entre sí, deja ver la escasa amplitud que el medio probatorio de la absolución de posiciones muestra para dichos casos en particular; debiendo recurrirse a la declaración testimonial, cuyos efectos distan de aquellos que eventualmente pueden alcanzarse con las declaraciones de parte. Por el contrario, la figura del interrogatorio libre e informal es apta y eficaz para obtener las manifestaciones de estos sujetos del proceso. En primer lugar, por la misma similitud con la testimonial; pero, fundamentalmente, por la legitimación para requerir este medio respecto de *“cualquier litigante con interés distinto de aquél que lo solicita”*, tal como lo establece el art. 384 del Código Procesal Civil de la Provincia de Tierra del Fuego.

⁹² Falcón, op. cit, 469.

⁹³ Kielmanovich, op. cit, 492.

No obstante, es menester precisar que la confesión de un litisconsorte no afecta a los demás, aunque el juez considerando el caso puede valorarla como prueba indiciaria en contra de éstos. Teniendo en cuenta dichas circunstancias, la confesión no alcanza para el magistrado el valor de plena prueba, sino de presunción oponible a todos los litisconsortes. Para evitar el juego de la presunción, deberán desvirtuarla a través de prueba en contrario.

La confesión realizada por la parte o un litisconsorte en otro expediente no podrá ser invocada por la contraria en el proceso actual en la misma calidad de *declaración contra se pronuntiatio*, sino que ingresará como un testimonio más.

B. Debe ser una declaración personal, a menos que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro: en principio, la confesión debe emanar directamente de la parte; sin embargo, la ley contempla supuestos en los que la declaración se realizará a través de representantes, es el caso de los incapaces o las personas jurídicas. También las normas podrán consagrar una habilitación genérica para que las declaraciones sean efectuadas por apoderado judicial, es decir, no se trata aquí de un mandato emanado de la ley sino de una posibilidad que se acuerda a las partes.

C. La declaración debe referirse a hechos: objeto de la prueba judicial en general, y de la prueba confesional en particular, son los hechos, entendidos como los acontecimientos sucedidos en el mundo físico, y también en la interioridad de las personas cuando se exteriorizan.

Se confiesan entonces circunstancias fácticas, y no las normas de derecho, las alegaciones jurídicas, ni los derechos. En ciertas ocasiones pareciese que la confesión recae sobre una relación jurídica, así las cosas cuando se interroga sobre contratos de compraventa, mutuo, locación, etc., en los cuales la parte ha intervenido como celebrante. Sin embargo, aun en estos supuestos el confeso lo es sobre el conjunto de hechos simples, comprendidos de forma implícita, en la denominación jurídica empleada⁹⁴. Al referir a una

⁹⁴ CNCom, Sala D, 23/3/84, DJ, 1985-1-111.

concreta relación, v.gr. locativa, en realidad se relatan las diversas circunstancias fácticas que la configuran.

Los hechos deben ser “pasados”, es decir, los mismos ya acontecieron en el mundo real, ya dejaron impresa su huella en la psiquis de la parte; y si bien sucedieron o tuvieron origen antes del proceso, pueden subsistir durante el curso del mismo. De conformidad a la temporalidad del hecho, es imposible confesar acerca de aquellos que todavía no han sucedido. En cuanto a los demás requisitos, remitimos a lo desarrollado al tratar la prueba en general.

D. Los hechos deben ser desfavorables para el declarante: este es un requisito ampliamente discutido, respecto del cual la doctrina no ha logrado plena coincidencia.

Los autores, en gran mayoría, entienden que esta es una *conditio sine qua non* para la existencia misma de la confesión⁹⁵. Por el contrario, para otros juristas habría confesión incluso cuando los hechos fuesen favorables al declarante, por lo que se trataría de un requisito vinculado sólo a la *eficacia probatoria*⁹⁶. Sin lugar a dudas, esta última postura se origina en el desacierto de equiparar o igualar la declaración de parte con la confesión, cuando ésta es sólo un eventual resultado de la primera. La declaración existe y puede ser valorada, como elemento de prueba, con independencia del contenido favorable o desfavorable que presente; únicamente el mérito probatorio será diferente, pues en el primer caso podrá ser valorada como indicio, mientras que en el segundo hará plena prueba. La confesión, por el contrario, se define y tipifica en lo más profundo de la institución a partir del carácter desfavorable que presenta para el declarante.

En los procesos de jurisdicción voluntaria, el requisito se verifica cuando el hecho declarado es contrario a las pretensiones del requirente. Esta manifestación debe producirse, en principio, de manera espontánea por la parte o su representante, ya que no existe aquí adversario que provoque la

⁹⁵ Devis Echandía, Lessona, Aubry y Rau, Giorgi, Carnelutti, Gorphe, Bentham, Palacio, Kielmanovich, Arazi, Morello, entre muchos otros.

⁹⁶ Guasp, Eisner, Lent.

declaración. No obstante, podrías darse el supuesto en el que las normas procesales habiliten al juez a interrogar y a través de dicha indagación se obtuviera la confesión.

Para que exista confesión, el carácter desfavorable de la misma se evalúa en relación al interés jurídico del deponente, pues no es necesario que el hecho objeto de la declaración haya sido alegado por la contraria como fundamento de su pretensión o excepción. Basta que se oponga total o parcialmente al efecto jurídico reclamado en el proceso u opuesto a la demanda, según el confesante sea actor o demandado respectivamente. Otra cosa debemos decir si nos referimos a la eficacia de la confesión, es decir, para que el juez la contemple como fundamento de su decisión el hecho sí debe ser incorporado oportunamente por la parte contraria. De modo tal que la alegación de los hechos puede ser requisito para la eficacia pero nunca lo es para la existencia de la confesión.

Sin embargo, pueden presentarse hipótesis en las cuales el demandado también desee, e incluso le convenga, conseguir un efecto jurídico perseguido con la demanda que, por ejemplo, la ley no les permitiría obtener de mutuo acuerdo (v.gr. divorcio o nulidad matrimonial). Cabe preguntarnos entonces, ¿qué sucedería si el demandado reconociera los hechos invocados por el actor? ¿Habría confesión? Pues claramente el confesante, lejos de perjudicarse, podría obtener beneficios. Para Devis Echandía, *“no hay dificultad en calificar tal acto como confesión del demandado, porque éste no lo alega por su parte como fundamento de una pretensión propia, es decir, no está reclamando en su favor esos efectos jurídicos”*⁹⁷. Además, tienen aplicabilidad los principios de la *comunidad de prueba* y la *indivisibilidad de la confesión*.

Otro supuesto que plantea similares interrogantes, tienen lugar cuando algún hecho es susceptible de producir efectos jurídicos favorables a ambas partes, pudiendo ser alegado tanto por demandante como demandado. Ejemplo de ello es el hecho que funda una nulidad o resolución contractual,

⁹⁷ Devis Echandía, op. cit., 585.

reclamada por el demandante, sirve para justificar la restitución del bien objeto del acuerdo requerida en la reconvencción del demandado.

Estos casos nos permiten concluir que, si bien en principio el requisito consistiría en la verificación de un efecto directamente pernicioso para el deponente, así contemplado no tendría ocurrencia en todas las ocasiones. Por tanto, lo que allí importa es que la declaración resulte favorable a la contraparte.

Esto ha dividido aguas en el mundo jurídico, pues de un lado se ha sostenido que el requisito consiste en el carácter desfavorable *para el declarante*, desde el otro habría confesión cuando la declaración es *favorable a la contraria*. Como se observa, una tesis se enfoca en el sujeto confeso, la otra en aquel a quien se beneficiaría con el resultado probatorio. Para quienes sostienen la primera postura, la segunda caería en el error de reconocer como condición de existencia a un requisito que, en realidad, hace a la eficacia de la confesión.

Por nuestra parte, creemos que no hay diferencia fundamental entre las posturas y que ambas se refieren a la existencia de la confesión. Entendemos que lo desfavorable se observa desde un doble aspecto y, por lo tanto, puede consistir en que el efecto jurídico derivado del hecho confesado sea contrario al esgrimido por la parte confesante o, simplemente, favorable al de la parte contraria. La justificación radica en que no puede exigirse uno u otro requisito de modo absoluto, siendo suficiente para la existencia de la confesión que, total o parcialmente, los efectos jurídicos sean en parte desfavorables al confesante y favorables a la contraria.

En este punto, es menester evaluar las posturas a la luz de la lógica y la práctica real, alejándonos de lo abstracto del debate doctrinario. De este modo, es fácil concluir que en todos los casos, cuando el efecto jurídico es *favorable* a una de las partes, el mismo resulta antagónico o *desfavorable* a los intereses del otro sujeto procesal.

E. Deber versar sobre hechos personales del confesante o sobre su conocimiento de hechos ajenos: en un primer momento, la confesión fue

restringida únicamente a los hechos personales, con lo cual la declaración consistía en el reconocimiento del hecho en sí mismo. Luego, se hizo extensiva a aquellas declaraciones que no implicaban una referencia directa al hecho, que ya no es personal o propio del deponente, sino al conocimiento que el confesante tenía sobre esas circunstancias fácticas. Con ello, lo confesado en este segundo supuesto es el *conocimiento personal* que se tiene de un hecho ajeno, obra de un tercero o de la naturaleza misma; en síntesis, se acepta como cierto el hecho personal de haber adquirido ese conocimiento.

Con toda lógica cabe afirmar, que resulta imposible declarar, y mucho más aun reconocer como cierto, un hecho que no cumpla este requisito.

F. Debe tener una significación probatoria: por tal motivo, cuando la declaración no tiene contenido probatorio alguno, bien sea porque no beneficia a la contraparte, o porque no perjudica a su autor, no estamos frente a una confesión.

La significación probatoria implica que la confesión es apta, intrínsecamente, para desempeñar la función de prueba en el proceso en caso de ser aducida como tal, aunque no esté destinada de inmediato a servirle al juez para formar su convencimiento.

En relación a este requisito, cabe señalar ciertos casos en los que una declaración aparentemente confesional, libre y consciente, puede ser realizada con un *animus iocandi*, vale decir, en broma, o para dar una disculpa o excusa simulada a la negativa de prestar un servicio. La significación probatoria no existe porque la manifestación no se efectúa de forma seria. El requisito de la seriedad⁹⁸ tiene notable importancia respecto de las confesiones extrajudiciales en las que pueden presentarse situaciones como las reseñadas; por el contrario, el marco del proceso jurisdiccional y la presencia del juez dotan de

⁹⁸ Devis Echandía, autor a quien mayormente seguimos en la temática de los requisitos de la confesión, contempla la seriedad como condición autónoma. Sin embargo, disentimos en dicha metodología por cuanto éste es sólo uno de los elementos o aspectos que deben encontrarse en la declaración para que se haga presente el requisito de la significación probatoria.

seriedad a todas las declaraciones del expediente, por lo que la confesión judicial es siempre seria.

G. Debe ser un acto consciente: sin lugar a dudas, este es el requisito que mayores discusiones ha despertado en la doctrina y que, aun en la actualidad, no ha logrado unanimidad entre los autores, tanto extranjeros como nacionales.

Es preciso comenzar con una perspectiva amplia del requisito, conforme a la cual el acto no debe ser el producto involuntario de un estado de inconsciencia resultado, por ejemplo, de una enfermedad o de una inducción artificial (hipnosis, estupefacientes, etc.). Así definido, es claro que el requisito se nos presenta indispensable, pues no pueden existir declaraciones sin este “básico” de voluntad. Mas, cuando se incorpora el término “voluntad” como condición de existencia de la confesión, comienzan los debates y las dificultades.

Si la voluntad es entendida como sinónimo de aquel *estado de conciencia* antes mencionado, como dijimos, el requisito es indispensable. Lo mismo si la entendemos como *voluntad de declarar*, es decir, como realización libre y sin coacción del acto testimonial, que el sujeto quiera declarar y no sea obligado a ello. No obstante, en este último sentido, se discute si el requisito lo sería de la existencia, de la validez o de la eficacia de la confesión.

Los problemas comienzan cuando esa voluntad se exige en un nivel más profundo de especificidad, cuando para la existencia de la confesión se requiere un concreto *animus confitendi*. Para la doctrina y la jurisprudencia que recorren estas sendas, no ha sido fácil coincidir sobre qué se entiende por esa particular voluntad que el acto de confesión debería presentar.

Una primera tesis sostiene que ese indispensable *animus* consistiría en la intención de renunciar al derecho que deriva del hecho reconocido al confesar; bastando con que esta voluntad se manifieste en el declarante al tiempo de brindar su testimonio, sin importar que posteriormente intente desconocer los efectos de la renuncia.

Las objeciones imputadas a esta postura no son pocas. Para comenzar, la misma no sería aplicable en todos los supuestos, y por tanto no es posible consagrarla como principio general: ¿qué sucede cuando la parte declara no tener un derecho? ¿A qué estaría renunciado? Por otro lado, la práctica demuestra que los declarantes no se mueven a partir de esta voluntad de renuncia, pues aun en caso de confesión es común que sigan discutiendo los hechos objeto de tal reconocimiento. Esto es así porque simplemente lo hacen para exponer su conocimiento sobre los hechos sin tener en cuenta los efectos jurídicos que derivan del acto. Por último, se trata de un requisito subjetivo que difícilmente pueda ser comprobado por el juez cuando no es manifestado de forma expresa; con lo cual, si este *animus confitendi* es un requisito para la existencia de la confesión, y su comprobación aparece casi imposible, el juez en muy pocas ocasiones podrá reconocer la ocurrencia de la *contra se pronuntiatio* en el proceso.

Las mismas críticas caben a una segunda tesis, para la cual la voluntad de renuncia se dirige al derecho o facultad procesal de probar en contra del hecho perjudicial que se acepta. Si bien abandona la idea de abdicar a un derecho sustancial, principal error de la anterior, conserva la intención de renuncia, esta vez a la defensa procesal frente al hecho confesado, por medio de la actividad probatoria.

Hasta aquí, las posturas demuestran una voluntad en sentido pasivo, bajo la idea del despojo de facultades o prerrogativas. Por el contrario, una tercera teoría, también de tipo subjetiva, sostiene que la intención ya no implicaría una simple renuncia sino dar, proporcionar o suministrar la prueba del hecho confesado. Es una intención activa, dirigida a allanar a la contraria el requerimiento de pruebas respecto del hecho que alegó, quedando fijado como verdadero en perjuicio del confesante. Sin embargo, la construcción teórica se aleja aquí de la realidad procesal, ya que las confesiones judiciales son en gran mayoría el resultado de interrogatorios, por lo que la voluntad de suministrar no puede reconocerse en un acto que es eminentemente forzoso; y lo mismo puede decirse de la confesión ficta por incomparecencia. Por otro lado, el

ánimo de favorecer a la contraria no se condice con el carácter litigioso propio del proceso jurisdiccional.

Las críticas observadas condujeron a la elaboración de nuevas tesis que buscan, fundamentalmente, superar los errores en que cayeron las anteriores. Una cuarta teoría mantiene la exigencia del *animus confitendi* en el confesante, pero dirigido al reconocimiento de la verdad del hecho o, más precisamente, a darlo por cierto, tanto para un proceso actual como futuro. La voluntad se muestra dirigida a fijar formalmente como cierto un hecho, independientemente de la verdad del mismo⁹⁹. Como consecuencia de la certeza que el declarante le atribuye al hecho se le suministra a la contraria una prueba, pero este es un efecto legal y, por lo tanto, se produce con independencia de haber sido buscado o no por aquélla. De modo tal, el autor de la confesión pudo querer reconocer como cierto el hecho, pero no allanar la prueba del otro litigante; y así se observa frecuentemente en la práctica.

Esta tesis supera con creces a las tres anteriores, en tanto descarta la voluntad entendida como ánimo de favorecer al adversario, o de renuncia a un derecho sustancial o procesal, y se elimina el requisito de la intención de generar efectos jurídicos perjudiciales para el confesante. Los autores comprendieron aquí, que tales consecuencias acaecen con independencia de la voluntad de quien confesa. Sin embargo, se le reprocha continuar con la exigencia general de ese *animus confitendi*, aun cuando sea considerado de forma laxa y reduciendo al mínimo sus requisitos, porque siempre existirán supuestos en los que, pese a la amplitud, no podrá comprobarse esa específica intención requerida en el declarante. Así las cosas, v.gr. en las confesiones extrajudiciales es común que el sujeto en ese momento tenga una intención absolutamente distinta de la de hacer una declaración sobre el hecho, aun menos de darlo por cierto, y no obstante ello, en esos casos habrá confesión de todos modos.

Ante ello, la siguiente tesis elimina el requerimiento del *animus confitendi* para la génesis de la confesión, por considerarlo ficticio e innecesario, y sólo

⁹⁹ Carnelutti, citado en Devis Echandía, op. cit., 595.

exige la conciencia o el conocimiento del carácter desfavorable del hecho confesado. Se abandona la idea del acto de voluntad, para entenderlo como una simple declaración de ciencia o verdad. Basta sólo una voluntad de realizar el acto declarativo. A pesar del significativo avance, puede reprochársele la subjetividad de ese conocimiento que demandaría la confesión, cuestión puramente psicológica e interna, que no es susceptible de comprobación, ni puede exigirse su prueba a quien se favorezca con la *contra se pronuntiatio*. En la práctica, no hay más opción que presumir tal conciencia en el declarante cuando quede comprobado que el sujeto actuó sabiendo qué era lo que hacía.

Por todo lo hasta aquí dicho, nos inclinamos por una sexta tesis, conforme a la cual únicamente es válido exigir la voluntariedad genérica de todo acto jurídico, sin intención específica y, por tanto, prescindiendo del *animus confitendi*. Es suficiente que el litigante obre con voluntad de declarar y sabiendo qué es lo que declara, aunque desconozca los efectos jurídicos concretos que derivarán del acto. La confesión de ninguna manera puede ser entendida como un acto de voluntad ni un querer del confesante, sino como una declaración de ciencia o conocimiento.

Sólo esta postura es capaz de explicar el requisito en la totalidad de los casos prácticos, con sus diversas modalidades, en los cuales las demás tesis no podían ser aplicados y, a pesar de ello, la confesión no dejaba de existir, ni de producir sus efectos jurídicos materiales y procesales. Si en la práctica se exigiera que los jueces comprobasen el *animus confitendi*, en sus distintos entendimientos, para que la declaración de parte sea valorada como confesión, serían extraordinarios los casos en los que esto se lograría, prácticamente extinguiendo la existencia y utilidad de la institución. Por el contrario, los magistrados no se preocupan por ese elemento subjetivo, sino que valoran el contenido de la declaración y su carácter perjudicial objetivo del hecho confesado, tal como fue analizado en el apartado D.

H. Debe ser terminante: significa que la confesión se obtiene sin recurrir a procedimientos o razonamientos inductivos o deductivos de las declaraciones de parte. Cualquiera que sea la intención del confesante, es imprescindible que

no haya dudas acerca de la declaración misma y de su contenido: debe ser cierta o terminante. Por ello, la doctrina ha negado el carácter de confesión a las admisiones vagas y genéricas, o a las condicionales¹⁰⁰, es decir, que el resultado probatorio no debe ser dudoso, sino que emerge en forma clara y precisa.

Gran parte de los autores exigen también, junto al requisito ya señalado, que la confesión aparezca de manera “expresa” en el mundo real. Sin embargo, disentimos con tal requerimiento, ya que lo contrario implicaría negar la posibilidad de confesiones fictas. Respecto de estas últimas, y más allá de tratarse de efectos generados por la ley procesal, creemos que el legislador interpreta el actuar de la parte, debidamente notificada y renuente a comparecer sin justa causa, como una manifestación “terminante” a favor de la contraria. De modo tal que, es dicha característica la que realmente define la existencia de la confesión, en la medida en que ese elemento aparece aun en los casos de confesión ficta.

I. Capacidad jurídica del confesante: este es un requisito al cual los autores suelen referirse y, en general, coincide la doctrina en que carece de valor probatorio la confesión realizada por un incapaz. Mas, la consideración del elemento es hecha sin identificar si la capacidad se vincula a la existencia o a la validez de la confesión; mientras aquellos que consideran una u otra posibilidad, no han logrado unanimidad al respecto. Las implicancias no son menores, pues lejos de ser una mera cuestión teórica, la dilucidación de este aspecto influye notablemente en la práctica y aplicación del medio probatorio.

Como ha quedado sentado en apartados anteriores, para la existencia de confesión es suficiente, pero también necesaria, la verificación de un estado de conciencia en el declarante, es decir, de *discernimiento* para la realización del acto procesal. Por ello, es indispensable distinguir en este punto la incapacidad absoluta de la incapacidad relativa, ya que es sólo la primera de ellas la que impide reconocer ese discernimiento en el sujeto. Así, el menor

¹⁰⁰ Lesson, citado en Devis Echandía, op. cit., 603.

impúber o el demente, carecen de conciencia sobre lo que se dice o hace, en consecuencia falta el elemento básico para la existencia misma de la confesión. En cuanto al sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, aun cuando sus facultades mentales fuesen aptas para confesar, falta la posibilidad misma de declaración, con lo que mucho menos podrá generar el específico resultado confesorio.

Por el contrario, el discernimiento sí aparece en los incapaces relativos, esto es, en menores adultos, fallidos y concursados, penados, e inhabilitados del art. 152 bis del Código Civil; motivo que hace conscientes sus declaraciones, las cuales serán confesiones cuando reúnan los demás requisitos. No obstante, aun cuando exista confesión, la falta de capacidad dispositiva propia de la incapacidad relativa vicia de nulidad el acto, invalidando sus efectos jurídicos y privándola de eficacia procesal.

De esta manera, podemos concluir que la capacidad relativa es la aptitud mínima que se requiere para la existencia misma de la confesión pues, a contrario sensu, si ésta falta no hay conciencia en el sujeto. En tanto, la capacidad plena es condición necesaria para la validez y eficacia de la declaración confesional.

Como señaláramos al comenzar, en un sistema de libre valoración de la prueba, la distinción tiene implicancias prácticas de significativa importancia, ya que el juez tendrá la posibilidad de apreciar la confesión del incapaz relativo y concederle cierto mérito probatorio.

2.2.2. Requisitos para la validez de la confesión

Como señalamos al comenzar con el desarrollo de los requisitos de la confesión, en ciertas ocasiones la ausencia de alguno de ellos vicia de nulidad la declaración, lo cual implica privar al acto confesional de sus efectos propios, en este caso, probatorios. No es necesario que el juez declare expresamente la nulidad de la confesión, le basta con negarle valor como medio de prueba al tiempo de apreciar el material probatorio.

Sin embargo, esa confesión puede ser saneada. Para ello, es menester que sea sustanciada nuevamente, observando en su génesis todos los requisitos legales, a fin de garantizar su obtención libre de vicios. Si la confesión se obtuvo a través de prueba de posiciones o de interrogatorio libre, el juez, de oficio o a pedido de parte, debe ordenar repetir la diligencia. Dado que se trata de prueba ya decretada o admitida, no queda impedido el saneamiento por haber fenecido los tiempos para solicitar pruebas, si todavía es posible su práctica.

De esta manera, para evitar la nulidad, en la confesión deberán verificarse los siguientes requisitos:

A. Plena capacidad en el confesante, salvo excepción legal: ya vimos que la ausencia total de capacidad en el confesante era causal de inexistencia de la confesión; empero, cuando se trata de incapacidad relativa, era la validez de la declaración la que sucumbía. Es acertado aquí hablar de declaración, puesto que la capacidad no es una exigencia de la confesión que obedezca a una disposición o renuncia directa de un derecho del confesante; sino que se requiere porque la *contra se pronuntiatio* se incluye dentro del género de las declaraciones, y éstas, en tanto actos jurídicos, tienen como condición de validez ese presupuesto de capacidad.

Cabe preguntarnos entonces, cuál es la capacidad para confesar que se requiere. Y la respuesta no puede ser otra que la misma aptitud civil general o, lo que es igual, la capacidad procesal para demandar y ejecutar actos procesales válidamente.

En el caso de los menores de edad adultos, aquellos que tuvieran entre catorce y dieciocho años de edad (arts. 126 y 127 CC), pueden confesar cuando hayan obtenido autorización de quien ejerce sobre ellos la patria potestad o, si éstos se negaren, venia judicial (art. 282 CC). No obstante, en ambos supuestos, si bien la autorización dada para comparecer a juicio comprende la habilitación para realizar todos los actos procesales que en el marco del expediente puedan requerirse, la confesión sólo es válida con respecto a los hechos que se ventilan en ese concreto litigio autorizado.

Los menores que han obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión pueden, sin necesidad de permiso previo, estar en juicio civil y, por consiguiente, confesar en las acciones vinculadas a ello (art. 128 2° párr. CC). En sentido similar, el menor autorizado para el ejercicio del comercio podrá confesar de conformidad a lo prescrito por los artículos 10 a 12 del Código de Comercio; y, en materia laboral, surge la posibilidad para los menores que sean parte de un contrato de trabajo, de comparecer en el proceso en lo relacionado con dicho litigio laboral (art. 204 Ley 20.744, y art. 34 Ley 18.345).

La modificación introducida por la Ley 26.579 al régimen de minoridad, por la cual se redujo a dieciocho años la edad para alcanzar la plena capacidad civil, quitó aplicabilidad a la institución de la “habilitación de edad”, otorgada a los menores adultos que hubiesen alcanzado los dieciocho años, pues no tiene sentido habilitar a quien ya ha alcanzado la mayoría. Por esa razón, sólo cabe mencionar la emancipación para aquellos menores que contraigan matrimonio con asentimiento de sus padres, de quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos, de sus tutores o, en su defecto, del juez (art. 168 CC). Quienes son emancipados por esta vía adquieren plena capacidad, y con ello aptitud para confesar en juicio, salvo en lo relativo a los actos a que hace referencia el art. 135 CC.

Otros incapaces relativos, como los fallidos y concursados no pueden confesar sobre hechos relativos a los bienes desapoderados (art. 1.160 CC, y art. 110 Ley 24522), pero es válida si la confesión tiene por objeto hechos ajenos a la quiebra o al concurso, vinculados a su vida como hombre, como ciudadano, como miembro de una familia. Por otro lado, los penados con prisión o reclusión por más de tres años, quedarán sujetos a las incapacidades que determina el art. 12 del Código Penal¹⁰¹.

¹⁰¹ **ARTICULO 12.-** La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

Finalmente, en cuanto a los inhabilitados del art. 152 bis del Código Civil, la capacidad para comparecer y declarar en juicio por sí mismo dependerá del tipo de inhabilitación y la limitación de los actos que la sentencia haya establecido. Con relación al caso concreto del pródigo la doctrina ha disentido, ya que para algunos juristas aquel que es declarado *interdicto por dilapidador* queda excluido de la limitación para confesar, es decir, su capacidad procesal no se vería afectada¹⁰²; mientras otros autores sostienen la asimilación de este inhabilitado al supuesto del fallido, debiendo declarar a través del curador designado en la sentencia¹⁰³.

B. Libre voluntad del confesante: la confesión debe surgir animada por un espíritu libre de coacción física, psíquica o moral que afecte la voluntad de declarar. Cuando la persona declara de modo consciente, es decir, con pleno entendimiento de lo que hace y dice, pero bajo los efectos del dolor, del agotamiento o la coacción moral o psicológica, existe un acto jurídico-procesal de confesión, mas el mismo nace viciado de nulidad. Toda confesión obtenida por medios violentos carece de efectos probatorios, fundamentalmente por lesionar la dignidad humana, pero también por la falta de garantía de seriedad y verdad de esa declaración.

Existe unanimidad en la doctrina respecto del reconocimiento de este requisito indispensable de la confesión. No obstante, algunos autores diferencian el supuesto en el que la coacción sea de tal magnitud que ocasione la inexistencia total de voluntad, de libertad de elección y, con ello, la ausencia de confesión por faltar un mínimo estado de conciencia. Igualmente, en ambos casos se trataría de una prueba ilícita, carente de valor y significado probatorio.

C. Cumplimiento de las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar: por supuesto que ésta es una condición de validez de las declaraciones judiciales, ya que la confesión extraprocesal puede ser realizada en cualquier momento, espacio físico y modo. Más aun, es dable afirmar que en particular el requisito se aplica especialmente a las confesiones provocadas, pues las partes pueden

¹⁰² Falcón, op. cit., 368.

¹⁰³ Devis Echandía, op. cit., 617.

confesar de manera espontánea hasta el tiempo de la sentencia, de modo escrito u oral, sin específicos requisitos formales que hagan a la validez de la prueba.

El requisito de tiempo u oportunidad significa que debe producirse en momento procesal adecuado, esto es, durante toda la etapa probatoria o en diligencia apta y legalmente concedida para ello (v.gr. audiencias de conciliación). Si el juez interroga a las partes en una oportunidad no contemplada por la ley, la declaración carecerá de valor.

El modo de la declaración involucra el conjunto de requisitos formales exigidos por las normas procesales, esenciales para el acto. Sin embargo, consideramos aconsejable que este sea un elemento examinado con un criterio amplio, pues como señalamos en puntos anteriores, la formalidad extrema con la que se revistieron las declaraciones de parte ha atentado contra la efectividad y utilidad del medio probatorio. De manera tal, sólo la carencia de aquellas formalidades esenciales debe ser considerada causal de invalidez; por ejemplo, si la ley prohibiera al juez la interrogación de oficio y, en absoluta contraposición a ello, el magistrado lo hiciera, la confesión sería nula.

Por último, el requisito del lugar no es menos importante, ya que el mismo garantiza la realización en un ámbito seguro e imparcial, evitando prácticas extorsivas, violentas o coactivas, para la obtención de confesiones, actos ilícitos demasiado comunes en algunas épocas. Generalmente la diligencia se practicará en el edificio de tribunales, siendo óptima la designación de un espacio específicamente acondicionado para ello.

D. Que no existan otras causales de nulidad procesal: en principio, si la confesión reúne los requisitos para su existencia y validez, la nulidad del proceso en el que aquella recae, no afecta a esa *contra se pronuntiatio*. Mas, en ciertas ocasiones, dada la magnitud del vicio que invalida el proceso, la invalidez se extiende a todos y cada uno de los actos “fruto” de ese “árbol envenenado”, incluso a la confesión resultando igualmente nula.

2.2.3. Requisitos para la eficacia de la confesión

Aun cumpliendo todos los requisitos indicados hasta aquí, es posible encontrarnos con confesiones que, no obstante ser válidas, carecen de mérito probatorio para ese proceso o para el específico hecho sobre el cual recae. Decimos entonces, que esa confesión adolece de ineficacia probatoria.

Para evitar esa descalificación, esta *confessio* deberá cumplir con los siguientes requisitos:

A. Disponibilidad objetiva del derecho o la obligación que se deduce del hecho confesado: esto implica que, por su naturaleza y por la inexistencia de impedimento legal, puede disponerse de aquéllos por medio de un acto de voluntad realizado por una persona capaz. Este requisito de eficacia ha conducido a cierto sector de la doctrina procesalista, a entender a la confesión como un acto de disposición, atribuyéndole erróneamente la naturaleza de negocio jurídico.

Como es sabido, existen derechos indisponibles e irrenunciables cuyo nacimiento y extinción exceden la voluntad individual de las personas, por tener raigambre en el orden público o el interés general, por ser considerados por la ley como actos solemnes (ej. matrimonio), o por tratarse de simples hechos jurídicos (ej. el nacimiento). Una declaración de tipo confesional que recaiga sobre hechos de los cuales deriven este tipo de derechos u obligaciones carecerá de eficacia para probarlos; así ocurre con el matrimonio, pues no será suficiente la declaración de los presuntos esposos para probar el vínculo conyugal, pues el mismo no surge de la simple voluntad de asumir esa condición jurídica, sino de la celebración de un acto solemne que da origen a dicho estado civil de las personas.

El art. 423 inc. 1 del CPCCN se refiere expresamente al requisito, al señalar que la confesión constituye plena prueba, salvo cuando *“incidiere sobre derechos que el confesante no puede renunciar o transigir válidamente”*.

B. Legitimación para el acto realizado por representante o apoderado: el requisito implica que los sujetos que ejercen la representación deben poseer

facultades para imponerle al representado o poderdante la obligación, o para disponer del derecho que del hecho confesado se infiere. No obstante, la declaración que resulte ineficaz como confesión podrá alcanzar valor como testimonio o indicio, libremente apreciable y valorable por el juez, en contra del representado; como mencionamos oportunamente, la conducta de las partes en el proceso es fuente de prueba y en ello se apoya el magistrado para considerar a la confesión ineficaz del modo señalado.

C. Idoneidad como medio de prueba del hecho confesado: prevista expresamente por la primera parte del inc. 1, art. 423 CPCCN, consiste en la aptitud legal de la confesión para probar el hecho que tiene por objeto. Esta conducencia implica dos condiciones; por un lado, que la ley no prohíba o excluya expresamente la confesión respecto de los hechos que constituyen la plataforma fáctica del litigio; y, por otro, que no se exija otro específico medio de prueba para acreditar hecho.

Entre algunos casos concretos, cabe mencionar la Ley de Acción de Amparo N° 16.986, en cuyo art. 6 *in fine* se excluye la confesión cuando la acción se dirija contra actos del poder público. Tampoco es admitida en el juicio de demencia ya que, de conformidad al art. 627 CPCCN, el presunto insano sólo puede rendir pruebas que hagan a la defensa de su capacidad, razón por la cual debe descartarse el valor probatorio de toda *contra se pronuntiatio*.

Con anterioridad a la Ley 23.515, la Ley de Matrimonio Civil N° 2.393 no permitía la confesión en los juicios de divorcio. En la actualidad si bien se admite, no tiene peso decisorio para el magistrado. El art. 232 CC dispone: “*En los juicios de separación personal o divorcio vincular no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos, a excepción de lo dispuesto en los artículos 204 y 214, inciso 2°*”. La norma excepciona los casos de separación de hecho sin voluntad de unirse, por periodos de dos o tres años, necesarios para obtener la separación personal o el divorcio vincular respectivamente, pues justamente la confesión por los cónyuges del transcurso de dichos lapsos, habilita esa instancia.

D. El hecho confesado debe ser pertinente y alegado por las partes: aquí el requisito ya no se refiere al medio probatorio, como lo hacía la condición anterior, sino directamente a las circunstancias fácticas contenidas en la confesión. El hecho deberá ser pertinente al litigio o a la materia del proceso voluntario, es decir, al *thema decidendum*; y esto surgirá del valor que le asigna la ley o del mérito que le atribuya el magistrado.

La alegación de los hechos es exigida por imperativo del principio de congruencia. De conformidad al mismo, debemos concluir que de nada servirá la confesión si los hechos sobre los cuales recae no pueden tenerse como fundamento de la decisión judicial, a raíz de la falta de exposición de ellos en los escritos liminares del proceso. No obstante, debemos indicar que el requisito se impone respecto de los hechos principales y no en cuanto a los secundarios o accesorios.

En este punto se aprecia la importancia de las dos categorías de requisitos estudiados *ut supra*, pues la existencia de confesión válida, pero ineficaz por impertinente para la causa o por tratarse de hechos no alegados, la privará de valor probatorio en ese proceso, aunque podrá ser útil para otro posterior con la misma parte confesante.

E. Debe tener causa y objeto lícitos, y no ser producto de fraude o dolo: la confesión es una declaración, y como tal debe cumplir con todos los requisitos que la ley sustancial exige a este tipo de actos jurídicos; entre ellos, se encuentran los ahora analizados.

En primer lugar, y de modo general, debemos decir que hay objeto o causa ilícitos en todo acto prohibido por la ley, contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres. Así, cuando la confesión recaiga sobre un acto de esta naturaleza, dejará probada la existencia del mismo pero éste carecerá de efectos jurídicos por la nulidad de la que adolece. Como puede deducirse, la nulidad no existe en la confesión sino en el hecho confesado; en consecuencia, el medio de prueba no se afecta en la validez, sino en su eficacia: de la confesión no se deducirán los efectos desfavorables que hubiese generado el hecho de no haber sido ilícito en el objeto o la causa.

Existe causa ilícita en la confesión, cuando el hecho confesado, aun siendo lícito, es inexistente; esto es, que aquella se formula con consciencia de que el hecho no es cierto. Se trata de una confesión realizada con dolo o fraude que, sin necesidad de connivencia con la parte contraria beneficiada, se dirige a la obtención de un pronunciamiento judicial que declare como verdadero un hecho que no lo es. Hay una finalidad ilícita que se refleja en el engaño al juez, en la falta al deber de veracidad y lealtad que pesa sobre las partes, pero, fundamentalmente, se muestra en la defraudación a terceros que en alguna forma ven afectados sus intereses. Por ello, cuando el juez debe la existencia de fraude o dolo, privará de efectos probatorios a esa confesión; y para esto, debe habilitarse la prueba sobre la ilicitud de la confesión.

F. No debe haber dolo o error de hecho: cuando estos vicios hayan afectado la voluntad del confesante, induciéndolo a error, podrá revocarse la confesión. Pero mientras ello no haya sido probado, la confesión conserva su eficacia probatoria.

El dolo al que nos referimos consiste en toda acción tendiente a *“conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin”* (art. 931 CC).

G. Que la ley no prohíba investigar el hecho: expresamente contemplado en el art. 423 inc. 2 del CPCCN, implica la imposibilidad para el juez de considerar como elemento de convicción a la confesión que recae sobre este tipo de hechos; motivo que la hace jurídicamente ineficaz para producir efectos probatorios.

H. Que se pruebe oportunamente el hecho de la confesión extrajudicial: a diferencia de la confesión judicial, que se prueba por sí misma, aquella que nace fuera del proceso debe ser probada en debida forma para que sirva de prueba en el expediente, para que pueda ser considerada como tal por el juez. Esa “prueba de la prueba” podrá consistir en documentos que contengan la confesión, en declaraciones testimoniales de personas que la hayan oído, o en

la confesión judicial en la que reconozca haber declarado de aquella manera. El grado de convicción alcanzado dependerá de la eficacia probatoria del medio utilizado para acreditar la confesión extrajudicial.

El art. 425 CPCCN excluye la prueba por testigos en los casos en los que no hubiera principio de prueba por escrito.

I. Condiciones generales a todo hecho probatorio: por último, cabe señalar algunas exigencias comunes a todo hecho objeto de la actividad probatoria; se trata de requisitos objetivos que la confesión debe reunir para gozar de la eficacia probatoria que habilita al juez a tomarla en consideración para formar su convicción.

- Que sea física y jurídicamente posible; en el primer caso, el hecho no deberá oponerse a las leyes constantes de la naturaleza; en el segundo, para que la confesión no pierda eficacia el hecho no puede estar en contradicción a otro que por ley se presuma de derecho o que sea objeto de cosa juzgada.
- Que no se oponga a otro hecho que goce de notoriedad; éste, queda exento de prueba ya que se considera cierto. Por consiguiente, el hecho confesado que se opone a uno notorio debe ser rechazado por el juez.
- Que no esté en contradicción con las máximas generales de la experiencia; es decir, con aquellos conocimientos que pertenecen a la cultura de un determinado círculo social, en una época determinada, y que el juez no debe ignorar porque sirven de base imprescindible de su criterio para la valoración de la prueba. A diferencia de la notoriedad, que se refiere a los hechos singulares, las máximas de la experiencia están vinculadas a juicios críticos abstractos y generales sobre la posibilidad y verosimilitud de ciertos hechos; por ello, no forman parte de la plataforma fáctica de la demanda o la defensa, sino de la cultura de juez como normas de criterio o verdades generales obvias para la valoración de los hechos.

2.3. Naturaleza jurídica

Cuanto se ha dicho en relación a este aspecto de la confesión, por cierto ampliamente debatido aun en la actualidad, depende en gran parte de la

exigencia o no del *animus confitendi*, y en caso afirmativo, del concepto que se tenga del mismo. Esto significa afirmar que, la naturaleza jurídica que se atribuya a la confesión es consecuencia de la exigencia de aquél requisito y de cuánto se entienda por él.

Dentro del grupo de autores que sostienen la presencia necesaria del elemento subjetivo, las hipótesis sobre la naturaleza jurídica de la confesión han sido las siguientes:

➤ Para aquellos juristas que definen el *animus confitendi* como la voluntad de renuncia a un derecho sustancial, son dos las posibles naturalezas. La primera entiende que la confesión es una *declaración bilateral de voluntad, de carácter sustancial y negocial, de derecho privado*; la institución aparece como un contrato, un acuerdo entre confesante y adversario en el cual concurren ambas voluntades para su formación. Mas, si fuese esta la naturaleza de la confesión, necesaria sería la aceptación de ella por el litigante beneficiado; sin embargo, las legislaciones procesales no contemplan tal requerimiento, pues la prueba produce sus efectos por el sólo juego de los principios de unidad y comunidad probatoria. Además, no podría sostenerse que la confesión constituya, modifique o extinga derechos, efectos jurídicos típicos del contrato.

Dentro de esta comprensión del *animus*, la segunda posibilidad es atribuir la naturaleza jurídica de una *declaración unilateral de voluntad, sustancial y negocial, de derecho privado*. Puede observarse el abandono de la idea de confesión como contrato, por lo que la renuncia es un acto que produce sus efectos por la sola voluntad del confesante. No obstante, en lo que resta, mantiene las mismas notas características que la anterior tesis, circunstancia que las hace pasibles a ambas de idénticas críticas a las vertidas al *animus confitendi* así entendido. Asignarle el carácter de negocio jurídico requiere de una voluntad dirigida a producir determinados efectos jurídicos, la cual en la mayoría de los casos no aparece y es innecesaria para la existencia, validez y eficacia de la confesión.

➤ Cuando la específica voluntad requerida al confesante se comprende como *renuncia a la facultad de probar en contra del hecho reconocido*, es decir, a la

posibilidad de intentar prueba sobre los hechos confesados, la confesión mantiene la naturaleza jurídica de un *acto de voluntad, de un negocio jurídico*, pero ahora de tipo *procesal*. Se descarta esta tesis por las mismas razones que las invocadas para rechazar la exigencia del elemento subjetivo y su entendimiento en el sentido señalado.

➤ Para quienes el *animus confitendi* consiste en la voluntad de *proporcionar a la contraria la prueba del hecho*, determinándolo como verdadero, la naturaleza jurídica de la confesión tiene el doble carácter de *acto de voluntad o negocial y de medio de prueba*. Se trataría de un negocio jurídico, en tanto es menester el elemento voluntario, del cual se desprenden efectos procesales que consisten en la fijación formal de la verdad por medio de la declaración.

Dentro de esta tesis, señala Couture que la confesión es “*un medio de prueba en su sustancia y un negocio jurídico en sus efectos*”¹⁰⁴, lo que para el autor significaría colocar en el primer plano de la esencia de la institución al acto representativo y, en el segundo, al dispositivo. También Carnelutti, quien figurativamente explica estas ideas al decir que, aun cuando la confesión es un acto de ciencia y no de voluntad, se le asimila al negocio jurídico “*porque es prácticamente la misma cosa que yo prometa a alguien mil liras o que confiese haberlas recibido de él en préstamo*”¹⁰⁵.

Sin embargo, y pese a la valorización del aspecto procesal, la consideración de esta doble naturaleza es una contradicción notoria. El reconocimiento del carácter de medio de prueba, acertado por cierto, implica descartar el juego de la voluntad en la producción de efectos jurídicos, pues sólo de la ley o de la sana crítica del juez emana su valor probatorio. Por tanto, si atribuimos naturaleza jurídica de medio de prueba, debemos descartar que el efecto de la confesión emane de la voluntad y, en consecuencia, no podemos hablar de negocio jurídico.

¹⁰⁴ Couture, op. cit., 286.

¹⁰⁵ Carnelutti. *Sistema*. N° 311, c, a. Cit.; citado en Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo III (Buenos Aires: Ediar; 1958), 370 nota al pie.

➤ Frente a las críticas que recibieron las posturas citadas *ut supra*, algunos juristas conservaron el requisito del *animus confitendi*, pero bajo un concepto amplio y flexible, que no se equiparaba en absoluto a la consecución de un fin específico y concreto, sino que consistía en la mera intención personal de declarar como cierto o verdadero un hecho. En efecto, para estos autores la confesión es una *declaración de verdad, de tipo procesal y un medio de prueba*. Como consecuencia de la amplitud del requisito volitivo, el acto pierde el carácter negocial, y al reconocerse la naturaleza procesal, la consideración de la confesión como medio de prueba no cae en la contradicción de la tesis anterior. La única función de la manifestación es acercarle al juez la verdad de los hechos conocidos por las partes, como acto puramente procesal, declarativo y no dispositivo, pues el declarante no se preocupa de los efectos que la declaración produce, de ello se ocupa exclusivamente la ley o la interpretación del juez.

Estas nociones superan gran parte de las críticas expuestas previamente; sin embargo, al calificar la confesión como declaración de verdad quedan en una laguna todas aquellas declaraciones que no son ciertas y que, no obstante ello, constituyen de todos modos una *contra se pronuntatio*. Este motivo, y el efecto de presunción de verdad con el que aparecería la confesión para estos autores, nos llevan a descartar la tesis.

Como puede concluirse, las doctrinas que exigen un determinado *animus confitendi* como elemento necesario para la existencia de la confesión, no arriban a una tesis satisfactoria sobre la naturaleza jurídica de la institución. Si bien la última de ellas se acerca bastante a la esencia de la confesión, se le reprocha no abarcar algunos casos, razón que no permite consagrarla como principio general en esta materia.

Cabe entonces repasar las nociones que no se infieren a partir de la pretensión de un determinado *animus* en el confesante. Dentro de esta línea de pensamiento jurídico procesal, aparece en primer lugar la tesis que considera la confesión con una *naturaleza sustancial pero no negocial*, y que *le niega el carácter de medio de prueba*. Debemos decir que, a pesar de lo correcto de no

estimar el acto como un negocio jurídico, en lo restante incurre en los mismos desaciertos que las dos primeras posturas.

Frente a esta tesis, surgen dos nuevas, cuyos seguidores intentan rectificarla en cuanto consideran erróneo en ella. La primera, progresa parcialmente al asignarle el carácter de medio de prueba, pero en lo demás continúa la línea de la anterior y, por lo tanto, es pasible de las invectivas ya dichas. La segunda, le reconoce a la confesión una naturaleza procesal y de derecho público, avance notable, pero al entender que la confesión directamente exonera a la contraria de la carga de la prueba, niega cuanto afirma la anterior, es decir, no se trataría para esta postura de un medio de prueba. En virtud de tal postulado, para esta tesis la declaración confesional parece adquirir la naturaleza propia de una presunción legal; error fundamental, originado al confundir la liberación probatoria con la circunstancia de que, para el juez, el hecho quede lo suficientemente probado con el conocimiento que le aporta el medio de prueba, es decir, la confesión. Por otro lado, son numerosas las ocasiones en que, a pesar de la existencia de confesión, la contraria tiene la necesidad de aportar material probatorio adicional, motivo que impide sostener la exoneración de prueba que pretende esta teoría y, mucho más, el carácter de presunción.

Pareciera, de acuerdo a lo dicho hasta aquí, que de este lado de la doctrina tampoco se logra una acertada construcción teórica acerca de la naturaleza jurídica de la confesión. Sin embargo, a partir de los avances de la doctrina que la considera como *declaración de verdad, procesal y un medio de prueba*, una nueva tesis se erige conservando estos dos últimos caracteres y, sencillamente, la rectifica al sostener que la confesión es una simple declaración de ciencia o conocimiento.

“La parte se limita a declarar sobre el conocimiento que tiene de ciertos hechos que lo perjudican, y su declaración puede corresponder a la verdad, pero sin que esto constituya un requisito esencial para la existencia o validez del acto jurídico, y sin que

*importe el fin que esté persiguiendo con el acto, ni el desconocimiento que tenga de sus efectos jurídicos*¹⁰⁶.

En tanto ese conocimiento manifestado concurre a formar la convicción del magistrado, se constituye como un medio de prueba y, por ello, es esencialmente procesal.

Sin lugar a dudas, esta es la teoría que nos permite fundamentar y sostener, lógicamente y coherentemente, la totalidad de la construcción doctrinaria hasta aquí elaborada. En primer lugar, tal entendimiento de la confesión comienza por ubicarla dentro del género de las declaraciones procesales, y más específicamente, en aquellas con teleología probatoria. Esto equivale a decir que estamos frente a una de las pruebas por declaraciones, cuyo objeto consiste en manifestar representativamente los hechos que interesan al proceso, y por medio de la reconstrucción de un pasado fáctico, generar convencimiento en el espíritu del juez.

Así las cosas, tratándose de especies de un mismo género, las declaraciones confesionales revisten igual naturaleza jurídica que aquellas realizadas por terceros ajenos al conflicto, es decir, por los testigos: ambas introducen al proceso un conocimiento sobre determinadas cuestiones fácticas. Sin embargo, y además de la fuente productora de la declaración, la diferencia cardinal entre ellas radica en el contenido específico que se exige en la confesión, en ese resultado concreto del acto declarativo; mientras la declaración testimonial puede recaer sobre hechos que sean indiferentes, favorables o perjudiciales para el autor, en la *confessio* tiene siempre por objeto hechos desfavorables a la parte que declara. Este es el elemento que tipifica, define y distingue a la confesión respecto de las demás declaraciones, en general, y de las probatorias, en particular.

En síntesis, hablar de confesión significa estar frente a una declaración de ciencia o conocimiento la cual, como acto jurídico, es también una declaración voluntaria o consciente, pero nunca una declaración de voluntad.

¹⁰⁶ Devis Echandía, op. cit., 663.

Su destino no está en la otra parte, sino en el espíritu del juez, cuyo convencimiento busca formarse y, en ese punto, decimos que se trata de un medio de prueba. Por último, es también una declaración personal, como la del testigo, que puede ser destruida por prueba en contrario, pues ya no tiene vigencia la máxima “*confessus pro iudicio habetur*”.

2.4. Confesión, admisión y reconocimiento: diferencias

De modo generalizado, los autores acuerdan que la *admisión* consiste en la aceptación o reconocimiento que efectúa una de las partes, respecto de uno o más hechos alegados por la contraria. Comúnmente esta declaración acaece en oportunidad de contestar la demanda o las excepciones, aunque también puede producirse en los alegatos o en otro memorial posterior; pero, en todos los casos, se presenta en el marco de la sustanciación de un proceso, en un expediente en trámite, mientras la confesión puede válidamente ocurrir fuera del ámbito judicial.

Un sector no menor de la doctrina, ha sostenido que la admisión es un acto procesal que sólo puede provenir del demandado, mientras que la declaración confesional puede ser efectuada por ambos litigante¹⁰⁷. En primera instancia creemos que, más preciso que afirmar una equivalencia entre admitente–demandado, es señalar que comúnmente admite hechos todo aquel contra quien se ejercen pretensiones, con lo cual incluimos la figura del reconvenido. Y en segundo lugar, dado que no limitamos la ocurrencia de la admisión a los escritos liminares, entendemos que el litigante que interpone acciones puede también admitir los hechos que, en cualquier escrito de contestación, hayan sido invocados como fundamento de la defensa realizada por la contraria.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica, la diferencia entre ambas instituciones no es mínima ya que, como quedo dicho en el punto anterior, la confesión es un medio de prueba, mientras que la admisión constituye un acto

¹⁰⁷ Palacio, op. cit., 451.

de alegación procesal. Como resultado de la distinción, esta última es siempre espontánea, en la medida en que los litigantes no pueden ser compelidos, por el juez o la parte contraria, a ejercer su derecho de defensa o a la elección de un determinado contenido del mismo. A la inversa, la confesión puede ser provocada, por interrogatorio, y así se constata en la mayoría de los casos.

Del análisis de lo dicho, se deduce como premisa elemental la presencia de partes contrapuestas en un litigio, circunstancia que nos permite afirmar que la admisión, a diferencia de la confesión, tiene lugar exclusivamente en los procesos contenciosos. Resulta imposible en los voluntarios, donde no sería dable la verificación del presupuesto fundamental del instituto: la introducción previa, por el adversario, de los hechos admitidos.

Al desarrollar los requisitos de la confesión, señalamos que la alegación de los hechos era exigencia para garantizar únicamente la *eficacia* de la declaración, es decir, para asegurar que el magistrado la considere entre los fundamentos de su decisión al tiempo de sentenciar. Mas, la *existencia* y la *validez* no quedaban afectadas por faltar tal condición; la que incluso sólo era requerida, en virtud del principio de congruencia, respecto de los hechos principales y no de los secundarios. Muy por el contrario, no puede sostenerse que exista admisión en un proceso si previamente no han sido alegados, afirmativa o negativamente, los hechos sobre los cuales recae.

Es menester, entonces, que las circunstancias fácticas admitidas formen parte de los fundamentos de la pretensión o excepción de la contraria. Ahora bien, cabe preguntarnos sobre qué tipo de hechos recae la admisión. En relación a ello, Palacio enseña que esta institución puede referirse a cualquier clase de hechos; a diferencia de la confesión, que sólo versa sobre los *personales* o de *conocimiento personal* del confesante¹⁰⁸.

Por su parte, para que la declaración consista en una confesión es indispensable el carácter desfavorable para su autor o favorable a la contraria; mientras que la admisión, si bien en la generalidad de los casos observará esta

¹⁰⁸ Ibid., 451.

nota característica, no la tiene como requisito de existencia. Ello implica la posibilidad de admisiones que sean favorables al sujeto que las efectúa y desfavorables para quien admitió primeramente el hecho, cuando éste resulta adverso a sus pretensiones o excepciones. El supuesto puede darse en los casos en que el admitente también alega los hechos como fundamento de su acción o defensa, pero éste no es requerimiento general de la figura.

Finalmente, junto con la admisión expresa encontramos también la tácita o implícita, la cual se efectiviza al faltar referencia a las afirmaciones efectuadas en la demanda, es decir, el silencio o falta de discusión frente a los hechos alegados por la contraria (art. 356 CPCCN). Pero junto con el silencio, la admisión tácita se extiende a otras actitudes del litigante ante la carga legal de expedirse sobre algún asunto: vaguedad, ambigüedad, evasión, generalización. El problema radica en que, mientras en el silencio se deduce claramente la consecuencia de la admisión, en estos supuestos deberán relacionarse las expresiones incompletas, parciales o erróneas, con las alegaciones de la demanda, para concluir el resultado de la admisión y su alcance¹⁰⁹.

También ha podido observarse en la doctrina la confusión, o cuanto menos asimilación, de la confesión con el *reconocimiento*; instituto jurídico regulado por el derecho sustancial, cuya definición legal está contenida en el art. 718 del CC.: “*es la declaración por la cual una persona reconoce que está sometida a una obligación respecto de otra persona*”. Vemos entonces, que la nota tipificante del reconocimiento radica en la presencia de una voluntad concreta de asumir un específico efecto jurídico frente a otro sujeto, es decir, la exigibilidad de una determinada prestación. Ello supone, directa o indirectamente, la aceptación de los hechos que sirven de causa a la obligación reconocida, es decir, de los hechos que han producido ese efecto. Por lo tanto, dentro del género de la confesión, y aun cuando dicha voluntad no sea un requisito de ésta, el reconocimiento aparece como una especie de la misma,

¹⁰⁹ Falcón, op. cit., 357.

con lo cual “*puede existir confesión sin reconocimiento, pero no reconocimiento sin confesión*”¹¹⁰.

En igual sentido, Alsina concluye que el reconocimiento pertenece a la categoría de las declaraciones confesionales, ya que el legislador no lo considera como la fuente del derecho, sino como prueba del mismo. Para el autor, se trata de una forma de confesión que se produce fuera del proceso y que debe probarse en el expediente como cualquier otro hecho¹¹¹. En concordancia, la jurisprudencia ha sentenciado que “*la voluntad de reconocer una obligación no es un hecho susceptible de ser afirmado como posición, sino que se configura mediante una declaración sujeta a todas las condiciones y formalidades de los actos jurídicos, según el art. 719 del Código Civil*”¹¹². De acuerdo a este orden de ideas, en todos los casos, se trataría de una confesión necesariamente extrajudicial.

Por último, cabe mencionar que el CPCCN emplea el vocablo reconocimiento en distintas normas, asignándole también variados significados. El art. 232, con la expresión “*reconocimiento judicial de un derecho*”, hace referencia al fallo; entre las Diligencias Preliminares del art. 323, el inc. 10 incluye el reconocimiento de obligaciones en los términos del art. 718 del CC; y el art. 479 vincula la expresión a aquella actividad probatoria del juez conocida como inspección ocular o constatación directa del magistrado. Pero sólo en los arts. 356 inc. 1 y 411, al hablar en ambas normas de “*reconocimiento de hechos*”, el CPCCN emplea el término como sinónimo de confesión.

¹¹⁰ Palacio, op. cit., 452.

¹¹¹ Alsina, op. cit., 313.

¹¹² CNCom, Sala D, 23/3/84, DJ, 1985-1-111.

SEGUNDA PARTE

Las Declaraciones de Parte y el Derecho Positivo

CAPÍTULO III:

El CPCCN y los ordenamientos provinciales: estudio analítico en el Derecho Procesal Civil argentino

El presente capítulo se orienta hacia la realización de un estudio comparado de las normas procesales de la República Argentina, reguladoras de las declaraciones de parte con específica finalidad probatoria. Tendremos como base de esta investigación lo instituido en el régimen federal por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, a partir de ello, destacaremos las principales diferencias con las que aparece reglado el medio probatorio en los distintos sistemas provinciales del país.

Bajo la ley N° 17.454, el CPCCN fue sancionado el 20 de septiembre de 1967 y publicado en el Boletín Oficial el 07 de noviembre del mismo año. El 19 de septiembre de 1968 se aprobaba por el parlamento de Buenos Aires el CPCC para dicha provincia, tomando como modelo a su antecesor dictado para la justicia federal, razón por la cual resulta una coincidencia textual casi absoluta de ambos plexos procesales. En cuanto concierne a la específica materia de las declaraciones de parte, regulan bajo el título “Prueba de Confesión” la absolución de posiciones y, como puede deducirse, el eventual resultado confesional. El sistema instituido en dichos códigos es equivalente en lo fundamental, variando sólo en cuestiones no esenciales al medio probatorio.

El criterio adoptado por el legislador bonaerense iba a marcar el camino normativo elegido por la gran mayoría de las provincias argentinas, que tomaron el texto del CPCCN como modelo de legislación procesal, llegando incluso algunas a una idéntica transcripción textual, como Chubut, Formosa, Misiones y Santa Cruz. Además de las provincias mencionadas, aunque en menor medida, y en algunos casos con variaciones significativas, también toman como base normativa las disposiciones del código federal: Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, La Pampa, Río Negro, Salta, San Juan y Santiago del Estero. Además, cabe mencionar también entre ellas a las provincias de

Chaco, Neuquén y San Luis, cuyos legisladores prefirieron la adopción del texto del código bonaerense, sin variación alguna a sus preceptos.

Sin embargo, no todos los estados provinciales de la Argentina eligieron esta forma de normar el proceso civil, y en particular las declaraciones de parte. Es dable apreciar una regulación propia y diferencial en Córdoba, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Santa Fe, Tierra del Fuego y Tucumán. Es aquí donde el derecho comparado provincial manifiesta su mayor riqueza y donde se concentran la mayor cantidad de diferencias procedimentales que a continuación señalamos:

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Arts. 404 a 425)

Art. 404: OPORTUNIDAD. *Las posiciones se formularán bajo juramento o promesa de decir verdad y deberán versar sobre aspectos concernientes a la cuestión que se ventila.*

La redacción actual del artículo corresponde a las modificaciones introducidas por la ley 25.488, de noviembre de 2001. Del estudio de esta normativa, se deduce con claridad, que con ella el legislador no se propuso ni tuvo como objetivo transformar el instituto, tampoco corregir errores sustanciales. El medio probatorio en nada varió luego de la entrada en vigencia de la ley¹¹³, ya que simplemente se sintetizó el texto anterior. Muy por el contrario, creemos que el cambio lejos de aportar algún beneficio, significó una reducción de información útil para el entendimiento de un instituto procesal que aparece regulado de modo confuso.

En su texto original, conforme la ley 17.454, el artículo señalaba que: *“En la oportunidad establecida para el ofrecimiento de prueba, según el tipo de proceso, cada parte podrá exigir que la contraria absuelva, con juramento o promesa de decir verdad, posiciones concernientes a la cuestión que se ventila”.*

¹¹³ La ley 25.488 entró en vigencia el 20 de mayo de 2002.

La norma comenzaba por reconocer expresamente la habilitación de las partes para requerir la declaración absoluta del litigante contrario, solicitud que debía cursarse en oportunidad de ofrecer la prueba. Ello equivale a decir que, recíproca e inversamente, actor puede poner posiciones al demandado, y éste al actor. Si bien dicho reconocimiento ha sido eliminado del texto legal, la ausencia no implica desconocer la facultad, cuya regulación se mantiene intacta; mas de la anterior redacción del artículo, al decir que “*cada parte podrá exigir que la contraria absuelva posiciones*”, era dable inferir con facilidad que en el orden nacional sólo se regulaba expresamente el medio de prueba cuando el mismo era provocado, es decir, cuando una de las partes requiere la declaración de la contraria.

Podría pensarse que la ley 25.488 con dicha eliminación se orientó hacia una regulación más amplia del medio de prueba. Sin embargo, lejos de ello, y como se dijo *ut supra*, el régimen fue conservado con las limitaciones y deficiencias con las que las declaraciones de parte vieron luz en el sistema procesal nacional. Así las cosas, actualmente el CPCCN carece de referencia a la posibilidad de declaración o confesión espontánea, como expresamente lo hacen Mendoza (art.185) y Santa Fe (art. 157), la que en ambas provincias podrá ser efectuada en cualquier oportunidad del proceso. Además, la fórmula empleada por el Código de la Nación no sólo omite referencias a la forma confesional voluntaria, sino que tampoco contempla otro supuesto de la declaración provocada: la absolución requerida de oficio, es decir, el medio probatorio provocado por decisión del tribunal en el marco de una “medida para mejor proveer”, supuesto regulado en las provincias mencionadas.

En este punto, resulta menester aclarar el panorama de la legislación procesal en todo el territorio de la República Argentina. Comenzamos por señalar en el párrafo anterior, que la normativa federal regula únicamente el medio probatorio que denomina “absolución de posiciones”. No obstante ello, se ocupa de su desarrollo en el capítulo titulado “Prueba de Confesión”; y en los artículos correspondientes del mismo se refiere a la confesión, los diferentes tipos, sus efectos, etc. De igual manera se encausan la mayoría de

las provincias, es decir, todas aquellas que siguen la legislación federal con una coincidencia textual casi absoluta. Esta situación ha generado, históricamente, grandes inconvenientes interpretativos para los autores al momento de identificar cuál o cuáles son verdaderos medios probatorios regulados por la ley procesal; o bien, si alguna de las figuras jurídicas es, simplemente, uno de los posibles contenidos o fines dables de obtener a través de aquellos.

Ante esta realidad, algunas provincias, en concordancia con la doctrina más moderna, regulan lo propio de esta prueba en capítulos titulados “Declaración de Parte”¹¹⁴. Así optan desde el comienzo, por esclarecer el panorama terminológico, para luego consagrar con precisión, por un lado, el medio probatorio propiamente dicho (absolución de posiciones y/o interrogatorio), y por otro, el posible contenido que éste puede brindarnos: la confesión del declarante.

En esta dirección se orientan las provincias de Corrientes, Entre Ríos y La Pampa. Las mismas, aun siguiendo una regulación que en gran medida coincide con lo que el Código de la Nación dispone para el régimen de la absolución, han eliminado toda referencia a ella. Consagran sólo el Interrogatorio, medio de prueba que resulta claramente más amplio y efectivo en cuanto a la sustanciación y a la posibilidad indagatoria con el declarante, a partir de la falta de estructuras rígidas que lo caracteriza. Se amplía notablemente la posibilidad de obtener una declaración que se condiga mayormente con la realidad.

Sin llegar a eliminar de sus normas la figura de la absolución, pero dentro de las tendencias más actuales, en la legislación de Tierra del Fuego se diferencian con claridad dos medios probatorios. La ley fueguina (art. 384), por un lado, conserva la absolución de posiciones para ser sustanciada únicamente entre partes, quienes “*podrán recíprocamente pedirse posiciones*”; y por otro, incorpora el interrogatorio que procederá, no sólo entre las partes, sino que

¹¹⁴ Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa y Tierra del Fuego.

podrá pedirse también respecto de cualquier litigante con un interés jurídico distinto de aquél que lo solicita. Esta diferencia en torno a la procedencia subjetiva en la declaración interrogatoria, demuestra la mayor amplitud que brinda la realización de preguntas frente a las posiciones que las partes se pongan entre ellas, tal como ha sido explicado en el capítulo anterior.

Si volvemos al texto del art. 404 anterior a la reforma, podremos constatar que la ley 25.488, aunque paradójicamente conservó el título, eliminó la referencia a la oportunidad de las partes para requerir el medio de prueba, circunstancia que se justifica en tanto la norma no precisaba un momento concreto. La expresión carecía de contenido y, al igual que en la actualidad, era necesario dirigirse a los artículos que regulan los requisitos que ha de cumplir la demanda al tiempo de su interposición. Por este mismo motivo, algunos códigos como el jujeño, e incluso el formoseño que se inspira en el CPCCN, se ubican entre los cuerpos normativos que carecen aquí de referencias al ofrecimiento probatorio, para dejarlo librado a las normas mencionadas o a reglas generales de la etapa probatoria jurisdiccional.

Así las cosas, del análisis de los arts. 360 y 404 del CPCCN se concluye que, en primera instancia del proceso ordinario, la absolución de posiciones debe ser ofrecida junto con la demanda, reconvención o sus contestaciones, es decir, con los escritos liminares del proceso, y será tomada en la audiencia preliminar. La misma regla rige en el proceso sumarísimo salvo, naturalmente, respecto de la reconvención, inadmisibles en ese tipo de proceso.

En segunda instancia, la oportunidad para requerir la declaración absoluta de la contraria será dentro del quinto día de notificada la providencia de concesión del recurso (art. 260 inc. 4). Dado que la vía recursiva contra la sentencia definitiva se concede “*en relación*” (art. 498 inc. 6), y con ello se excluye la posibilidad de actividad probatoria de cualquier clase, en el proceso sumarísimo las posiciones pueden pedirse sólo en primera instancia.

Por su parte, el código de Buenos Aires, y el propio de aquellas provincias que lo siguen, sí atribuyen contenido a la referencia que hacen

respecto del momento procesal para solicitar este medio probatorio. El art. 402 del plexo bonaerense, bajo el título "Oportunidad", señala que: *"Después de contestada la demanda y dentro de los 10 días de haber quedado firme la providencia de apertura a prueba, cada parte podrá exigir que la contraria absuelva con juramento, o promesa de decir verdad, posiciones concernientes a la cuestión que se ventila"*.

Por su parte, Córdoba (art. 218), Salta (art. 404) y Santa Fe (art. 157) extienden la oportunidad para requerir la absolución de la contraria hasta la citación para sentencia. Pero además, la primera de estas provincias diferencia claramente el medio probatorio, del posible contenido al cual puede arribarse a través de las posiciones, cuando establece en el art. 217 que la confesión judicial puede hacerse en los escritos del pleito, en las audiencias y en la absolución.

Artículo 405: QUIENES PUEDEN SER CITADOS. *Podrán, asimismo, ser citados a absolver posiciones:*

1. Los *representantes de los incapaces* por los hechos en que hayan intervenido, personalmente en ese carácter.

2. Los *apoderados*, por hechos realizados en nombre de sus mandantes, estando vigente el mandato; y por hechos anteriores cuando estuvieren sus representados fuera del lugar en que se sigue el juicio, siempre que el apoderado tuviese facultades para ello y la parte contraria lo consienta.

3. Los *representantes legales* de las personas jurídicas, sociedades o entidades colectivas, que tuvieren facultad para obligarlas.

El art. 404 determina el principio general en virtud del cual podemos hablar de declaraciones de partes en este medio de prueba, pues son ellas o, en su caso, los terceros que asuman una intervención adhesiva simple o litisconsorcial, quienes poseen legitimación activa y pasiva para poner y absolver posiciones respectivamente. Junto a estos sujetos, el art. 405 regula el caso de otros individuos que también podrán, o más bien deberán, ser citados a absolver

posiciones; habilitación que se origina en la imposibilidad del sujeto que ocupa el rol de “parte” para declarar por sí mismo, razón por la cual el ordenamiento recurre a los representantes.

Como quedó dicho en el capítulo anterior, en ciertas ocasiones no es suficiente con tener la calidad de parte permanente en el proceso para que sea procedente el llamado a absolver posiciones. De conformidad a los requisitos necesarios para alcanzar la validez de la declaración, los incapaces absolutos en todos los casos y los relativos en la mayoría de ellos, no pueden confesar válidamente y, por lo tanto, no pueden ser citados a absolver posiciones. Si se procediera en contra de esto, la diligencia y la eventual confesión que resulte serán nulas.

El inc. 1 de la norma contempla a los *representantes legales de los incapaces*¹¹⁵, quienes únicamente podrán declarar en aquellas asuntos que comprendan hechos en que hayan intervenido personalmente en ese carácter, y en tanto se encuentren en ejercicio de sus funciones como tales. Sin embargo, es dable destacar que algunas legislaciones provinciales no son tan restrictivas como el CPCCN respecto de la aptitud declaratoria de ciertos incapaces; así, los códigos de Santa Fe y Tierra del Fuego contemplan expresamente la citación a los menores púberes o adultos.

La ley procesal santafecina, en el art. 158 inc. 2, dispone que *“El juez de oficio o a pedido de parte podrá interrogar a los menores de más de 14 años. Su incomparecencia y sus manifestaciones serán apreciadas por el juez en la sentencia de acuerdo con las demás constancias de autos”*. Por su parte, la mencionada provincia austral, determina en el inc. 2 del art. 387, que *“El Tribunal podrá disponer el interrogatorio de menores púberes, lo que se efectuará en presencia de su representante legal, salvo casos de imposibilidad que el Tribunal apreciará libremente”*. Del empleo del verbo “podrá” en el texto de ambas normas, fácilmente se deduce que se trata del reconocimiento de una facultad del magistrado, y no un deber, para requerir el interrogatorio de

¹¹⁵ Para incapaces ver puntos 1.6.1.1 apartado “I”, 1.6.1.2 apartado “A”.

estos incapaces; en caso de proceder a ello, el menor deberá ser protegido en todas sus prerrogativas, estando presente siempre quien lo represente legalmente, aun cuando la norma no lo determine de modo expreso. Además se establece un régimen flexible en la apreciación del medio probatorio para dichos supuestos, tanto en la procedencia, como en la valoración del mismo.

A continuación, el inc. 2 contempla el supuesto de los *apoderados*, es decir, los *representantes convencionales*. Estos también podrán ser citados a absolver posiciones por hechos realizados en nombre de sus mandantes y estando vigente el mandato, requisitos similares a los instituidos por el primer inciso. La posibilidad de solicitar la declaración de los apoderados es una facultad que sólo cabe reconocer al ponente, pues aquí no se trata de conceder al absolvente una elección entre declarar personalmente o hacerlo a través de su representante. Por esa razón, cuando la parte frente a quien se requiere la prueba es quien ofrece la citación del mandatario, será condición necesaria que el ponente lo consienta¹¹⁶; incluso no está obligado a fundar su negativa, en tanto se trata de una facultad que la ley le acuerda y que puede o no elegir ejercerla. Lógicamente, si de conformidad al art. 412 aquél que es citado a absolver posiciones no puede valerse "*de consejos*", menos aún podrá prevalerse en forma directa de un "consejero o asesor para confesar"; pues si a *contrario sensu* fuese aceptada dicha posibilidad, incluso, bien podría ser su letrado apoderado.

En esta hipótesis legal, el representante es el autor material de los hechos que ahora se constituyen en el objeto de la prueba del litigio, y esto sucede como consecuencia del poder que se le ha otorgado. Es por ello que no se requiere el asentimiento del mandante, quien no podría justificar perjuicio alguno sin caer en una conducta contraria a sus propios actos precedentes, siempre que el mandatario haya obrado dentro de los límites contractuales.

Sin embargo, la segunda parte del inciso contempla una excepción a este principio. Cuando la declaración versa sobre hechos anteriores al mandato

¹¹⁶ Palacio, op. cit., 457.

y el representado se encuentra fuera del lugar donde tramita el litigio, aunque sea accidentalmente, además del consentimiento del ponente será apropiado requerirlo también del mandante. Pues aquí, si bien las cláusulas del contrato contemplan la facultad confesional del representante, lo hacen para los actos posteriores a la celebración y no respecto de aquellos previos en los cuales no ha intervenido. Más aún, si el desconocimiento por el mandatario de los hechos anteriores no exime a su mandante de los efectos jurídicos de una declaración confesional expresa o tácita, deberá prevenirse obteniendo su anuencia.

No obstante, es dable pensar que el mandante, en virtud de su ausencia, es quizás el principal interesado en la declaración del apoderado, siendo este último un individuo que evidentemente posee la confianza de quien le ha otorgado poder para realizar actos equivalentes. Entienden algunos autores que el mandatario, al ofrecerse a absolver posiciones en nombre del ausente, debe justificar la imposibilidad en que éste se halla de concurrir personalmente si el ponente lo exigiese¹¹⁷.

Finalmente, el inc. 3 regula la declaración de los *representantes legales de las personas jurídicas*, en la medida en que dichos entes ideales no pueden actuar sino a través de los individuos que conforman los distingos órganos que los componen. A esos fines, los estatutos establecerán quién ejerce la representación social, de conformidad a lo dispuesto por la ley que rige la materia; de modo que no cabe la absolución de posiciones por parte de quienes revisten el carácter de mandatarios *convencionales* o empleados de la persona jurídica que no determinan o forman la voluntad social. Al mismo tiempo, ni los estatutos, ni las asambleas o cualquier otro órgano societario, podrán prohibir que los representantes legales absuelvan posiciones en los juicios en que la persona jurídica sea parte¹¹⁸.

En el caso de ser varios los representantes, puede inferirse del art. 406, que es el ponente quien elige cuál de ellos deberá concurrir, salvo que las circunstancias concretas hicieran necesaria o aconsejable la citación de uno en

¹¹⁷ Alsina, op. cit., 339.

¹¹⁸ Ibid., 343.

particular. Por su parte, los códigos procesales de las provincias de Jujuy (art. 324 inc. 3) y La Rioja (art. 191), expresamente establecen que, en caso de sociedad civil o comercial, absolverá posiciones aquel miembro que indique el ponente, siempre que tenga capacidad para obligarlas. Además, el último código mencionado indica que, en caso de persona jurídica, será aquel que ejerza la administración.

Con un criterio totalmente opuesto, el código de Tierra del Fuego determina en el inc. 4 del art. 387 la facultad de elección en cabeza de la persona jurídica citada, la que deberá designar cuál de las personas físicas que la integran, por su conocimiento de los hechos controvertidos, habrá de comparecer al acto de absolución. Sin perjuicio de ello, el Tribunal podrá disponer o la parte contraria solicitar, el interrogatorio de cualquier otra persona que tenga la condición de representante estatutario o legal de la persona jurídica o integrante de su dirección.

Artículo 406: ELECCION DEL ABSOLVENTE. *La persona jurídica, sociedad o entidad colectiva podrá oponerse, dentro de quinto día de notificada la audiencia, a que absuelva posiciones el representante elegido por el ponente, siempre que:*

- 1. Alegare que aquél no intervino personalmente o no tuvo conocimiento directo de los hechos.*
 - 2. Indicare, en el mismo escrito, el nombre del representante que absolverá posiciones.*
 - 3. Dejare constancia que dicho representante ha quedado notificado de la audiencia, a cuyo efecto éste suscribirá también el escrito.*
- El juez, sin sustanciación alguna, dispondrá que absuelva posiciones el propuesto.*

No habiéndose formulado oportunamente dicha oposición o hecha la opción, en su caso, si el absolvente manifestare en la audiencia que ignora los hechos, se tendrá por confesa a la parte que representa.

Con el fin de asegurar la mayor veracidad y fiabilidad de la declaración, el artículo acuerda al ente ideal la posibilidad de requerir ante el tribunal la absolución por otro representante, distinto de aquel a quien ha citado el ponente. Para ello, la persona jurídica, sociedad o entidad colectiva deberá invocar y acreditar por escrito, la causal que determina el inciso 1 de la norma, y cumplir con los requisitos establecidos en los incisos 2 y 3. Recibida la oposición por el magistrado, el procedimiento será resuelto sin sustanciación haciendo o no lugar a la petición. En este último aspecto, cabe señalar que el art. 406 del código de Salta determina la resolución del dispositivo por el secretario del tribunal, y no por el juez.

Del mismo modo que el ponente tiene vedada la citación de un representante convencional del ente (art. 405 inc. 3), la persona jurídica tampoco podrá ofrecer la declaración de un mandatario de esa naturaleza, debiendo designarse necesariamente a quien ejerza la representación legal. Además, el principio de igualdad ante la ley impone dicha restricción ya que, como vimos al estudiar el inc. 2 del artículo anterior, así como la persona física no puede sustraerse de su rol de fuente de prueba valiéndose de asesores o expertos (ej. abogados), tampoco podrían hacerlo los sujetos ideales sin afectar dicha garantía.

Puede observarse que no todos los códigos del derecho comparado provincial, incorporan un procedimiento de oposición como el reglado por el art. 406. Las normas procesales de Jujuy, La Rioja, Mendoza y Santa Fe no contemplan esta facultad del ente; sin embargo, creemos que en virtud del principio dispositivo, bien podría ser requerida la sustitución bajo condiciones similares y el juez hacer lugar a la petición. Por su parte, Tierra del Fuego tampoco lo hace ya que la regla se invierte al ser la propia persona jurídica la que señala, directamente, quién de sus integrantes ha de absolver las posiciones (art. 387 inc. 4).

Artículo 407: DECLARACION POR OFICIO. *Cuando litigare la Nación, una provincia, una municipalidad o una repartición nacional, provincial o municipal,*

o sus entes autárquicos sujetos a un régimen general o especial, u otros organismos descentralizados del Estado Nacional, provincial o municipal, o empresas o sociedades del Estado o sociedades con participación estatal mayoritaria Nacional, Provincial o municipal, entes interestaduais de carácter nacional o internacional, así como entidades bancarias oficiales nacionales, provinciales o municipales, la declaración deberá requerirse por oficio al funcionario facultado por ley para la representación, bajo apercibimiento de tener por cierta la versión de los hechos contenida en el pliego, si no es contestado dentro del plazo que el tribunal fije o no lo fuere en forma clara y categórica, afirmando o negando.

Al igual que las personas jurídicas de carácter privado, aquellas de naturaleza pública, también llamadas de existencia necesaria, deben actuar por medio de sus representantes legales, es decir, de los funcionarios públicos facultados por ley para ejercer la representación del ente. En la hipótesis del artículo, alguno de estos sujetos de derecho se ha constituido como parte de un litigio, o bien tiene una intervención adhesiva, por lo cual se le requiere su declaración probatoria.

En rigor, la absolución realizada por los sujetos enumerados en el art. 407 se asemeja a una suerte de *prueba informativa*, ya que el oficio cursado a la entidad es contestado a través de un escrito, en el que se da respuesta a las posiciones que se le han dirigido. Este aparente privilegio, que incluso ha sido considerado como una situación de desigualdad frente al particular, encuentra justificación en el interés general involucrado en el ejercicio de las funciones públicas, dando preponderancia a un correcto desenvolvimiento sin las interrupciones que implicaría la declaración presencial y oral del funcionario. A favor de esta forma particular de evacuar las posiciones, se ha dicho también que la actuación de los funcionarios *“queda documentada en los expedientes administrativos, que pueden ser ofrecidos como elementos de juicio, no*

*pudiendo exigírseles que retengan en la memoria todos los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones*¹¹⁹.

Por supuesto, la eximición de concurrencia y la posibilidad de declarar por escrito sólo corresponde respecto de las citaciones que le efectúen como representante legal de la entidad; mas, en los casos en que fuese personalmente interesado como parte directa del juicio pesa sobre él la carga de comparecer a absolver posiciones ante los estrados del tribunal. En cuanto al plazo para contestar el pliego, dado que el art. 407 no determina un término específico, debemos recurrir a lo dispuesto en el art. 155 segundo párrafo, conforme al cual es el juez quien deberá señalarlo de *“conformidad con la naturaleza del proceso y la importancia de la diligencia”*.

En oposición con el régimen federal, el código de la provincia de Córdoba (art. 240) señala que el funcionario que represente a la repartición pública no está obligado a absolver posiciones; empero, de la redacción de la norma no se deduce una imposibilidad para su citación, por lo que podría requerirse la declaración personal del sujeto. Ante su eventual negativa, ese ordenamiento procesal suple el vacío habilitando al tribunal a solicitar, de oficio o a petición de parte, los informes necesarios, a las oficinas o empleados de la administración a quienes conciernan los hechos, los que cumplirán las órdenes judiciales en el plazo que se les señale, bajo apercibimiento de dar por confesa a la administración, repartición o corporación en la sentencia. La vía supletoria de los informes se repite también en el código jujeño, ya que el art. 326 prohíbe citar a absolver posiciones al gobernador, a los intendentes municipales o a las personas que ejerzan la jefatura o dirección de los bancos oficiales o cualquier institución pública provincial con capacidad procesal.

Por último, el código ritual de Santa Fe regula este tipo de declaraciones directamente entre la Prueba de Informes.

¹¹⁹ Ibid., 341.

Artículo 408: POSICIONES SOBRE INCIDENTES. *Si antes de la contestación se promoviese algún incidente, podrán ponerse posiciones sobre lo que sea objeto de aquél.*

La norma regula otra oportunidad en la que puede sustanciarse el medio probatorio, esta vez en el marco de un procedimiento incidental promovido con antelación a la contestación de la demanda. Entre las modificaciones introducidas al CPCCN por la ley 25.488, se encuentra la eliminación del incidente de excepciones previas, ya que el actual art. 346 dispone la carga de incoarlas en un solo escrito juntamente con la contestación de demanda o la reconvencción, de modo que no sería aplicable la oportunidad del art. 408 en estos casos. Por el contrario, sería admisible respecto de los incidentes que tengan por objeto la nulidad del traslado de la demanda o sobre el levantamiento de una medida cautelar¹²⁰.

Los códigos de las provincias de Jujuy, La Rioja, Santa Fe y Tierra del Fuego, no contemplan una disposición equivalente dentro capítulo dedicado a la regulación de este medio probatorio, quedando sujeto a lo dispuesto en las normas generales sobre incidentes. Por su parte, el código tucumano indica que la absolución se realizará en el trámite del procedimiento incidental, lo cual implica la designación de audiencia en una oportunidad distinta a aquella en la que se responderán posiciones vinculadas a los hechos del expediente principal. Además, esas posiciones “*se referirán exclusivamente a la cuestión materia del mismo*” (art. 320); creemos que esta regla, aun cuando no se encuentre consagrada de forma expresa, debe considerarse como principio general de toda ley procedimental.

Artículo 409: FORMA DE LA CITACION. *El que deba declarar será citado por cédula, bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa será tenido por confeso en los términos del artículo 417. La cédula deberá diligenciarse con TRES (3) días de anticipación por lo menos. En casos de urgencia debidamente justificada ese plazo podrá ser reducido por el juez,*

¹²⁰ Palacio, op. cit., 456.

mediante resolución que en su parte pertinente se transcribirá en la cédula; en este supuesto la anticipación en su diligenciamiento no podrá ser inferior a UN (1) día. La parte que actúa por derecho propio será notificada en el domicilio constituido. No procede citar por edictos para la absolución de posiciones.

La notificación de la audiencia preliminar en la que deberá el citado absolver posiciones se efectuará por cédula y, en consecuencia, debe darse cumplimiento a lo prescripto por las normas generales de los arts. 135 a 141 del CPCCN. De la redacción del art. 409, se desprende que la norma en principio prevé una sola citación¹²¹. En la misma se precisa el día y la hora en la que ha de presentarse a declarar, con transcripción del apercibimiento de ser tenido por confeso, respecto de los hechos personales contenidos en el pliego, si dejare de comparecer sin justa causa, teniendo en cuenta las circunstancias y las demás pruebas producidas (conf. art. 417). No obstante, también se ha sostenido que de los términos de esta norma, no se desprende de manera terminante que la ausencia de la aludida transcripción determine la imposibilidad de hacer efectivo el apercibimiento de referencia, si cuanto menos se hace constar en la cédula que la citación lo es bajo apercibimiento de lo dispuesto por este artículo¹²². Por su parte, los códigos de Córdoba (art. 222) y Misiones (art. 409) disponen expresamente la carga de reproducir en la cédula la norma que regula los efectos de la confesión ficta.

La sanción no puede aplicarse cuando el citado acredita que su incomparecencia estuvo motivada por una justa causa. Mas esas razones, para ser atendidas por el juez, deben alegarse antes de la hora de la audiencia; y la valoración de ellas dependerá del libre criterio judicial. No obstante, y siempre que las circunstancias del caso expliquen la demora, la jurisprudencia ha admitido que la justificación de la inasistencia se aporte con posterioridad¹²³.

¹²¹ Ibid., 461.

¹²² CNCivCom, Sala K, 18/5/1990, JA, 1992-IV-146, síntesis.

¹²³ Palacio, op. cit., 461.

Dado que el propósito de la ley es que llegue a conocimiento del interesado, quedará cumplido si éste se notifica personalmente en los autos¹²⁴ (art. 142) firmando al pie de la diligencia extendida por el prosecretario administrativo o jefe de despacho, con lo cual es dable concluir que se anotició adecuadamente de la fecha y hora de la audiencia, y de la sanción que recaerá en caso de rebeldía. En cuanto al ponente, quedará notificado de la providencia por ministerio de ley.

Para la determinación del lugar de notificación, en la justicia federal debemos distinguir de acuerdo a la forma en que interviene la parte en el proceso. Si el litigante lo hace personalmente, es decir, *por derecho propio*, se le dirigirá la cédula al domicilio *ad litem* que hubiera constituido en los autos. En caso de actuar por apoderado, la parte mandante deberá ser notificada en su domicilio real; no sólo dado el carácter personalísimo del medio de prueba¹²⁵, sino porque el litigante representado no ha constituido domicilio procesal. Sin embargo, en las provincias de La Rioja (art. 190 2° párr.), Mendoza (art. 188 ap. I), Misiones (art. 409), Santa Fe (art. 162) y Tucumán (art. 323), no se efectúa esta distinción, ya que las normas mandan a notificar directamente, y en todos los casos, en el domicilio real. De cualquier modo, no es dable tener por absueltas fictamente las posiciones si la citación no se cursó al domicilio correspondiente; salvo, en todos los casos, que la diligencia se hubiese practicado con el mismo interesado.

El CPCCN determina la notificación con una antelación mínima a la audiencia de tres días, término que se computa a partir del día siguiente a aquel en que se cumple la diligencia y no debe comprender el día fijado para tomar las declaraciones. De la redacción del artículo, al decir "*por lo menos*", se infiere que el plazo básico se regula en protección del sujeto citado, por lo que el tribunal podría fijar uno mayor. Mas, en principio, por ese mismo motivo no podría ser reducido válidamente; salvo en casos de urgencia justificada, por decisión del tribunal, y nunca requiriendo la absolución sin el transcurso de al

¹²⁴ Alsina. Pág. 350.

¹²⁵ Alsina. Pág. 351.

menos un día desde la recepción de la cédula. Del mismo modo que ocurre con la notificación en un domicilio incorrecto, aquella practicada sin la debida antelación no es suficiente para provocar el efecto de la confesión ficta.

Kielmanovich da cuentas del desajuste normativo generado a partir de la determinación de este plazo en tres días, concretamente en virtud de lo dispuesto por art. 406 del CPCCN. Como vimos, éste le otorga un plazo de cinco días a la persona jurídica para oponerse a que absuelva posiciones el representante legal elegido por el ponente; mientras el art. 409 autoriza a que se lo cite con tres días de antelación. Frente ello, caben dos posibilidades: o en este caso rige una anticipación mínima de cinco días, o cabe la elección del absolvente por parte de la persona jurídica, sociedad o entidad colectiva hasta el mismo acto de la audiencia¹²⁶.

En relación a estos aspectos, los códigos de Buenos Aires (art. 407), Chaco (art. 387), La Rioja (art. 190), Neuquén (art. 409), San Luis (art. 409) y Santiago del Estero (art. 413) no determinan un plazo concreto, por lo que la fijación del tiempo que satisfaga la antelación necesaria requerida está librada al prudente arbitrio judicial. Tampoco regulan dichas leyes el caso de urgencia; no obstante, entendemos que no estaría descartado, pues el establecimiento de un plazo reducido por circunstancias justificadas de apremio temporal, es parte de la posibilidad genérica con que cuenta el magistrado para fijar este término.

En cambio, Santa Fe (art. 162) y Tierra del Fuego (art. 386 inc. 2), aun considerando el mismo plazo que la Nación (tres días), no hacen referencia a la reducción por urgencia. Sin contemplar tampoco este último supuesto, La Pampa (art. 389) establece un plazo de cinco días; mientras que Mendoza (art. 188 ap. I) y Tucumán (art. 323) lo determinan en cuanto menos dos, lo cual significa la posibilidad para el magistrado de fijar un plazo mayor si lo considera necesario, en concordancia con el sistema federal.

¹²⁶ Kielmanovich, op. cit., 513.

El art. 407 CPCCN concluye descartando la citación por edictos para la absolución de posiciones¹²⁷. Por ello, en caso de rebeldía sólo corresponderá la notificación *ministerio legis* (conf. arts. 59 y 62). En general esta prohibición se dispone en todo el derecho comparado de la Argentina; salvo en la provincia de Córdoba (art. 226), cuyo ordenamiento procesal es el único que permite la notificación edictal, aunque en estos casos se exceptúan los efectos de la confesión ficta.

Finalmente, es interesante señalar lo regulado para el procedimiento sanjuanino. En su tramitación, una vez contestada la demanda o vencido los plazos para hacerlo, y dentro de los quince días siguientes, el juez de oficio o a petición de parte podrá convocar a las partes a una “audiencia inicial” (art. 321). En el marco de la misma se deberá notificar a aquella de las partes respecto de quien se requiere la absolución de posiciones, y sólo en caso que el litigante no compareciera a la misma, la notificación se efectuará del mismo modo que en la Nación y con los mismos efectos (art. 372). Incluso el tribunal está facultado para interrogar, directamente en esta oportunidad, a los litigantes sobre las cuestiones que se ventilan, e inmediatamente se sustanciará la absolución (art. 367), cuando este medio hubiere sido ofrecido por las partes.

Artículo 410: RESERVA DEL PLIEGO E INCOMPARENCIA DEL PONENTE.

La parte que pusiese las posiciones podrá reservarlas hasta la audiencia en que deba tener lugar la declaración, limitándose a pedir la citación del absolvente. El pliego deberá ser entregado en secretaría MEDIA (1/2) hora antes de la fijada para la audiencia, en sobre cerrado al que se le pondrá cargo. Si la parte que pidió las posiciones no compareciere sin justa causa a la audiencia, ni hubiese dejado pliego, y compareciere el citado, perderá el derecho de exigirlos.

¹²⁷ Hasta la sanción de la ley 17.454, la forma de la citación era regulada en el art. 127 del Código de Procedimiento Civil y Comercial del año 1880. La norma carecía de referencia a la posibilidad o no de notificación edictal. Sin embargo, la jurisprudencia se había pronunciado expresamente en contra de esa vía notficatoria; admitiéndola sólo si el demandado era prófugo de la justicia criminal.

La norma comienza reconociendo una facultad de la parte que pone posiciones, y que consiste en la posibilidad de reservarlas hasta la audiencia en que sean absueltas, es decir, mantener el contenido del pliego fuera del conocimiento del litigante que declarará. Esto se logra a través de la presentación de las interrogaciones absolutorias en un sobre cerrado, para que sea abierto recién en el momento de sustanciarse la diligencia.

La finalidad de la concesión de esta prerrogativa consiste en impedir al absolvente el estudio previo de las posiciones y la eventual preparación de las respuestas, por entender el legislador que ello puede atentar contra la veracidad y confiabilidad de la declaración. Sin embargo, los defensores de la previa comunicación sostienen que el ejercicio de esta facultad por el ponente perjudica al adversario sencillo y de buena fe, quien frente a lo sorpresivo del interrogatorio podría negarlo todo, resultando una declaración vacía de información útil. Empero, esto podría objetarse a partir de un hecho certísimo que no debe olvidarse: quien tiene una controversia probablemente esté pronto a responder sobre los hechos que con ella se vinculan¹²⁸.

El art. 128 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de 1880, omitía exigir la presentación del pliego en un momento previo al comienzo de la audiencia. Esto abrió el camino para la realización de actos que carecían de la ética requerida en proceso, ya que el sistema permitía al ponente de mala fe y a sus abogados concurrir con dos pliegos: uno, para el caso de presentarse el absolvente a la audiencia; y otro, mucho más gravoso, que era entregado cuando el citado no comparecía para que los efectos de la confesión ficta fueran más perjudiciales para el litigante ausente y convenientes a los intereses del ponente malicioso. Para evitar dicho ardid, la ley 17.454 impone en el art. 410 el requisito de la entrega del pliego con media hora de anticipación, reforzando además la presentación con el cargo que debe colocarse al sobre.

No obstante, es menester señalar que, el incumplimiento de la carga de presentar el pliego, o el solo hecho de su entrega extemporánea, no impiden la

¹²⁸ Alsina, op. cit., 348-349 nota al pie.

práctica de la prueba si ambas partes comparecen, pues las posiciones pueden redactarse de forma oral. Pero si el confesante dejase de concurrir a la audiencia, no podrá considerarse confeso fictamente, al menos respecto de las posiciones del pliego acompañado fuera de tiempo.

Por último, el artículo establece un sistema de caducidad o pérdida automática de la prueba, el cual exige la verificación de tres requisitos en forma concurrente: 1) el ponente ha dejado de comparecer, sin justa causa; 2) no presenta en los autos el pliego; 3) el absolvente sí concurrió a la audiencia. Basta entonces con la falta de cualquiera de estos presupuestos para que no se produzca la pérdida del medio probatorio.

En cuanto a lo legislado en las provincias de la República Argentina, los códigos de Corrientes, Jujuy, La Rioja y Mendoza no contienen una disposición equivalente que acuerde esta posibilidad al litigante que requirió la prueba. Mientras tanto, en el ordenamiento procesal tucumano, el sobre cerrado es la única forma de presentar el pliego (art. 320).

Cabe finalmente destacar el sistema regulado por la ley procesal santefecina, ya que resulta único en el país. El art. 160 del código ritual, impone el deber de presentar las posiciones por escrito en el momento de ofrecer esta prueba; presentación que podrá ser hecha en pliego cerrado, solicitando que se reserve su apertura hasta el momento de la audiencia, o bien en sobre abierto. Lo novedoso del régimen radica en que, en este último caso, y a solicitud del ponente, el citado podrá contestarlas por escrito antes del día designado, con los mismos apercibimientos y efectos que si hubieren sido absueltas en audiencia oral.

Artículo 411: FORMA DE LAS POSICIONES. *Las posiciones serán claras y concretas; no contendrán más de UN (1) hecho; serán redactadas en forma afirmativa y deberán versar sobre puntos controvertidos que se refieren a la actuación personal del absolvente. Cada posición importará, para el ponente, el reconocimiento del hecho a que se refiere. El juez podrá modificar de oficio y sin recurso alguno, el orden y los términos de las posiciones propuestas por las*

partes, sin alterar su sentido. Podrá, asimismo, eliminar las que fuesen manifiestamente inútiles.

En los Capítulos I (1.3; 1.5.1) y II (2.2) de esta investigación, desarrollamos las condiciones y requisitos regulados por el primer y segundo párrafo del art. 411, por cuanto, para evitar la repetición, remitimos a lo dicho oportunamente. En relación a estos aspectos sólo cabe recordar que, para la realización de un verdadero acto comunicativo, es menester que la vinculación dialéctica se origine o comience en algo que se comprenda perfectamente. Las posiciones no deben prestarse a una doble interpretación, pues de lo contrario, además de faltar la afirmación, el absolvente podría ser inducido a error¹²⁹. Por ello, se requiere que la posición sea *clara*, para que se perciba sin dificultad y sin confusión, y *concreta*, es decir, que la oración exprese con precisión la referencia a un hecho de la plataforma fáctica del litigio.

Esto último significa sostener que las posiciones versan, necesariamente, sobre hechos, y de modo particular respecto de aquellos controvertidos en el proceso. Sin embargo, valiéndose de este medio probatorio, las partes también pueden citar al adversario a la audiencia absoluta para el reconocimiento de documentos. Si bien éstos contienen hechos, conceder la posibilidad implica que las posiciones se admiten sobre objetos; en cuyo caso, la citación a ello deberá ser expresa.

Sin lugar a dudas, esta vía debe ser descartada como oportunidad para incorporar nuevos documentos, pues la declaración recae sólo en relación a los que se acompañaron en el momento procesal señalado para ello. Con lo cual, podemos decir que la finalidad de estas posiciones consiste en facilitar la fijación de aspectos particulares del documento, cuando por su extensión, complejidad, contradicción, etc., el reconocimiento ficto de la norma no fuese

¹²⁹ Ibid., 347.

suficiente para obtener la consecuencia de un reconocimiento fundante de la pretensión¹³⁰.

Los dos últimos párrafos del artículo detallan supuestos específicos del ejercicio de las facultades ordenatorias e instructorias, reconocidas al magistrado genéricamente por el art. 36, circunstancia que demuestra una vez más la importancia del cumplimiento del principio de inmediatez en estos casos. El juez podrá *modificar de oficio*, y sin recurso alguno, el orden y los términos de las posiciones sin alterar su sentido, y *eliminar* las que fuesen manifiestamente inútiles. La modificación del orden de las posiciones se orienta hacia una sustanciación del medio que resulte más clara y precisa, de conformidad al acaecer de los hechos y de los actos del proceso. Si una serie de posiciones se encuentra ligadas sucesivamente, con un sentido específico, no correspondería alterar dicho orden. En cuanto a la modificación de los términos, el juez deberá ser cuidadoso de no afectar el sentido que el ponente le dio a la posición, ya que si ello se produjese ésta no podrá considerarse como una afirmación del ponente y, consecuentemente, como confesión del hecho que la consigna contiene¹³¹.

El *iudex* también podrá eliminar aquellas posiciones que fuesen manifiestamente inútiles, ya sea porque fueron contestadas anteriormente, porque son superfluas, o bien, porque no se relacionan con los hechos controvertidos del litigio. Esta decisión, como aquella que disponga alguna de las modificaciones señaladas, serán irrecurribles; mas el ponente que se considere agraviado, podrá observar el proceder del juez en la misma audiencia haciéndolo constar en el acta, y argumentarlo luego en los alegatos. Empero, procederá su replanteo en la alzada, en caso de haberse concedido el recurso de apelación en forma libre.

¹³⁰ Falcón, op. cit., 456. “Sin embargo, también se ha sostenido que a la audiencia de posiciones no puede citarse a reconocer documentos, pues la ley ha establecido dos oportunidades distintas para eso y se trata de pruebas autónomas. Se ha señalado, en este sentido, que es evidente la autonomía de la prueba confesional y el reconocimiento de documentos, entre otras cosas, por el ámbito de aplicación personal, pues, en tanto la absolución de posiciones sólo es admisible entre las partes, el reconocimiento de documentos lo es respecto de cualquier persona, sea o no parte en el proceso”.

¹³¹ Ibid., 457.

Antes de referirnos a lo regulado de forma diferencial en las leyes procesales locales, es apropiado volver a lo dicho *ut supra* en el comentario del art. 404, respecto de las provincias de Corrientes, Entre Ríos y La Pampa. En ellas, el legislador ha optado por eliminar toda referencia a la absolución de posiciones, de tal modo que el medio probatorio que se contempla es el “Interrogatorio”; aun cuando quepa aclarar que no es adecuado calificarlo, lisa y llanamente, como libre e informal, en tanto conserva las disposiciones del CPCCN en gran parte.

Consecuentemente, por esa razón el código ritual correntino omite reglar la forma de las posiciones, institución inexistente en dicho ordenamiento, aunque en este punto el art. 411 señala que el tribunal formulará a quien deba declarar las preguntas que estime convenientes, en “*forma clara y precisa*”. Como es lógico, desaparece el requisito de la redacción asertiva, propia de la posición, pues aquí estaremos frente a una verdadera oración interrogativa: la pregunta. Al mismo tiempo, la formulación de las preguntas no implica para su autor el reconocimiento del hecho ya que nada afirma, sino que plantea un cuestionario a partir de dudas que se intentan evacuar, y no de certezas que aparentemente fundarían su pretensión.

En relación a estos aspectos, resulta paradójica la regulación del código jujeño. Dicho ordenamiento procesal contempla únicamente a la absolución, de manera tal que en este aspecto debería disponer los requisitos que las posiciones han de cumplir. Sin embargo, el art. 327 lejos de referirse a éstas, se ocupa de la “Redacción de las Preguntas”, incurriendo así en una serie de contradicciones. En primer lugar, al hablar de preguntas cuando el medio probatorio es la absolución. En segundo, al señalar que estas preguntas podrán ser redactadas en forma afirmativa, lo cual es propio de las posiciones. Y finalmente, si concluyéramos que en realidad la norma regula la forma de estas últimas, no se comprende cómo podrían ser redactadas de manera interrogativa, según lo habilita también el artículo.

Por su parte, los códigos de Entre Ríos (art. 397) y La Pampa (art. 391), bajo el título “Forma de las preguntas”, y manteniendo una redacción casi

equivalente a lo prescripto por el régimen federal, sólo agregan expresamente una facultad para el declarante o su letrado, quienes “*podrán oponerse a las preguntas formuladas que no se ajusten a lo prescripto, la que se sustanciará con la contraria*”. Entendemos que el procedimiento de oposición consagrado tendrá una sustanciación oral con el adversario, en tanto la inmediatez propia del interrogatorio permite la resolución en la misma audiencia.

Finalmente, cabe aludir al procedimiento único en el Derecho Procesal argentino, que determina el código de San Juan, cuyo art. 374 además de repetir el art. 411 del CPCCN, consagra una vía impugnatoria específica para las posiciones. La instancia comienza con la lectura del pliego en el momento de la audiencia fijada a los fines de la recepción de la absolución, y sin la presencia del absolvente en la sala. Luego, los letrados patrocinantes o mandatarios que asistan técnicamente a la parte, podrán realizar las impugnaciones a todos los puntos que consideraren no se encuentren redactados conforme a lo dispuesto en el artículo. Realizada la impugnación, en el mismo acto y sin sustanciación, el juez resolverá, siendo irrecurrible lo resuelto. Esta es la única oportunidad para que los litigantes realicen impugnaciones por este mismo motivo, pues una vez que el absolvente inicie sus respuestas no podrá volver a formularse oposición alguna.

Artículo 412: FORMA DE LAS CONTESTACIONES. *El absolvente responderá por sí mismo de palabra y en presencia del contrario, si asistiese, sin valerse de consejos ni de borradores, pero el juez podrá permitirle la consulta de anotaciones o apuntes, cuando deba referirse a nombres, cifras u operaciones contables, o cuando así lo aconsejaren circunstancias especiales. No se interrumpirá el acto por falta de dichos elementos, a cuyo efecto el absolvente deberá concurrir a la audiencia munido de ellos.*

Este es un aspecto de la declaración que aparece regulado de forma muy similar en los ordenamientos locales respecto del nacional, variando simplemente la redacción normativa de los códigos provinciales, pero con los mismos requerimientos y efectos.

Junto con la carga de comparecer, pesa sobre las partes la carga procesal de contestar: responder el pliego de posiciones y hacerlo de forma adecuada son las derivaciones de este imperativo del propio interés; por tanto, el único afectado en caso de no cumplir con ella es el mismo absolvente (conf. art. 417). Incluso, algunos ordenamientos provinciales lo establecen expresamente, así el art. 186 del código procesal mendocino bajo el título “Obligación de comparecer y declarar”. Si bien el CPCCN no determina de forma explícita la carga de contestar, sí lo hace de modo tácito al regular con precisión la forma (art. 412), el contenido (art. 413) y los efectos (arts. 417, 423, 424) de la contestación del absolvente.

En este punto, el art. 412 detalla con claridad los requisitos formales. A ello sólo cabe agregar, en estrecha relación a lo dicho respecto de la declaración por mandatario convencional, que el letrado patrocinante únicamente puede indicarle a su representado que conteste o no la posición; mas nunca actuará como “consejero” o “asesor”, señalando una respuesta afirmativa o negativa. Además, contemplando la existencia de posiciones que requieran un mayor esfuerzo de memoria, dada la precisión o complejidad del dato con el que debe responderse (*“nombres, cifras u operaciones contables”*), la norma faculta al absolvente a contestar remitiendo a las constancias de libros o documentos, o bien consultar *“anotaciones o apuntes”* con las que concurra a declarar o que hayan sido agregadas al expediente¹³².

De conformidad al art. 115, en todos los actos del proceso se utilizará el idioma nacional. De modo tal que, cuando éste no fuese conocido por la persona que deba prestar declaración, el juez o tribunal designará por sorteo un traductor público. Mientras tanto, en los casos en que deba interrogarse a sordos, mudos o sordomudos que sólo puedan darse a entender por lenguaje especializado, se nombrará un intérprete. En este aspecto y, específicamente, dentro de la regulación de las pruebas por declaraciones de parte, el art. 324 del código tucumano establece la designación del intérprete, siguiendo para ello el procedimiento de elección de los peritos.

¹³² Ibid., 459.

El código de Corrientes al regular la forma de las respuestas en el art. 413, indica también que el declarante “*podrá precisar o rectificar sus dichos, si lo considerare necesario*”, facultad que el CPCCN incorpora en el artículo siguiente.

Por su parte, en el código de Tierra del Fuego no se contempla disposición que regule este aspecto de la declaración de parte.

Artículo 413: CONTENIDO DE LAS CONTESTACIONES. *Si las posiciones se refieren a hechos personales, las contestaciones deberán ser afirmativas o negativas. El absolvente podrá agregar las explicaciones que estime necesarias. Cuando el absolvente manifestare no recordar el hecho acerca del que se le pregunta, el juez lo tendrá por confeso en la sentencia, siempre que las circunstancias hicieren inverosímil la contestación.*

Es adecuado comenzar distinguiendo, antes que el contenido de la contestación, el contenido fáctico que pueda presentar una posición, pues aquél depende de éste. De la redacción del artículo, es dable deducir que las posiciones pueden consistir en afirmaciones referidas o no a hechos personales del absolvente, o de su conocimiento personal. Cuando las mismas efectivamente versen sobre estas circunstancias personales, las respuestas deben ser necesariamente afirmativas o negativas; es decir, en estos casos el deponente contestará si es cierto o no es cierto aquél hecho sobre el cual se lo interroga. Por el contrario, cuando el pliego no contenga ese tipo de hechos, el declarante sólo podrá manifestar que los conoce como tales o no, pero no podrá aseverar su veracidad o falsedad, debido a que no actúa como testigo¹³³.

Sólo luego de la contestación en las formas señaladas puede ejercer la facultad de explicar todo aquello que considere conveniente, sea para precisar el alcance de su respuesta, o el contenido de la misma. Estas aclaraciones serán objeto de valoración judicial al tiempo de la sentencia, y junto a la

¹³³ Ibid., 460.

apreciación legal del mérito de la declaración, determinarán la fuerza probatoria del medio.

Finalmente, el artículo regula el supuesto en el cual el absolvente invoque no recordar el hecho objeto de indagación. Esta contestación no faculta a considerarlo, de forma mecánica y automática, como confeso; para que esta consecuencia tenga lugar, es menester que las circunstancias hiciesen inverosímil esa respuesta, pues en los demás casos deberá apreciarse la declaración de conformidad a las reglas de la sana crítica. La inverosimilitud requerida es un elemento normativo cuya apreciación corresponde al magistrado, e implica su convencimiento acerca de la falsedad de esa contestación. Para arribar a esa conclusión, es de suma importancia la inmediación del juez, pues sólo de esa forma podrá comprobar la veracidad de la manifestación, evaluando la personalidad expuesta por el absolvente, su edad, condiciones intelectuales, tiempo transcurrido entre el hecho y la declaración, el contexto de la absolución, junto a las circunstancias que se deducen de la causa y las demás pruebas. A estos fines, el juzgador podrá definir su criterio a partir de la formulación de preguntas en esa misma audiencia.

Originariamente el CPCCN, conforme ley 17.454, agregaba el requisito de hacer conocer, antes de recibirse la declaración, las consecuencias jurídicas de las omisiones, falta de recuerdo o respuestas evasivas, para tener al absolvente por confeso ante esas contingencias. Sin embargo, el 11 de marzo de 1981, se sanciona la ley 22.434 que elimina tal exigencia, procediendo la sanción sin necesidad de advertencia previa. Para esa supresión, el legislador preponderó la carga de informarse que pesa sobre el declarante, y la obligación del patrocinante de hacer conocer a su representado estas consecuencias. No obstante, aún puede encontrarse el requisito en los códigos de Buenos Aires (art. 411), Córdoba (art. 225), Chacho (art. 391), Entre Ríos (art. 399), La Pampa (art. 394), Neuquén (art. 413) y San Luis (art. 413).

En relación al resto de los ordenamientos locales, el código de Jujuy no contempla esta disposición, y el de Corrientes lo hace únicamente en relación

al supuesto del “olvido”, dentro de la norma que determina la confesión ficta (art. 415). Situación similar se repite en Entre Ríos (art. 399) y La Pampa (art. 394), en cuyos artículos 399 y 394, respectivamente, se regula de forma autónoma sólo la *“Falta de contestación”*. Entendemos que estas tres últimas provincias se abstienen de referirse a lo dispuesto en los dos primeros párrafos del art. 413 CPCCN, por cuanto eliminan la figura de la absolucón de posiciones, y con ello deja de requerirse una contestación afirmativa o negativa; mientras que las aclaraciones o explicaciones constituyen una parte intrínseca y esencial de las respuestas a las preguntas del interrogatorio libre.

En sentido opuesto, el art. 190 ap. III del código mendocino si bien, por un lado, dispone que *“si se tratare de hechos personales del absolvente y de persona autorizada de la entidad que representa, deberá contestar afirmativa o negativamente o dando las explicaciones requeridas, agregando las aclaraciones que creyere necesarias, sucintamente”*, por otro, omite referencias a la situación del olvido. Tampoco contemplan el supuesto las provincias de La Rioja y Santa Fe.

Artículo 414: POSICION IMPERTINENTE. *Si la parte estimare impertinente una pregunta, podrá negarse a contestarla en la inteligencia de que el juez podrá tenerla por confesa si al sentenciar la juzgare procedente. De ello sólo se dejará constancia en el acta, sin que la cuestión pueda dar lugar a incidente o recurso alguno.*

Autores, como Kielmanovich¹³⁴ y Falcón¹³⁵, entienden que una posición es impertinente cuando: 1) no se refiere a un hecho controvertido o conducente; 2) contiene más de un hecho escindible, que no puede ser respondido sin reconocer o negar a los otros; 3) no es clara y concreta. Para otros, entre ellos Palacio, la noción de pertinencia probatoria es más restringida, limitándose a la adecuación que debe existir entre la prueba y los hechos controvertidos de la causa. Por lo tanto, para esta postura, la

¹³⁴ Kielmanovich, op. cit. 525.

¹³⁵ Falcón, op. cit., 462.

impertinencia a que refiere el art. 414 sólo comprende el primer supuesto de la anterior; mientras el segundo y tercero estaría relacionados a la *admisibilidad* de la prueba.

Las consecuencias de aceptar una u otra comprensión no son menores, y exceden el mero plano conceptual, ya que la pertinencia de la prueba es un asunto que debe apreciarse recién al tiempo en que sea dictada la sentencia definitiva, tal como el artículo en análisis lo indica; empero, la admisibilidad autoriza a un pronunciamiento judicial inmediato, admitiendo o rechazando en la misma audiencia la posición cuestionada. Independientemente de las nociones teóricas, creemos que a partir de esta distinción práctica en relación al momento en que se resuelve la oposición, resulta conveniente inclinarnos por la postura más restringida de la pertinencia. Si el absolvente se resiste a contestar una posición porque ella contiene más de un hecho, o bien porque es ambigua o confusa, resultará mucho más eficaz para la sustanciación del medio probatorio la resolución del planteo en la audiencia de absolución; ya sea, que el juez ordene escindir los hechos en cuantas posiciones sean necesarias, o que se aclaren los términos o la redacción para facilitar así la comprensión por el deponente.

Como lo indica la norma, el absolvente que estime impertinente una posición no estará en la necesidad de responderla. Pero, cuando efectivamente se niegue a contestar, debe hacerlo comprendiendo que el juez al sentenciar podrá tenerlo por confeso de esa posición, si concluye que la misma se adecua al sistema de pertinencia de la prueba. De la renuencia sólo se dejará constancia en el acta, para asentar la emisión de voluntad de quien declara, ya que la cuestión no da lugar a incidente o recurso alguno.

En cuanto al rol del letrado, como señalamos al comentar el art. 412, podrá indicarle a su patrocinado o representado que no conteste, y cuanto mucho explicar la razón en la que funda la impertinencia. En absoluto tiene la

carga de fundar la negativa, facultad que podrá ejercer en oportunidad de alegar o de expresar los agravios que la sentencia le ocasiona¹³⁶.

El código de Córdoba no contempla el caso de la impertinencia de la posición, sin embargo el art. 230 dispone que: *“Si el interrogado se negare a responder sosteniendo que la posición es ilícita, o que por otro motivo no está obligado a contestarla, el tribunal resolverá inmediatamente el punto sin recurso alguno”*. Se observa que, por un lado, las causales que habilitan al deponente a abstenerse de declarar, es decir, la ilicitud u *otro motivo*, son más abarcativas que el supuesto de la impertinencia. Por otro, el ordenamiento cordobés dispone la resolución del planteo en la misma audiencia, de forma inmediata.

Frente a ello, cabe preguntarnos qué sucede en los casos en que la negativa se funde en la impertinencia de la posición: ¿corresponderá su resolución inmediata? Entendemos que ello afectaría el régimen de pertinencia probatoria, por lo tanto, si el magistrado advirtiera que el planteo se funda en este motivo deberá disponer su resolución al tiempo de sentenciar, siendo conveniente realizar la advertencia del apercibimiento para tenerlo por confeso si el juez resolviera la pertinencia de la posición. La norma concluye al señalar que: *“El superior podrá, en segunda instancia, admitir o rechazar la posición según la creyese o no legal”*. Similar disposición contiene el código de Santa Fe, cuyo art. 164 establece: *“Si se negara a responder sosteniendo que la pregunta es ilícita, que tiende a someterlo a juicio criminal o que afecta su honor; el juez resolverá inmediatamente, sin substanciación ni recurso alguno”*.

Finalmente, es preciso señalar que en los ordenamientos de Jujuy, La Rioja, Mendoza y Tierra del Fuego no se encuentran estas normas.

Art. 415: INTERROGATORIO DE LAS PARTES. *El juez podrá interrogar de oficio a las partes en cualquier estado del proceso y éstas podrán hacerse recíprocamente las preguntas y observaciones que juzgaren convenientes, en*

¹³⁶ Kielmanovich, op. cit., 526.

la audiencia que corresponda, siempre que el juez no las declare superfluas o improcedentes por su contenido o forma.

La incorporación al Derecho Procesal Argentino del interrogatorio libre, o sistema de preguntas propiamente dichas, no se produce de manera clara en el ordenamiento federal, ni en aquellas provincias que lo toman como modelo. El art. 415 regula una mera adhesión de interrogaciones al régimen de la absolución de posiciones, de forma complementaria, pero sin consagrar un medio de prueba de igual jerarquía y alternativo para las partes. Por esta razón, desde su aparición, las preguntas recíprocas carecieron de un carácter concreto, de una finalidad definida, y de la amplitud necesaria para hacer un uso útil y eficaz de las mismas.

Al tiempo de la génesis de esta institución, el art. 131 del Código de Procedimiento Civil y Comercial, sancionado para la provincia de Buenos Aires en 1880, disponía que: *“Las partes podrán hacerse recíprocamente las preguntas y observaciones que juzgaren convenientes con permiso y por intermedio del juez. Este podrá también interrogarlas de oficio, sobre todas las circunstancias que fueren conducentes a la averiguación de la verdad”*. Luego el art. 415 del CPCCN, conforme ley 17.454, tomaría dicha norma para mantener una redacción casi sin modificaciones¹³⁷.

En el marco de estas legislaciones, fue común que la doctrina y la jurisprudencia limitaran aún más la utilidad del interrogatorio. Así las cosas, se sostuvo de forma prácticamente unánime, que si bien las partes podían interrogarse mutuamente, el acto no debía tener una finalidad que excediese de aclarar el sentido de una posición o precisar el alcance de una respuesta. A continuación, la lógica de este razonamiento jurídico terminaría por concluir que las preguntas debían restringirse a los hechos expresados en las posiciones y, por último, que las observaciones en cuestión sólo podían ser hechas mediante

¹³⁷ El art. 415, conforme ley 17.454, sólo modifica la redacción al decir que las partes podrán formularse preguntas recíprocas *“con autorización o por intermedio del juez”*. De ello puede deducirse, que en el sistema del art. 131 el requisito era doble al utilizarse la conjunción “y”, es decir, las interrogaciones siempre se realizaban a través del magistrado y con su autorización. Mientras que el art. 415 habilitaba la interrogación directa de las partes.

preguntas que permitieran una respuesta afirmativa o negativa. Prácticamente el medio de prueba consistía en una ampliación de la declaración, a través de la formulación de nuevas posiciones sobre las posiciones originales.

En su obra, Kielmanovich¹³⁸ rememora un fallo de la Cámara Civil Primera de la Capital Federal el cual resolvió que, aun cuando era indiscutible que los jueces estaban facultados para hacer todas las preguntas o aclaraciones que estimaran conducentes a la averiguación de la verdad, tal facultad no podía exceder los límites de los términos en que el Código Procesal reglamenta la prueba de confesión. Esto implicaba que las preguntas debían ser formuladas de manera que el absolvente pudiese contestar en forma afirmativa o negativa, pues de otro modo, si el absolvente se negaba a contestar no podía obtenerse la sanción prevista por la ley procesal.

No son pocos los reparos susceptibles de dirigirse contra esta sentencia. Por un lado, podría decirse que efectúa una consideración limitada del rol del juez, cuyas interrogaciones debieran ser tan restringidas como las respuestas afirmativas o negativas que se pretenden obtener, pues de ningún modo estaría facultado a interrogar a las partes como si de testigos se tratara. Además, si sólo de esa clase de respuestas es dable obtener el resultado confesorio, se desconoce toda posibilidad de arribar a él a través de la apreciación judicial de la declaración, de la conducta procesal de las partes, etc.: sólo el sistema de la tarifa legal cuenta para la valoración de la prueba. Empero, por otro lado, también podría afirmarse que el fallo otorga al magistrado una facultad mucho mayor que la correspondiente: para que el absolvente responda por “si es cierto” o “no es cierto”, no cabría para la interrogación otra redacción más que la asertiva, es decir, como posición; lo que únicamente es posible realizar en tanto se conocen los hechos, y ello sólo cabe para las partes. Una posición del juez implicaría prejujuicio y una violación al deber de imparcialidad que recae sobre el magistrado.

¹³⁸ Kielmanovich, op. cit., 536.

Sin embargo, frente a estas ideas comenzaron a tomar peso las enseñanzas de juristas como Alsina, quien reprochaba a la jurisprudencia no haber obtenido de la institución todo el rendimiento que su amplio contenido permitía. Para el autor, de ningún modo debía reducirse el papel de las preguntas recíprocas a la minúscula función de facilitar el desarrollo de la prueba de posiciones. Alsina encontraba fundamentos para esta interpretación en la amplitud con que estaba concebida la segunda parte del artículo que, en miras a la averiguación de la verdad, habilitaba al juez a pedir explicaciones tanto al ponente como al absolvente¹³⁹.

Bien entendía el jurista que la norma habilitaba el interrogatorio recíproco de las partes, “*no ya en forma de posiciones, sino de simples preguntas*”, es decir, interrogaciones que se hacen para que uno responda lo que sabe de un negocio u otra cosa¹⁴⁰. No encontraba fundamento en la ley la exigencia jurisprudencial y doctrinaria relativa a que éstas debían redactarse para obtener del declarante una contestación afirmativa o negativa, en la medida que el Código sólo establecía la redacción afirmativa para las posiciones¹⁴¹. En cambio, la norma en análisis no sólo no establecía forma alguna, sino que omitía referencia a las posiciones; simplemente se habla de *preguntas*, titulado el artículo bajo este mismo término.

Queda claro que a partir de la incorporación de estas disposiciones al derecho argentino, la interrogación a la parte, aun para provocarse recíprocamente la confesión, está incluida en el proceso civil. Pero, ¿cuál es el alcance de esta institución? En este punto, para determinar si las preguntas debieran o no versar sobre hechos que constituyen materia de posiciones anteriores, creemos que se requiere de un análisis más sistémico y contextual, que excede la mera exégesis. Tal como enseña Falcón, los antiguos arts. 131 o 415 se incorporan en un contexto complejo, cuanto menos confuso, “*totalmente*

¹³⁹ Alsina, op. cit., 362-363.

¹⁴⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=pregunta> (consultado el 15 de septiembre de 2013).

¹⁴¹ Art. 130 Código Procesal de 1880 / Art. 411 CPCCN ley 17.454.

*ajeno al objetivo aparente que resulta de su sola lectura*¹⁴²; es decir, si nos limitamos al contenido normativo nada obliga a concluir que *"todas las circunstancias que fueren conducentes a la averiguación de la verdad"* sólo ha de entenderse en el sentido de "los hechos que fueron contenidos en posiciones"¹⁴³.

Mas, aun cuando estemos absolutamente a favor de la consagración legal de un interrogatorio libre e informal sin restricciones, entendemos que de la manera en la que ha sido regulado el instituto, la interrogaciones recíprocas constituyen un mero complemento del sistema principal de la absolución de posiciones; y, es por ello, que las preguntas no podrán versar sobre hechos no contenidos en el pliego. En este sentido lo entendía Alsina quien, a pesar de su firme oposición a la doctrina y jurisprudencia que coartaban aún más la figura, nunca defendió la posibilidad de un interrogatorio que excediera las circunstancias fácticas objeto de posiciones. Aquí es oportuno señalar que la ley 25.488 se ha limitado a modificar la redacción del art. 415¹⁴⁴, pero en nada introdujo cambios a lo dicho hasta aquí, perdiendo una gran oportunidad para adaptar este medio probatorio a las tendencias del derecho moderno.

No caben dudas que el CPCCN consagra entonces un sistema único, que es el de la absolución de posiciones, amenguado en su rigidez a través de las preguntas recíprocas. Lejos está el régimen federal de un modelo mixto, en el cual los litigantes tengan la facultad o alternativa de elegir entre requerir y sustanciar un interrogatorio formal u otro informal. Este aspecto del ordenamiento nacional queda en evidencia al comprobar la autonomía o diferenciación de medios probatorios, es decir, de posiciones y preguntas, consagrada en algunos códigos, tanto provinciales: Santa Fe (art. 161) y, fundamentalmente, Tierra del Fuego (art. 384); como internacionales: Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay (art. 148).

¹⁴² Falcón, op. cit., 416.

¹⁴³ Así Kielmanovich, quien limita su estudio a texto legal y por ello sostiene que la norma crea un sistema completamente libre e informal, similar al de la indagatoria testimonial; op. cit., 538.

¹⁴⁴ La reforma provocada por la ley 25.488 ha suprimido la mención por *intermedio* o con *autorización* del juez y ha aclarando que el interrogatorio cabe en "la audiencia que *corresponda*", de conformidad a lo dispuesto por el art. 438 del Código.

Esta accesoriadad, en relación a las posiciones, que caracteriza al interrogatorio recíproco, con la limitación a la posibilidad de preguntar más allá de los hechos contenidos en el pliego, hace que la negativa a contestar una pregunta más extensa no genere el efecto de la confesión ficta. Ahora bien, cabe indagar qué sucede si la parte es renuente a contestar una pregunta cuyo contenido se corresponde con las cuestiones fácticas comprendidas en las posiciones. Entendemos que en estos casos, si mediare negativa a responder o evasividad, y guiado el criterio judicial por las reglas de la sana crítica, correspondería tenerlo por confeso fictamente. A su vez, aquellas contestaciones que impliquen afirmaciones confesionales son perfectamente válidas.

En cuanto a las personas que pueden ser sujetos de este interrogatorio, para quienes ven en el art. 415 un medio de prueba autónomo, pueden serlo todos los que revistan la calidad de partes y los terceros que han sido tenidos por tales, tanto que revistan la calidad de partes "contrarias" o no. Por ello, los litisconsortes podrían interrogarse entre sí, ya que respecto de ellos no cabe, en este entendimiento de la norma, la limitación del art. 404¹⁴⁵.

No obstante, en nuestra comprensión de este sistema probatorio, si las preguntas no pueden exceder el marco de las posiciones en cuanto al objeto, tampoco podrían hacerlo en el plano de los sujetos. De modo tal que, en los casos en los cuales los litisconsortes no pueden absolver posiciones, tampoco podrán ser interrogados válidamente a través de preguntas que intenten aclarar el contenido o alcance de aquéllas. En estos supuestos, sólo cabe la posibilidad de recurrir a la declaración testimonial. Sin embargo, que ésta sea la solución que consideramos adecuada y coherente con el sistema normativo actual, no significa que estemos de acuerdo con ella. Por el contrario, éste es un punto que nos demuestra la necesidad imperiosa de reformar nuestros códigos para consagrar un interrogatorio informal completamente independiente de la absolución de posiciones, con la amplitud y libertad suficiente para comprender el caso de los litisconsortes sin necesidad de

¹⁴⁵ Kielmanovich, op. cit., 541.

recurrir a la prueba de testigos, medio que impide alcanzar los efectos propios de las pruebas por declaraciones de parte (v.gr. confesión).

Respecto de lo que ocurre en el derecho local, la ley procesal de Córdoba señala que *“Los litigantes podrán asistir a la absolución de posiciones. Su intervención se reducirá a proponer a los absolventes nuevas posiciones u oponerse a alguna de las propuestas, pidiendo resolución al efecto”* (art. 232). Empero, el art. 234, al igual que el art. 165 del código santafecino, aclara que *“No podrán proponerse nuevas posiciones sobre hechos que hayan sido ya objeto de ellas”*.

Por otro lado, el código de La Rioja agrega en este punto que *“El letrado de la parte que ha ofrecido la prueba confesional, podrá ampliar las posiciones propuestas y pedir aclaraciones a las respuestas que dé el absolvente. El letrado de la parte que absuelve posiciones podrá solicitar aclaraciones a sus respuestas”* (art. 194). Esta disposición es significativa ya que la doctrina, generalizadamente, sostiene la imposibilidad del abogado de interrogar a su propio representado; y si bien aquí la norma no habilita a ello, faculta al profesional a intervenir en auxilio de su cliente requiriendo aclaraciones susceptibles de mejorar la declaración. Una regla similar contiene el código de Santa Fe, agregando que *“El abogado y el apoderado del absolvente podrán formular a la otra parte, si estuviere presente, por intermedio del juez y en la medida que éste lo permita, preguntas ampliatorias o aclaratorias de los hechos que hayan sido materia de las posiciones”* (art. 165).

La ley de Tierra del Fuego determina en su art. 385 inc. 1 que *“terminado el interrogatorio, las partes, por intermedio de sus abogados, podrán interrogarse libremente, pero sujetas a la dirección del Tribunal”*.

Finalmente, el código de Tucumán prohíbe la presentación de nuevas posiciones una vez concluido el pliego, pero habilita a las partes, en la audiencia y bajo la dirección del juez, a *“requerirse recíprocamente aclaraciones sobre los hechos contenidos en las posiciones y sobre las respuestas dadas por el absolvente”* (art. 327). Puede observarse en esta

norma una aplicación concreta del criterio que hemos sostenido respecto del contenido de las interrogaciones recíprocas del CPCCN.

Artículo 416: FORMA DEL ACTA (Derogado). *Las declaraciones serán extendidas por el secretario a medida que se presten, conservando, en cuanto sea posible, el lenguaje de los que hubieren declarado. Terminado el acto, el juez hará leer y preguntará a las partes si tienen algo que agregar o rectificar. Lo que agregaren o rectificaren se expresará a continuación, firmando las partes con el juez y el secretario.*

La ley 25.488 derogó el art. 416 del CPCCN, motivo por el cual es menester remitirnos a las disposiciones generales del Título III sobre los “Actos Procesales”; y específicamente, considerar el Capítulo III del mismo, sobre las “Audiencias”. Aquí el art. 125 establece las reglas generales a las que deberá ajustarse el procedimiento, determinando en el inc. 5: *“El secretario levantará acta haciendo una relación abreviada de lo ocurrido y de lo expresado por las partes. El acta será firmada por el secretario y las partes, salvo, cuando alguna de ellas no hubiera querido o podido firmar; en este caso, deberá consignarse esa circunstancia. El juez firmará el acta cuando hubiera presidido la audiencia”.*

La remisión a esta norma implica el abandono del deber que pesaba sobre el secretario de conservar el lenguaje empleado por los declarantes, es decir, ya no resulta una imposición legal alcanzar la mayor correspondencia posible entre lo dicho y lo transcripto. Por el contrario, es suficiente una relación abreviada de lo expresado por las partes.

Además, la ley 25.488 agregó al art. 125 dos incisos, incorporando la facultad del tribunal para decidir la documentación de las audiencias de prueba por medio de “fonograbación”. Esta deberá realizarse en doble ejemplar, uno de los cuales se certificará y conservará adecuadamente hasta que la sentencia quede firme; el otro quedará a disposición de las partes para su consulta. A ellas les otorga también el derecho a solicitar constancias similares, en la forma y condiciones de seguridad que establezca el tribunal de

superintendencia, para los casos en que aporten su propio material. Sin embargo, la misma norma es terminante al señalar que estas constancias carecerán de fuerza probatoria. Los tribunales de alzada, en los casos de considerarlo necesario para la resolución de los recursos sometidos a su decisión, podrán requerir la transcripción y presentación de la fonograbación, dentro del plazo que fijen al efecto a la parte que propuso el medio de prueba o a la que el propio tribunal decida, si la prueba fuere común (inc. 6).

A continuación, el nuevo inc. 7 amplía la posibilidad de documentación de las audiencias, bajo iguales condiciones a las establecidas en el inciso anterior, determinando genéricamente la facultad del tribunal para decidir el empleo de “*cualquier otro medio técnico*”. En todos los casos en que las partes soliciten esta registración, lo será a su costa y sin recurso alguno, debiendo requerirla con suficiente anticipación. El juez, según el medio técnico que se trate, dispondrá el nombramiento de taquígrafos u otros profesionales, y la adopción de medidas de seguridad que garanticen la autenticidad del registro y su documentación¹⁴⁶.

Entendemos que es “saludable” para la documentación fiel y segura del acto, aun cuando actualmente no sea una exigencia legal, que antes de cerrar el acta con las firmas correspondientes sea leída para que los declarantes, o sus representantes, puedan aclarar o rectificar cuanto consideren necesario. Mas es menester aclarar que, ello no recaerá sobre el contenido de la declaración sino respecto de la transcripción documental que el secretario haya efectuado. Esta continúa siendo una práctica judicial, ahora consuetudinaria, del fuero nacional.

Finalmente, no debemos olvidar que el acta judicial constituye un instrumento público (art. 979 inc. 4), por lo tanto para su validez es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad. Como tal no podrá alterarse, de modo que todas las enmiendas, palabras entre líneas, borraduras, etc., deberán ser salvadas al fin.

¹⁴⁶ Ibid., 527.

Artículo 417: CONFESION FICTA. *Si el citado no compareciere a declarar dentro de la MEDIA (1/2) hora de la fijada para la audiencia, o si habiendo comparecido rehusare responder o respondiere de una manera evasiva, el juez, al sentenciar, lo tendrá por confeso sobre los hechos personales, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas. En caso de incomparecencia del absolvente, aunque no se hubiere extendido acta se aplicará lo establecido en el párrafo anterior, si el ponente hubiere presentado oportunamente el pliego de posiciones y el absolvente estuviere debidamente notificado.*

La confesión ficta aparece bajo el influjo de las instituciones germánicas en el marco del Derecho Canónico medieval, presentando definitivamente al acto declaratorio como una carga del citado. De esta manera, los juristas buscaron satisfacer el interés en garantizar su cumplimiento y en obtener respuestas categóricas del absolvente a través de un efectivo medio de coacción: la *poena confessio*.

Sin embargo, para el gran jurista Chiovenda, en la actualidad la justificación de la figura se encuentra en que el Estado tiende a la definición de los litigios por los modos más rápidos y con los menores costos posibles para la actividad jurisdiccional. Aun cuando se garantice un máximo de libertad de defensa, si la parte voluntariamente no hace uso de su derecho:

“El ordenamiento prefiere que los hechos alegados por la contraria se tengan sin más por admitidos, sin afrontar la serie de actuaciones necesarias para su prueba. Pero ello no lo hace ni para castigar al contumaz, ni para obligarle a contestar, sino con el solo efecto de librarse del modo más expeditivo, a sí mismo y a la sociedad, de la litis pendiente”¹⁴⁷.

La *ficta confessio*, también denominada confesión tácita, implícita o presunta, consiste en un mecanismo legal que simula la actividad y los efectos de la una *contra se pronuntiatio*. Al estudiar los requisitos de la confesión,

¹⁴⁷ Chiovenda, *Instituciones*, en Alsina, op. cit., 375 nota al pie.

podimos señalar que algún sector de la doctrina reconoce como condición para su existencia que ella sea “expresa”; consecuentemente, estos autores negarán a la confesión ficta el carácter de confesión, entendiendo que se trata de una figura que pretende suponer la existencia de algo que no existe. No obstante, y aun coincidiendo en que estamos frente a una ficción legal, creemos que la confesión no necesita ser expresa para existir como tal; sólo se requiere el carácter terminante en el actuar de la parte. Ello significa que el resultado probatorio no debe ser dudoso, sino que emerge en forma clara, precisa. Así las cosas, el legislador ha entendido que en todas las hipótesis contempladas por la norma, la conducta (u omisión) del litigante es una manifestación terminante en favor de la contraria.

En este sentido, el art. 417 del CPCCN contempla tres supuestos fácticos que, verificados en el expediente concreto, provocan tener al declarante por confeso: 1) la incomparecencia a la audiencia; 2) la falta de contestación de las posiciones; 3) las respuestas evasivas. A ello cabe agregar las hipótesis específicas de los arts. 413, absolvente que manifiesta no recordar el hecho, y 414, cuando estime impertinente la posición; pudiendo ambas ser consideradas como supuestos concretos de la falta de contestación.

En primer lugar, aquella de las partes que, citada en cumplimiento de las prescripciones legales, dejase de concurrir sin justa causa a la audiencia, se coloca en una situación desventajosa: los hechos contenidos en las posiciones a ella dirigida se presumirán ciertos. Las graves consecuencias de esta rebeldía motivan el otorgamiento del plazo de gracia de *media hora* contemplado en el artículo, tiempo concedido ante eventuales demoras susceptibles de afectar al litigante que tiene la voluntad efectiva de comparecer. Si así ocurriera, el absolvente que concurre extemporáneamente, pero mientras no haya trascurrido aquél término, no tiene el deber de justificar la demora, pues el art. 417 no impone una obligación tal. Por último, el segundo párrafo de la norma señala que el ausente será tenido por confeso, aun cuando no se hubiese extendido o levantado el acta, siempre que la contraria haya

cumplido oportunamente con la carga de presentar el pliego (conf. art. 410 párr. 2°).

La segunda hipótesis legal consiste en la negativa a contestar una posición. Dicha renuencia puede estar motivada en diferentes razones: que no son claras o concretas, que no se refieren a hechos personales, que contiene más de un hecho, etc., es decir, cualquier incumplimiento de las prescripciones legales que debe observar el ponente al crear el pliego. En este caso, al igual que en el anterior, pesa sobre el litigante una carga procesal, teniendo plena libertad jurídica para no satisfacerla y someterse entonces a las consecuencias previstas por la misma norma. Por ello, cabe recordar que, no se trata de una sanción sino de los efectos desfavorables que el citado a posiciones puede asumir o evitar.

El tercer supuesto del art. 417 se configura cuando el declarante respondiese de forma evasiva. En realidad, estamos frente a una derivación concreta de la anterior carga, que comprende no sólo responder a las posiciones, sino hacerlo del modo correcto. De conformidad al art. 413, cuando las posiciones se refieren a hechos personales, las respuestas deben ser afirmativas o negativas, esto es, categóricas; por lo tanto, el incumplimiento del requisito trae consigo la confesión ficta de quien no tendría razones para contestar de forma imprecisa, vaga o ambigua posiciones referidas a hechos que conoce cabalmente.

Del análisis de la norma obtenemos dos elementos determinativos del alcance de este instituto procesal. En primer lugar, sólo se tendrá por confeso al citado en relación a aquellas posiciones referidas a hechos personales o de su conocimiento personal. Si alguna de las “interrogaciones cerradas” del pliego excediera este requisito normativo, no podría considerarse fictamente reconocida.

En segundo lugar, el magistrado deberá evaluar “*las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas*”. Esto significa que corresponde el sistema de la sana crítica para la interpretación de la confesión ficta, la que

evidentemente no es determinante ni vinculante para el juez, pues deberá considerarla a luz de aquellos elementos. Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia han coincidido en este punto.

Un sector, hoy minoritario, entiende que la confesión ficta es suficiente para tener por probados los hechos consignados en el pliego mientras ella no se neutralice por otros medios. En este entendimiento, el beneficio de la presunción legal genera dos consecuencias: por un lado, el ponente se encuentra relevado de completarla con otras pruebas; y por otro, el juez no debe concentrar su labor en aquellos elementos probatorios que corroboren la confesión ficta, sino en los que la contradigan¹⁴⁸, de manera que si éstos no existen, sus efectos son iguales a los propios de la confesión expresa.

Lo cierto es que nada obsta a que el perjudicado con la presunción la destruya mediante prueba en contrario, pues el valor de la ficción no puede ser mayor que el de la realidad. Por ello, coincidimos con la tendencia mayoritaria, entendiendo que el valor de la confesión ficta no es absoluto, sino que debe interpretarse en todos los casos a la luz de la sana crítica, no sólo apreciando las demás pruebas sino, como manda la norma, también las circunstancias de la causa; de manera que le sea atribuida plena eficacia sólo en los casos en que el contenido de la declaración ficta aparezca confirmada por estos elementos.

Por último, es necesario destacar que el litigante será tenido por confeso fictamente aun cuando ello implique tener por ciertos hechos que se contradigan con las afirmaciones y negaciones efectuadas en su escrito liminar (demanda o contestación). Esto significa que la presunción cumple sus efectos aun cuando los hechos sobre los cuales versa hayan sido negados al contestar la demanda, de lo contrario bastaría que el demandado se limitase a negar los hechos en esa oportunidad para quedar a cubierto de las posiciones y privar de eficacia el medio probatorio¹⁴⁹.

¹⁴⁸ CNCiv, Sala L, 30/4/91, *DJ*, 1991-2-742.

¹⁴⁹ CNCom, Sala B, 25/6/85, *DJ*, 1986-1-526.

El derecho local argentino, en cada uno de los códigos provinciales, regula esta especie de confesión, modificando en más o en menos el título y/o la redacción del artículo. V.gr.: Córdoba: Art. 225. *Incomparecencia o negativa a responder*; Jujuy: Art. 330. *Negativas y Reticencias*; La Rioja: Art. 195 *Negativa a responder*.

Por su parte, el código de Corrientes incluye también en este art. 415 el supuesto del declarante que no recordare el hecho. En su texto, se limita a señalar que se lo tendrá por confeso, sin referirse a los hechos sobre cuáles recaerá tal confesión. Sin embargo, es el art. 404 el que agrega que la citación para ser interrogado *“se hará bajo apercibimiento de tenerse por reconocida la versión sobre los hechos efectuada por la contraria, en caso de incomparecencia injustificada”*. Entendemos que la versión de los hechos que cada litigante trae al proceso se encuentra explicitada en los escritos constituyentes de la litis, por lo que la confesión ficta recaerá respecto de la plataforma fáctica del escrito de demanda o contestación, según quien haya actuado como ponente. De esta manera, se da más valor a la declaración de los escritos iniciales que a la efectuada en la audiencia; criterio legislativo destacado por la doctrina moderna, al comprender que ello evita la duplicación de la función *“afirmación + afirmación = confesión”*, ya que ella sólo se aplicaría respecto de las circunstancias de hecho presentadas en la etapa demanda/contestación.

Con mayor claridad se refleja esta política en el ordenamiento procesal civil de Tierra del Fuego. Cabe recordar que aquí el código provincial diferencia dos medios probatorios, la absolución de posiciones por un lado, y por otro el interrogatorio libre. Respecto de este último, el art. 385 inc. 4 dispone que: *“La no comparecencia a la citación, sin causa justificada así como la negativa a contestar o las respuestas evasivas o inconducentes, harán presumir ciertos los hechos de la demanda o de la contestación, en su caso, susceptibles de ser probados por confesión”*.

En la provincia de Mendoza, el tribunal se encuentra expresamente habilitado a citar a las partes para que éstas sean interrogadas de oficio; en

cuyo caso, como es lógico, no habrá un pliego de posiciones. Por dicha razón, la confesión ficta generada por la incomparecencia sin causa ante este llamamiento oficioso, recae también respecto de las circunstancias fácticas expuestas en los escritos liminares del proceso, “sobre los cuales no se haya producido otra prueba” (art. 188 inc. III). En cuanto a la concesión del plazo de gracia, el ordenamiento mendocino posee el código procesal más generoso, pues “mientras no se haya cerrado el acto de la audiencia, podrá el citado comparecer para absolver posiciones o ser interrogado” (art. 188 inc. V).

Artículo 418: ENFERMEDAD DEL DECLARANTE. *En caso de enfermedad del que deba declarar, el juez o uno (1) de los miembros de la Corte o de las cámaras, comisionado al efecto, se trasladará al domicilio o lugar en que se encontrare el absolvente, donde se llevará a cabo la absolución de posiciones en presencia de la otra parte, si asistiere, o del apoderado, según aconsejen las circunstancias.*

Artículo 419: JUSTIFICACION DE LA ENFERMEDAD. *La enfermedad deberá justificarse con anticipación suficiente a la audiencia, mediante certificado médico. En éste deberá consignarse la fecha, el lugar donde se encuentra el enfermo y el tiempo que durará el impedimento para concurrir al tribunal. Si el ponente impugna el certificado, el juez ordenará el examen del citado por UN (1) médico forense. Si se comprobare que pudo comparecer, se estará a los términos del artículo 417, párrafo primero.*

Con arreglo a lo que establece el art. 418, en caso de *enfermedad del declarante*, y dependiendo de la instancia en que se produce la prueba, deberá trasladarse un funcionario judicial al domicilio o lugar en que se encuentre el absolvente, en el que se llevará a cabo la sustanciación de la declaración. Según lo aconsejen las circunstancias, la norma habilita la presencia de la otra parte o de su apoderado.

En la generalidad de los casos, será el mismo absolvente quien lo requiera luego de recibir la citación a la audiencia de posiciones, con el fin de evitar que su imposibilidad de concurrir ante los estrados del juzgado genere

los efectos del art. 417. No obstante, creemos que nada impide que el ponente interesado en obtener la declaración efectiva de la contraria también lo solicite, cuando ha tomado conocimiento de la enfermedad que afecta a la contraria. No obstante, en ambos casos pesa sobre el citado la carga de justificar su imposibilidad para trasladarse al juzgado, *con anticipación suficiente a la audiencia*, y mediante certificado médico. Éste no necesariamente debe emanar de un establecimiento público asistencial, y junto a los requerimientos legales, es conveniente que el profesional de la salud describa la naturaleza de la afección que se padece.

La suficiencia de la antelación y la atendibilidad de las causas invocadas en el certificado, quedan libradas a la exclusiva apreciación del juez. Por ello, excepcionalmente se ha admitido la justificación de la enfermedad (o accidente) en el mismo día de la audiencia o con posterioridad a ella, con arreglo al concepto elástico de la "justa causa" que permite excluir la confesión ficta en casos de incomparecencia, tal como indicamos al comentar el art. 409 del Código¹⁵⁰.

El art. 418 concede al ponente la facultad para impugnar el certificado, ya sea por su falsedad material o sustancial, por la inconsistencia de la enfermedad en cuanto factor impeditivo para la comparecencia del absolvente, o por no cumplir con los recaudos que exige la norma a tales fines. Sin sustanciación, el juez dispondrá el examen del citado por un médico forense. Si la impugnación es rechazada, se procederá en la forma prevista en el art. 418 y se practicará la absolución. Por el contrario, cuando el magistrado la admite, se tendrá al absolvente por confeso de conformidad a lo dispuesto por el art. 417 primer párrafo, es decir, respecto de los hechos personales contenidos en el pliego, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas.

La utilidad y necesidad del certificado no son menores, pues éste no sólo permite apreciar la seriedad de los motivos médicos alegados para justificar el

¹⁵⁰ Kielmanovich, op. cit., 518.

traslado, sino que además proporciona al magistrado elementos para evaluar la razonabilidad o factibilidad de la producción actual de la prueba en la forma que previene el art. 418, según que el absolvente se encuentre o no en las condiciones de salud, físicas o psíquicas, para someterse a la misma.

Las provincias de Córdoba (art. 227) y La Rioja (art. 197), no prevén un procedimiento de justificación del estado de enfermedad esgrimido por el absolvente, ni de oposición de la contraria. A pesar de ello, creemos que el tribunal para hacer lugar a la solicitud de declaración en el domicilio, deberá requerir cuanto menos la presentación del certificado en el que se apoye el pedido y su eventual concesión. Por otro lado, en estos casos el examen por médico forense no aparece como una posibilidad expresamente contemplada, quedando sólo como alternativa dentro de las decisiones que le caben al magistrado en el marco de la sustanciación probatoria.

El código de Jujuy contempla el supuesto concreto de la enfermedad del absolvente en el art. 331. Pero junto a ello, la misma norma extiende la tramitación del caso a otros “*impedimentos análogos*” en los que el declarante también pudiera encontrarse afectado para comparecer. Con dicha agregación, el legislador jujeño mantiene como ejemplo específico y concreto un supuesto que tradicionalmente ha sido contemplado en las leyes procesales argentinas, abarcado entonces dentro de un género mayor de impedimentos innominados. En esta legislación, queda excluida la facultad de concurrencia del ponente, cabiéndole tan solo la posibilidad de pedir las aclaraciones que consideren necesarias, luego de dársele vista de la actuación domiciliaria efectuada por el juez y el secretario.

Al igual que las provincias mencionadas *ut supra*, tampoco regula la justificación de la enfermedad, pero si constituido el tribunal en la casa del absolvente comprobara que es falso el impedimento hará constar esta circunstancia y recibiendo la declaración, le aplicará una multa. Dicha sanción pecuniaria es también contemplada, para el mismo supuesto, por el ordenamiento procesal sanjuanino (art. 382) y tucumano (art. 330), detallando

cada una diversos montos. Además de la enfermedad, el último de éstos agrega la causa de la edad avanzada del citado.

Por su parte, la regulación dada por el CPC santafecino (art.163) se condice en gran medida con la legislación jujeña, prohibiendo la participación del ponente, su abogado o apoderado, en el acto de declaración domiciliaria. Consecuentemente, consagra la facultad de esta parte para requerir no sólo aclaraciones, sino también ampliaciones sobre los puntos declarados cuando estos resultaran dudosos, dentro de los tres días de practicada la diligencia y previa presentación de un nuevo pliego de posiciones o preguntas. Es menester señalar que el legislador de Santa Fe, no tan apegado a la tradición legislativa, avanza un poco más y omite contemplar casuísticamente la “enfermedad del declarante” como causal de incomparecencia, regulando directamente y de forma genérica la *“imposibilidad del que debe comparecer”*, a partir de lo cual resulta necesaria la declaración en el domicilio. Por último, el artículo admite también el procedimiento del pliego abierto regulado por la ley santafecina, en cuyo caso el citado podrá contestarlas por escrito antes del día designado con los mismos apercibimientos y efectos que si hubieren sido absueltas en audiencia. Sin lugar a dudas, esta opción se muestra más adecuada para todas aquellas circunstancias en las que el traslado de funcionarios al domicilio no se corresponda con los motivos que justifican la solicitud; v.gr. enfermedad grave del absolvente.

Sólo la provincia de Río Negro, en el marco del art. 118, agrega como facultad del juez disponer, según convenga al estado de la causa y a la enfermedad del declarante, la postergación de la audiencia o admitir se absuelvan las posiciones por intermedio de apoderado, siempre que el apoderado tuviere facultades para ello y la parte contraria lo consienta. El art. 418 del código de Salta, determina que es el secretario del tribunal quien debe trasladarse al domicilio del declarante enfermo para sustanciar la prueba.

Finalmente, la ley procesal de Tierra del Fuego es la única que no trae disposiciones de este tipo. Empero, creemos que tal facultad puede ser ejercida, en casos debidamente acreditados, por la parte que invoca una causal

que la habilite a la inasistencia. Pero, de ser negada la constitución del tribunal en domicilio del citado, si éste no comparece a la audiencia, resultarán aplicables las consecuencias procesales derivadas del incumplimiento de las cargas estatuidas por la ley.

Artículo 420: LITIGANTE DOMICILIADO FUERA DE LA SEDE DEL JUZGADO. *La parte que tuviere domicilio a menos de TRESCIENTOS (300) kilómetros del asiento del juzgado, deberá concurrir a absolver posiciones ante el juez de la causa, en la audiencia que se señale.*

A partir de la interpretación de esta norma y de lo prescripto por el art. 405 inc. 2, es dable afirmar que, en la justicia federal, el declarante domiciliado fuera del lugar en el que se sigue el juicio sólo podrá declarar por oficio o exhorto, dirigido a los funcionarios del tribunal que corresponda, cuando se cumplan dos condiciones: 1) que no sea procedente la absolución de las posiciones a través de apoderado¹⁵¹; y 2) que su domicilio esté a más de trescientos (300) kilómetros del asiento del juzgado. Basta que no se verifique una de estas circunstancias, para que el litigante citado deba comparecer ante los estrados del tribunal de la causa, en la audiencia que el juez señale.

Respecto de los ordenamientos provinciales, el CPC de Córdoba no regula disposición tan específica. Sin embargo, genéricamente distingue en el art. 223, por un lado, el deber del litigante que reside dentro de la circunscripción del tribunal de la causa de comparecer ante él para la absolución de posiciones, pudiendo incluso ser obligado a ello. Y por otro, también podrá serlo el que resida fuera de ella, pero dentro de la República, a menos que dentro de los tres días de notificado para su comparendo se obligara, por medio de su representante legal, a prestar declaración ante el tribunal de su residencia. Además, tanto en esta provincia (art. 224) como en Santiago del Estero (art. 424), se concede al absolvente que reside fuera de la Provincia pero en la República, y sin perjuicio de librar el oficio

¹⁵¹ Sea por oposición del ponente, o por carecer el mandatario de facultades, v.gr. cuando se trate de hechos anteriores al mandato, Palacio, op. cit., 460.

correspondiente, la facultad de declarar a través del apoderado o representante legal designado en el juicio.

En igual dirección se orientan los códigos jujeño (art. 325) y santafecino (art. 162 CPC), en relación a la parte domiciliada o residente, respectivamente, dentro de la sede del tribunal. En caso contrario, deberá prestarse la declaración ante el juez del mismo grado y fuero que corresponda al domicilio del absolvente.

Por su parte, la legislación de La Pampa se limita a señalar la facultad que cabe al ponente para exigir que el citado declare ante el juez de la causa, cuando éste tenga domicilio fuera de la sede del juzgado (art. 401). A *contrario sensu*, puede concluirse tácitamente que, en estos casos, la regla general es la sustanciación del acto declaratorio ante el tribunal que tenga asiento en el lugar donde se domicilie del absolvente, salvo que la contraria decidiese ejercer la prerrogativa que le acuerda el CPC, solicitando el traslado del declarante. En la provincia de Mendoza, el ordenamiento expresamente establece como regla general que corresponde la declaración en el domicilio real denunciado por las partes en los escritos iniciales, salvo que el absolvente eligiese hacerlo en el tribunal en el que tramita el proceso (art. 187). Es decir, a diferencia de La Pampa, el código mendocino le otorga la facultad sólo al citado.

En forma más clara, y teniendo en consideración el domicilio dentro o fuera de la provincia, los códigos de La Rioja (art. 198), San Juan (art. 383), Santiago del Estero (art. 424) y Tucumán (art. 323) establecen, para el primer caso, el deber de absolver ante el juez de la causa, mientras que la declaración se efectuará ante el juez de su domicilio si el mismo se ubicara fuera de ella. Para proceder en esta última forma, el ponente tiene la carga de presentar el pliego en la oportunidad de ofrecer la prueba, siendo examinado por el tribunal al efecto de eliminar las posiciones improcedentes o inconducentes y agregar las que considere pertinentes (CPC San Juan art. 383). En rigor, como hemos señalado, la norma no podría válidamente habilitar al juez a colocar posiciones, se trata entonces de la facultad de interrogar.

En estas legislaciones, si el absolvente lo deseara o el ponente depositase en forma previa, en secretaría, el importe correspondiente a los gastos de pasaje y estadía que estimase el tribunal de la causa, la declaración se efectuará ante el mismo (art. 198 CPC La Rioja). Por su parte, en la provincia de Jujuy, el depósito de los viáticos correspondientes será una carga que pesará sobre el ponente siempre que el tribunal lo considerase necesario (art. 325).

Finalmente, algunos códigos reducen las distancias: Entre Ríos (art. 406) y Río Negro (art. 420) determinan el radio del tribunal a doscientos (200) kilómetros. Además, la última de ellas contempla el supuesto de quienes no se encontraren dentro de la distancia mencionada, pero se domicilien dentro de la Provincia, debiendo absolver posiciones ante el Juez Letrado más próximo a su domicilio. En el régimen procesal de Salta se disminuye a cincuenta (50) kilómetros el espacio que determina el deber de comparecer. En este orden, si el domicilio excede dicha distancia queda habilitada la declaración a través de apoderado; mas cuando ello no fuese posible, se dará comisión al juez del pueblo o lugar donde se encuentre. Hallándose fuera del territorio de la Provincia, se librárá exhorto a las autoridades correspondientes (art. 420).

Artículo 421: AUSENCIA DEL PAIS. *Si se hallare pendiente la absolución de posiciones, la parte que tuviere que ausentarse del país, deberá requerir al juez que anticipe la audiencia, si fuere posible. Si no formulare oportunamente dicho pedido, la audiencia se llevará a cabo y se tendrá a dicha parte por confesa, si no compareciere.*

Además de la anticipación, las provincias de Buenos Aires (art. 419), Catamarca (art. 421), Chaco (art. 399), Entre Ríos (art. 407), La Pampa (art. 402), Neuquén (art. 421), Río Negro (art. 421), Salta (art. 421), San Luis (art. 421) y Santiago del Estero (art. 425), admiten también la posibilidad de postergar la audiencia. Esta alternativa se incluyó en el código nacional original, conforme la redacción dada por la ley 17.454; sin embargo, en el año 1.981 era eliminada del régimen federal, por disposición de la ley 22.434. La

supresión fue bien recibida por la doctrina, ya que el pedido de postergación de la audiencia implica el riesgo de maniobras dilatorias. Podría argüirse, en contra de la modificación, que la norma actual no comprendería los casos de ausencias o viajes al exterior imprevistos y que, por lo tanto, no permitan contar con el tiempo suficiente para anticipar el acto y evitar de esa manera los efectos de la *facta confessio*. No obstante, frente a esta crítica se ha señalado que dicha eventualidad comporta, probadas las circunstancias, una “justa causa” que impedirá tener por confeso al litigante que no comparece a la audiencia¹⁵².

Por su parte, los códigos de Catamarca, La Pampa y Salta regulan únicamente estos efectos para el supuesto de *ausencia de la provincia*. No obstante, entendemos que aun sin contemplar el caso específico de la norma nacional, si el declarante se ausentare del país se aplicará la misma regla.

Por último, algunas leyes provinciales, como las de Córdoba, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Santa Fe, Tierra del Fuego, Tucumán, no traen disposición equivalente. A pesar de ello, no dudamos que el citado a declarar podrá requerir que el tribunal provea la anticipación o postergación de la audiencia, evaluando el magistrado la conveniencia de obtener la efectiva declaración del litigante. En efecto, estas legislaciones señalan que “*El que deba absolver posiciones, será citado bajo apercibimiento de tenerlo por confeso si no compareciere sin justa causa*” (art. 190 La Rioja, art. 188 Mendoza, art. 162 Santa Fe, arts. 385 inc. 4 – 386 inc. 2 Tierra del Fuego), de manera tal que la ausencia del país puede ser encuadrada como una causal justificante de la incomparecencia.

Artículo 422: POSICIONES EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA. *Las posiciones podrán pedirse UNA (1) vez en cada instancia; en la primera, en la oportunidad establecida por el artículo 404; y en la alzada, en el supuesto del artículo 260, inciso 4.*

¹⁵² Ibid., 461.

Al comentar el art. 404 del CPCCN, señalamos que de su interpretación conjunta con el art. 360 se concluye que, en primera instancia del proceso ordinario, la absolución de posiciones es pedida en la demanda, reconvención o sus contestaciones, para ser sustanciada en la audiencia preliminar. La misma regla rige en el proceso sumarísimo salvo, naturalmente, respecto de la reconvención, inadmisibles en ese tipo de proceso.

En segunda instancia, la declaración absolutoria de la contraria debe requerirse dentro del quinto día de notificada la providencia de concesión del recurso (art. 260). Dado que la vía recursiva contra la sentencia definitiva se concede “*en relación*” (art. 498 inc. 6), y con ello se excluye la posibilidad de actividad probatoria de cualquier clase, en el proceso sumarísimo las posiciones pueden pedirse sólo en primera instancia.

De conformidad a lo dispuesto por el art. 260, la confesión podrá solicitarse en la alzada cuando:

1. Los sujetos del recurso tengan interés en replantear, en los términos de los artículos 379 y 385 in fine CPCN, aquellas medidas probatorias que hubieran sido denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia (inc. 2). Cuando el pedido se funde en estas causales, en el mismo plazo de cinco días, el apartado b del inc. 5 impone al recurrente la carga de requerir que se abra la etapa probatoria.

2. Las posiciones versen “*sobre hechos que no hubiesen sido objeto de esa prueba en la instancia anterior*” (inc. 4). Como hipótesis específicas de este supuesto, el inc. 5 apartado a, determina dos causas en las que corresponde la prueba en la alzada, entre ellas la absolución, y respecto de las cuales deberá pedirse la apertura de la causa a prueba: A) en los casos en que se alegue en la alzada un hecho nuevo, es decir, acaecido o conocido fuera del plazo de cinco días desde la notificación de la audiencia preliminar de primera instancia (art. 365); B) cuando se haya interpuesto recurso de apelación contra la resolución del juez *a quo* que rechazó la admisión de hechos nuevos (art. 366 2° párr.).

Es dable destacar que, la legislación de provincias como Córdoba (art. 375 inc. 3 ap. D), Corrientes (art. 248), Jujuy (art. 225), La Pampa (art. 242 inc. 2), La Rioja (art. 266), Mendoza (art. 138) y Tierra del Fuego (art. 275 inc. 4), no contienen una disposición equivalente en el capítulo específico de la prueba que aquí nos concierne. Sin embargo, al regular los procedimientos recursivos, principalmente del recurso de apelación, disponen las mismas reglas que el art. 260, al cual remite el art. 422. Excluyen así, por una elección de política legislativa, una norma que simplemente indica la cantidad de oportunidades en las que se puede requerir posiciones a la parte contraria.

En este punto entendemos que la limitación legal del art. 422 del CPCCN deja en claro la escasa efectividad con que se ha regulado este medio probatorio en gran parte del territorio argentino; desconociendo que son justamente las partes quienes mejor que ningún otro sujeto del proceso pueden, y deben, aportar la verdad sobre el asunto en litigio. Este impedimento para requerir en más de una oportunidad la absolución, combinado a la poca amplitud interrogatoria que la misma permite, ha terminado por generar un uso deficitario e ineficaz del medio probatorio.

Artículo 423: EFECTOS DE LA CONFESION EXPRESA. *La confesión judicial expresa constituirá plena prueba, salvo cuando:*

- 1. Dicho medio de prueba estuviere excluido por la ley respecto de los hechos que constituyen el objeto del juicio, o incidiere sobre derechos que el confesante no puede renunciar o transigir válidamente.*
- 2. Recayere sobre hechos cuya investigación prohíba la ley.*
- 3. Se opusiere a las constancias de instrumentos fehacientes de fecha anterior, agregados al expediente.*

El artículo se ocupa de un aspecto fundamental de la prueba judicial: la valoración y eficacia de la confesión expresa en el proceso civil. Antes de referirnos a cuanto dispone la norma sobre el asunto, es preciso y necesario

reparar los sistemas para la apreciación probatoria, estudio que permitirá una mejor comprensión del asunto.

En efecto, estamos frente a un aspecto de mera política legislativa. Los distintos ordenamientos procesales han regulado el valor de la prueba, sea inclinándose por la sujeción del juez a reglas abstractas preestablecidas, que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar cuando se configura en la realidad la hipótesis legal; sea concediéndole facultades para que realice una apreciación personal y concreta del material probatorio. En el primer caso, hablamos del sistema de tarifa legal, prueba tasada o prueba legal; en el segundo, del sistema de la libre valoración, íntima convicción o apreciación razonada.

Si bien es lógico pensar que la tarifa legal se corresponde con sociedades evolucionadas en su organización jurídica, dado el requerimiento de normas precisas y minuciosas, lo cierto es que las legislaciones en las últimas décadas se han apartado poco a poco de las reglas fijas o cerradas para la valoración de la prueba, orientándose hacia una mayor libertad de la función jurisdiccional al respecto. Ello significa la sustitución de la certeza formal y objetiva del legislador, por la certeza moral o subjetiva del juez. Es en el marco de esta tendencia que nuestro CPCCN consagra el art. 386, conforme al cual: *“Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”*.

Mas esto no ha significado la eliminación absoluta del sistema de prueba tasada en los códigos modernos, cuyos plexos normativos contienen disposiciones que pre-determinan la eficacia, el alcance, de los diversos medios probatorios. Justamente el art. 423 es una manifestación actual y vigente de las pruebas tasadas, constituyendo la *“disposición legal en contrario”* que excepciona el principio del art. 386.

En este sentido, el CPCCN establece que la confesión expresa hace “*plena prueba*” y determina así el valor que corresponde otorgarle cuando se verifique en un proceso determinado. Implica que la concordancia afirmativa de ambas partes sobre el mismo hecho excluye la necesidad de más pruebas; es decir, el hecho debe tenerse por cierto, ha sido fijado para ese proceso, pues ha recaído prueba suficiente y acabada sobre esas circunstancias fácticas respecto de las cuales existe concurrencia de dos afirmaciones¹⁵³. De esta manera, la confesión expresa se encuentra revestida, por imperativo legal, de una eficacia probatoria privilegiada; circunstancia que, históricamente, ha hecho considerarla como la “madre de todas las pruebas”, la *probatio probatissima*.

No obstante, el mismo art. 423 contempla una serie de supuestos en los que ese mérito probatorio, previa y formalmente regulado por el legislador, pierde la fuerza de la plena prueba. Dos hipótesis se incluyen en el inc. 1, a saber: en la primera parte, *la falta de idoneidad legal como medio de prueba del hecho confesado*; y en la segunda, *la indisponibilidad objetiva del derecho o la obligación*. Por su parte, el inc. 2 excepciona el principio en relación a los *hechos cuya investigación esté prohibida por ley*. Y, finalmente, el inc. 3 determina la *prioridad de la prueba documental* sobre la confesional.

En este orden de ideas, Kielmanovich sostiene que “*los incisos 1° y 2° del mentado dispositivo se refieren, antes que a un supuesto de ineficacia de la prueba, a uno de exclusión de la misma o de todo medio de prueba*”¹⁵⁴. Igual rumbo doctrinario sigue Palacio al afirmar que “*las circunstancias mencionadas en los dos primeros incisos remiten a requisitos de admisibilidad de la confesión en general*”¹⁵⁵. Sin embargo, debemos decir que en este punto disentimos con los autores citados. Al menos parcialmente, en tanto no negamos que, advertido el magistrado sobre la verificación de estas hipótesis en el caso concreto, al tiempo de admitir las pruebas resuelva el rechazo de la absolución de posiciones requerida por una de las partes; es decir, que las

¹⁵³ Falcón, op. cit., 466.

¹⁵⁴ Kielmanovich, op. cit., 527.

¹⁵⁵ Palacio, op. cit., 465.

circunstancias de los incs. 1 y 2 del art. 423 hacen a la admisibilidad de la confesional cuando el medio probatorio es provocado.

Ahora bien, cabe preguntarnos qué sucede cuando la confesión judicial se produce de forma espontánea ¿Y respecto de aquella que acaece fuera proceso? En ambos casos ingresaría al litigio una confesión ya existente y que además es perfectamente válida si ha sido efectuada por una persona capaz, en ejercicio libre de su voluntad. Por ello concluimos que, las reglas que determinan los incs. 1 y 2, aquí sólo son tomadas por el juez al tiempo de dictar sentencia y valorar el material probatorio que, por el principio de adquisición de la prueba, forma parte del proceso desde el mismo momento de su ingreso. En concordancia con lo desarrollado en el Capítulo I, en estos casos se trata de verdaderos requisitos de la eficacia confesional.

Como indicamos *ut supra*, el inc. 3 determina la preeminencia de los documentos sobre la declaración. Cuando ellos fuesen fehacientes, nada puede oponerse a su fuerza probatoria, salvo que los instrumentos públicos se redarguyan de falsedad o los privados se nieguen en la oportunidad procesal correspondiente¹⁵⁶. Mientras los incisos anteriores refieren a situaciones propias e intrínsecas al medio probatorio, por las cuales pierde eficacia la confesión; el inc. 3, por el contrario, establece el mismo efecto por una circunstancia ajena a la declaración. El tratamiento privilegiado que la ley le otorga a la confesión expresa, concediéndole el rango de plena prueba, desaparece frente a una contradicción evidente con el material documental. De esta manera, la norma procesal contiene una disposición que guarda coherencia lógica y sistemática respecto de la superioridad del ordenamiento sustancial respecto del formal. En rigor, las leyes de fondo carecen de reglas que consagren a la confesión como plena prueba, mientras que los arts. 995 y 1026 establecen que los documentos allí contemplados hacen plena fe de las enunciaciones de hechos, no sólo en relación a las partes, también frente a terceros.

¹⁵⁶ Falcón, op. cit., 468.

En cuanto a lo regulado por el derecho provincial de la Argentina, el código de Córdoba establece en el art. 236 que *“la confesión judicial hace plena prueba contra el absolvente”*. Vemos que este ordenamiento omite referirse a qué tipo de *confessio* tiene la virtualidad de generar tal fuerza probatoria. Al mismo tiempo, en artículo alguno la ley cordobesa habla de confesión expresa, ni menciona tampoco a la confesión ficta, aun regulando sus efectos en el art. 225. Por lo tanto, debemos concluir que el juez estimará en ese alto valor la confesión siempre que tenga el carácter de judicial, es decir, siempre que haya acaecido *“en los escritos del pleito, en las audiencias o en la absolución de posiciones”*; ya se trate de un reconocimiento expreso de los hechos, ya se lo tenga por confeso fictamente en la sentencia. La confesión judicial únicamente pierde esa eficacia cuando el confeso acredite haberlo hecho por error.

La ley procesal de Tierra del Fuego, en concordancia con el inc. 1 del art. 423 CPCCN, determina que la confesión judicial hará plena prueba *“salvo que se tratare de hechos respecto de los cuales la ley exige otro medio de prueba o recayere sobre derechos indisponibles”*; agregando además que *“cesa de hacer fe cuando constare haber sido determinada por error, violencia o dolo”* (art. 398 inc. 2).

Las provincias de Jujuy, Mendoza y La Rioja no contemplan una disposición similar, que tenga como fin determinar el valor o los efectos de la confesión expresa.

Artículo 424: ALCANCE DE LA CONFESION. *En caso de duda, la confesión deberá interpretarse en favor de quien la hace. La confesión es indivisible, salvo cuando:*

- 1. El confesante invocare hechos impeditivos, modificativos o extintivos, o absolutamente separables, independientes unos de otros.*
- 2. Las circunstancias calificativas expuestas por quien confiesa fueren contrarias a UNA (1) presunción legal o inverosímiles.*

3. Las modalidades del caso hicieren procedente la divisibilidad.

La norma contiene dos disposiciones distintas, pero ambas vinculadas a los aspectos valorativos de la *confessio*, es decir, a los elementos que el magistrado deberá considerar al tiempo de apreciar el material probatorio. El primer párrafo del artículo sienta una regla a favor del confesante, la cual constituye un principio general de la prueba: en casos de dudas, la confesión deberá interpretarse en favor de quien la hace. En efecto, el art. 424 orienta la actividad apreciativa del juez hacia una de las posiciones del conflicto.

La solución encuentra sus fundamentos en las reglas de la carga probatoria: si alguien debió probar un hecho, y su carga no fue lo suficientemente rotunda al respecto, aquél se tendrá por no probado. Como afirma Falcón, esto significa la inversión del sistema inquisitorial, aun cuando la prueba tendiente a anular la confesión admitida por ley deba aportarla el absolvente¹⁵⁷.

Lo regulado en la segunda parte del artículo se vincula a uno de los desafíos más importantes que afronta el juez al tiempo de valorar la prueba confesional, y que consiste en determinar los efectos que producen las agregaciones favorables que el confesante incluye al reconocer un hecho que lo perjudica. Dado que el art. 413 párr. 2° habilita al declarante para “*agregar las explicaciones que estime necesarias*”, la absolución de posiciones, cuyo sistema tiene por objetivo la obtención de contestaciones que consistan en oraciones simples, podrá ahora generar una declaración que sea el resultado de un conjunto de oraciones complejas.

Frente a ello, el art. 424 establece como principio general la *indivisibilidad*, es decir, que la confesión debe aceptarse en su conjunto, tanto en lo desfavorable como en la favorable, sin que la parte que quiera aprovecharse de ella acepte cuanto la beneficie y rechace lo que le fuere perjudicial¹⁵⁸. Empero, a continuación, agrega tres supuestos en los que está

¹⁵⁷ Ibid., 425.

¹⁵⁸ Palacio, op. cit., 469.

exenta de dicha regla y, por tanto, la *contra se pronuntiatio* es divisible. Esto último significa que, la confesión prueba contra el confesante en lo que es desfavorable, y éste debe probar lo favorable que adiciona; de lo contrario, cuando los hechos de la confesión sean inseparables, quien está interesado en la prueba, v.gr. el ponente, deberá probar la falsedad de las circunstancias fácticas añadidas por el declarante, favorables a éste.

Antes de repasar estas excepciones legales creemos que es fundamental volver a algunas de nuestras ideas sobre la sistematización de las pruebas por declaraciones de parte, acto que nos permitirá comprender mejor lo regulado en esta norma. Preciso es recordar que entendemos a la confesión como un eventual resultado o especie dentro del género de las declaraciones; pudiendo arribar a ella a través de medios probatorios como la absolucón o el interrogatorio libre, o bien de forma espontánea, sin provocación judicial o de la contraria.

En rigor, el 2º párr. del art. 424 tiene la finalidad de precisar si, a pesar de las agregaciones, existe o no confesión en la declaración del litigante y cuál es el hecho confesado. Cuando las adiciones tengan tal entidad que el hecho deja directamente de ser desfavorable, no habrá en ese caso confesión. Pues, como surge del “Capítulo II” de esta investigación (2.2.1. apartado D), es requisito para la existencia misma de la *confessio* que los hechos a los que refiere sean desfavorables al declarante. Por lo tanto, entendemos que la confesión, una vez verificada en el expediente, será en todos los casos indivisible, respecto de ella sólo cabe comprobar si existe o no. La divisibilidad únicamente es dable sostenerla en relación a las declaraciones de la parte; es aquí donde podemos hablar, por un lado, de aspectos desfavorables o confesión y, por otro, de aspectos favorables, escindibles unos de otros. De esta manera, todo el contenido de la declaración, perjudicial o favorable para su autor, constituye material de apreciación judicial, al cual el magistrado otorgará el valor que corresponda a cada aspecto y determinará la forma en que se influyen lo desfavorable con aquello que no lo es, de conformidad a la conexión y unidad jurídica de lo declarado.

Ahora bien, la primera hipótesis de divisibilidad consagrada en el sistema del CPCCN consiste en la invocación de hechos *“hechos impositivos, modificativos o extintivos, o absolutamente separables, independientes unos de otros”* (inc. 1). Estamos frente a excepciones sustanciales, cuya prueba le corresponderá al confesante, pues a quien las invoca se impone la carga de su prueba¹⁵⁹. No obstante, la deficiente redacción del caso podría conducirnos a pensar que la adición de cualquier hecho que impida, modifique o extinga los efectos de la confesión provocaría su división; mas, en base a la última parte del inciso, dicho efecto sólo se obtendrá cuando las agregaciones sean independientes y separables del hecho confesado. Si el declarante confiesa que ha recibido una suma de dinero pero no en concepto de mutuo, sino de donación (causa jurídica diferente); o que tratándose de un préstamo, el plazo aún no ha fenecido; no estaremos frente a adiciones susceptibles de provocar la escisión de la declaración, pues no puede constatarse en esos ejemplos la absoluta independencia entre los hechos.

La divisibilidad también se produce cuando alguna de las cuestiones fácticas declaradas se contradiga con una presunción legal o sea inverosímil (inc. 2); v.gr. en este último caso, por oponerse a un hecho notorio. Carece aquí de importancia que los hechos sean favorables o desfavorables al confesante pues, de una u otra forma, se trata de una declaración que en esa parte carece de eficacia o valor probatorio, como consecuencia de su oposición a la ley o a la naturaleza de las cosas.

Finalmente, el inc. 3 del art. 424 abre las puertas a la interpretación del juez. La norma concede un margen de interpretación respecto de todos aquellos supuestos que no pueden incluirse dentro de los dos incisos anteriores, cuando *“las modalidades del caso hicieren procedente la divisibilidad”*.

Los principios consagrados por el CPCCN se repiten en la mayoría de las legislaciones procesales locales, salvo en las provincias de Jujuy, La Rioja,

¹⁵⁹ Ibid., 469.

Mendoza, Tierra del Fuego y Tucumán, cuyos códigos no contienen disposición equivalente.

Por su parte, Santa Fe no regula la interpretación en favor de quien confiesa para el caso de duda, dispone únicamente que *“la confesión es indivisible, a menos que el interesado produzca prueba concluyente de la inexistencia de los hechos con que haya sido calificada o aquélla tuviera en su contra una presunción legal o fuera de todo punto inverosímil”* (art. 167).

Artículo 425: CONFESION EXTRAJUDICIAL. *La confesión hecha fuera del juicio, por escrito o verbalmente, frente a la parte contraria o a quien la represente, obliga en el juicio siempre que esté acreditada por los medios de prueba establecidos por la ley. Quedará excluida la testimonial, cuando no hubiere principio de prueba por escrito. La confesión hecha fuera de juicio a un (1) tercero, constituirá fuente de presunción simple.*

Extrajudicial es toda aquella confesión que no se realiza en *un* juicio. Nótese que decimos en *“un”* proceso y no en *“el”*, pues no es requisito que haya acaecido en el específico litigio en el cual se intenta hacer valer, ante el juez de la causa. Por el contrario, basta que tenga lugar ante un funcionario en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales para que adquiera naturaleza judicial, ya que *“la competencia es sólo una división fijada a la función por razones prácticas de trabajo que no afectan a la jurisdicción, y siendo la confesión irrevocable no es posible tener por exacto lo reconocido en una oportunidad y por inexacto en otra”*¹⁶⁰.

La confesión extrajudicial exige la concurrencia de los mismos requisitos que la judicial en cuanto a su existencia, validez y eficacia; salvo, en lo que respecta a requisitos procedimentales, que son específicos de la judicial, v.gr. el cumplimiento de las formalidades de tiempo, modo y lugar, o la ausencia de nulidades procesales. Sin embargo, en virtud de la menor garantía probatoria que generalmente ofrece, algunos de sus requisitos son más rigurosos y deben

¹⁶⁰ Alsina, op. cit., 321.

ser examinados con mayor exigencia¹⁶¹; por ejemplo, su carácter terminante, expreso y serio, en tanto el ordenamiento no reconoce la posibilidad de confesiones extrajudiciales tácitas o fictas.

Podríamos preguntarnos entonces si existe o no diferencia con la confesión judicial. Y en caso afirmativo, ¿en qué aspectos? Lo cierto es que el distingo tiene relevancia, fundamentalmente en cuanto a la acreditación de la confesión extrajudicial, y a las restricciones en relación a la eficacia o efectos probatorios.

Para que ella “*obligue en el juicio*” es precisa su acreditación en el proceso en cual se invoca, a través de los medios probatorios establecidos por la ley: cuándo ocurrió, en qué lugar, ante quiénes, de qué manera, cuál es su contenido, etc. Implica entonces la necesidad de ser probada con documentos o testigos, convirtiéndose éstos en los verdaderos instrumentos probatorios del hecho confesado, pues si los mismos no están, la confesión extrajudicial nada comprueba. Por este motivo, desde una visión instrumentalista de la prueba, no se incluye a la confesión extrajudicial como auténtico medio probatorio¹⁶².

El reconocimiento de hechos perjudiciales puede hacerse en forma escrita o verbal. Exteriorizada mediante signos orales, el art. 425 excluye la admisibilidad de la prueba testimonial cuando no hubiere *principio de prueba por escrito*, es decir, cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera, y que haga verosímil el contenido de la confesión extrajudicial (art. 1.192, 2º parte, CC).

Por último, la *confessio* puede haberse efectuado frente a quien ahora es parte contraria del proceso o, lo que es igual, su representante legal; o bien, ante terceros. La diferencia no es menor, sino que es determinante en relación al valor o fuerza de la confesión extrajudicial. En el primer caso, y siempre que haya cumplido con la carga probatoria que impone el artículo, hace plena

¹⁶¹ Falcón, op. cit., 463.

¹⁶² Ibid., 462.

prueba respecto de los hechos sobre los cuales versó, relevando a la parte que se beneficia con ella, de la carga de producir otras pruebas. En el segundo, frente a terceros tendrá el carácter de presunción simple; no obstante, corroborada por otras circunstancias o elementos probatorios, adquiere gran fuerza, v.gr. la efectuada al oficial notificador, a escribano o ante instituciones públicas.

En cuanto a los códigos locales, en las provincias de Córdoba (art. 239) y La Rioja (art. 199), se descarta aquella confesión extrajudicial, puramente verbal, declarándola ineficaz en todos los casos en que no es admisible la prueba testimonial. Resulta dable comprender que, a contrario sensu, en los supuestos en los que fuese viable la declaración de testigos, aun tratándose de una confesión verbal, y en todos los casos que fuese escrita, el reconocimiento extrajudicial de hechos desfavorable para quien lo hace, tiene eficacia probatoria. Es menester en este punto diferenciar las regulaciones ya que, en el Código de la Nación, se excluye la testimonial a efectos de acreditar la confesión extrajudicial cuando no hubiere principio de prueba por escrito, pero siempre puede recurrirse a otros medios probatorios para lograr tal fin. Mientras que en las provincias consideradas, se elimina directamente toda eficacia de la confesión oral exógena al proceso, cuando respecto de las mismas circunstancias fácticas no fuere procedente la declaración de terceros. El art. 199, primer párrafo, del CPC riojano, para darle mayor especificación a la valoración de la confesión extrajudicial hecha por escrito, detalla que merecerá la misma fe que corresponda al instrumento en que constare.

De forma más genérica, y sin distinguir según la misma sea verbal o escrita, la legislación de Mendoza (art. 185) establece que la confesión prestada fuera del proceso está sujeta, en cuanto a su prueba, a las reglas generales establecidas en el código procesal y en las leyes nacionales. De esta manera, remite directamente a la valoración que deba otorgársele de conformidad a las reglas sustanciales y de forma que sean aplicables al caso, de acuerdo a la manera en que ha sido plasmada la confesión: instrumentos, documentos públicos o privados, testimoniales, etc.

Por su parte, el código de la provincia de San Juan, que incorpora el procedimiento de mediación y dispone la confidencialidad de sus actuaciones, al regular la confesión extrajudicial, agrega en el art. 388 que carece de eficacia la efectuada en dicha oportunidad, impidiendo su alegación en cualquier otro proceso.

Finalmente, los ordenamientos rituales de Jujuy, Santa Fe, Tierra del Fuego, Tucumán, no contienen regulación respecto de la confesión realizada fuera del proceso.

CAPÍTULO IV

Las *élites* jurídicas: ordenamientos internacionales inspiradores

4.1. El modelo primigenio: *Civil Procedure* de los Estados Unidos¹⁶³

Cimentado en el sistema procedimental inglés, el país norteamericano toma los postulados de Jeremy Bentham, para quien las partes deben contribuir a formar la libre convicción de los jurados, en tanto de muchos hechos solamente ellas pueden tener conocimiento. Del antiguo continente arriban los preceptos de la *Judicature Act* (1883), que consagra el sistema de interrogatorio libre; y, fundamentalmente, es determinante la conocida como *Lord Bruogham's Act* al instituir, hasta la actualidad, las técnicas de la *examination* y la *cross examination* ante las cortes inglesas.

Bajo la influencia de esa historia pretoriana y legislativa, en materia de las pruebas por declaraciones, la *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidense consagra para el sistema federal tres formas distintas de “*discovery devices*”, es decir, “modos de descubrimiento”, que para nuestro ordenamiento no son otra cosa que los medios de prueba. Este conjunto de normas que son el resultado de la jurisprudencia de los tribunales nacionales, encuentra en la Regla N° 30 las “*Depositions*” o Declaraciones; en la N° 31 las “*Depositions upon written questions*”, estas son las Declaraciones sobre interrogatorios escritos; y, finalmente, los “*Interrogatories to parties*” de la regla N° 33. Estos dos últimos se identifican, ya que ambos consisten en modos probatorios caracterizados por la escritura del procedimiento, de modo que requieren de la previa presentación del pliego de preguntas para la sustanciación de la declaración; mas difieren en el plano subjetivo, ya que los “Interrogatorios” se circunscriben con exclusividad a las partes, mientras las “*Depositions upon written questions*” pueden ser tomadas también a terceros, es decir, a los testigos.

¹⁶³ Falcón, op. cit., 405.

Con lo dicho hasta aquí queda en evidencia que nuestro interés reposa en las denominadas “*depositions*”, dada la oralidad que las tipifica. Estas no son sino interrogatorios de partes o testigos, tomadas bajo juramento y en una sesión contradictoria, es decir, con bilateralidad en la examinación y en la examinación cruzada. La audiencia inicia con el oficial de la corte (*court officer*) requiriendo juramento al deponente, de responder las preguntas que le harán los abogados de ambas partes. Toda la declaración es debidamente registrada, normalmente en soportes audiovisuales, y son transcritas por un mecanógrafo, denominado “*court reporter*”.

El primer punto que creemos necesario destacar del medio en cuestión es la amplitud objetiva del interrogatorio, ya que el ámbito de las preguntas no se delimita por las reglas de prueba. Por ello, los abogados pueden preguntar sobre cualquier cuestión que resulte relevante, siempre que la misma no se encuentre sujeta a “*privileges*”¹⁶⁴. De esta manera, las “*depositions*” son el instrumento adecuado para la realización de interrogatorios que acerquen al tribunal elementos de prueba, pero también para aquellos que hemos dado a llamar “*ad clarificandum*”, destinados a definir la voluntad de los litigantes en el planteamiento, contenido y fundamentación de sus alegaciones.

Junto a las preguntas del interrogatorio, encontramos también la figura de las “*repreguntas*”, las que pueden ir formulándose de forma extraordinariamente abierta, incluso sobre nuevas cuestiones que surjan durante la declaración. Esto permite, entre otras cosas, testear la solidez del declarante, profundizando la indagación a medida que se abren nuevas líneas para inquirir y nuevos hechos son revelados. Queda claro que la prueba de las “*depositions*” se obtiene, no sólo de la probable sustancia del interrogatorio, sino de la conducta, la agudeza, etc. Es fácil comprender por qué el ordenamiento estadounidense denomina a los medios probatorios “*modos de descubrimiento*”, pues se trata de verdaderos nexos entre el tribunal y la verdad real que se intenta alcanzar.

¹⁶⁴ Son cuestiones privilegiadas en los Estados Unidos: las vinculadas a la Constitución, a los estatutos federales y a las reglas prescriptas por la Suprema Corte (Rule N° 501)

Finalmente, para entender la enorme amplitud y flexibilidad con la que se practica este tipo de interrogatorios, es útil recurrir a uno de los aspectos que debió regular el ordenamiento federal. En efecto, el Apartado D, Artículo 1, de la Regla N° 30 establece que, salvo acuerdo de partes u orden de la corte, la declaración debe limitarse a siete horas en un día. Con esto, puede apreciarse no sólo la dilatada duración del acto, sino figurarse cuánto más podían aun extenderse antes de imponerse el mencionado límite temporal.

4.2. El avanzado sudamericano: Código General del Proceso Uruguayo

El 20 de noviembre de 1989 entró en vigor en Uruguay el Código General del Proceso (en adelante CGP), cuerpo legal que reemplazaría al antiguo Código de Procedimiento Civil. Entre sus antecedentes más significativos encontramos el proyecto de Eduardo J. Couture, de 1945, en el cual el gran jurista aplicó los conceptos más actualizados de la ciencia procesal. Éste sería el puntapié para una serie de proyectos que se sucederían, bajo la dirección del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, y que constituyen importantes fuentes del CGP. A ello cabe agregar los anteproyectos del Código Procesal Civil Modelo para América Latina, obra del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Finalmente, en julio de 1986, el gobierno nacional designó la comisión que se ocuparía de la redacción del proyecto final, integrada por los doctores Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Vescovi y Luis Torello; cuya obra fue aprobada prácticamente sin modificaciones, resguardando la armonía y el equilibrio de una obra concebida como un todo coherente¹⁶⁵.

Ya en la materia que nos concierne, el CGP se afilia a la tendencia moderna y recepta, entre los medios de prueba, la declaración de parte a través del interrogatorio libre o informal. Sin embargo, quizás por apego al pasado y a las tradiciones, el legislador mantuvo la absolución de posiciones,

¹⁶⁵ Carmen García Mendieta, *El Código General del Proceso en Uruguay*, 69-71, Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2103/6.pdf> (consultado el 20 de octubre de 2013).

medio que no tenía sentido conservar, pues el libre interrogatorio proporciona mayores posibilidades de investigación de la verdad. A pesar de ello, es menester destacar la admisión de éste último con gran amplitud, razón por la cual estamos frente a una institución de suma utilidad jurisdiccional. Y no sólo probatoria, sino que además el art. 24.5 CGP, prevé el interrogatorio informal *ad clarificandum*, cuya fuente se encuentra en el art. 170 del Proyecto Couture de 1945, inspirado en el art. 117 del Código Italiano de 1940.

Así, el magistrado puede efectuar, de oficio o a petición de parte, el interrogatorio con una finalidad esclarecedora, en la oportunidad señalada en el art. 341.1. De conformidad a esta norma, las partes tienen la facultad de solicitar se aclaren “*los extremos oscuros o imprecisos de la demanda, contestación o reconvencción*”. Empero, no debe olvidarse que su ejercicio no puede significar la restitución de plazos precluidos, ni la posibilidad de alterar la pretensión o la defensa.

De esta manera, la legislación nacional uruguaya prevé una amplia gama de declaraciones de parte, entre ellas las dos formas principales: la formal o absolución de posiciones, y la informal o interrogatorio libre. Este admite, a su vez, dos modalidades; el mencionado *ut supra*, es decir, *ad clarificandum* (arts. 24.5, 341.1); y el interrogatorio libre con finalidad probatoria (art. 149). Al mismo tiempo, el último también puede subclasificarse si se atiende a la existencia o inexistencia de un acto formal de citación. Como veremos más adelante, esta distinción es importante para algunos autores, ya que le asignan diferente eficacia probatoria a una u otra forma.

En efecto, el art. 149 reconoce dos especies de interrogatorio: uno “más libre” y otro regulado en forma más similar a la absolución, es decir, más “formal”. En virtud del numeral 2, la parte podrá impetrar, en el curso de “*cualquier audiencia*”, el interrogatorio de su contraria o de algún litigante con interés diverso, “*sin necesidad de previa citación*”. Se extiende con ello la posibilidad de practicar el interrogatorio a pedido de parte en etapa de diligencia preparatoria de carácter probatorio; o en la producción de otros medios de prueba, como la inspección ocular y la reconstrucción de hechos, de

conformidad con el principio de que la prueba debe producirse en audiencia o con audiencia (conf. art. 142). Como es sabido, resulta normal que durante el desarrollo de este tipo de diligencias, el tribunal o las partes efectúen preguntas a otros litigantes.

No obstante, pese a la aparente amplitud e indefinición de la norma, no debemos olvidar que la posibilidad real de proceder al interrogatorio de la parte nace una vez que se encuentren depurados y delimitados el objeto del proceso y de la prueba. Por ello, la facultad podrá ejercerse con mayor eficacia en la denominada “audiencia complementaria” (art. 343), sin perjuicio de que en la audiencia preliminar (art. 340) pueda efectuarse en diversos supuestos, por ejemplo, con una finalidad aclaratoria, referida a los hechos en que se fundan las excepciones previas.

No resultaría difícil caer en la crítica errada de considerar que en estos casos, y en aquellos interrogatorios con citación pero sin indicación del contenido de las preguntas, estamos ante un medio sorpresivo y que, por ende, lesiona el derecho de defensa de las partes. Empero, habida cuenta de la previsión legal, los sujetos del proceso acceden a él con el conocimiento de que pueden ser interrogados en cualquier momento por el magistrado y en cualquier audiencia por las partes. Por otro lado, la espontaneidad del interrogatorio evita una elaboración anticipada de las respuestas y garantiza mayor veracidad en la declaración, o cuanto menos, permite al magistrado observar la verdadera conducta del declarante, cuyo ánimo y espíritu no ha podido preparar de forma previa, e inferir de ella indicios con fuerza probatoria.

Por su parte, el numeral 3 establece la posibilidad para los litigantes y el tribunal, de “formalizar” el interrogatorio a través de la solicitud o disposición, respectivamente, de una citación específica del sujeto para el acto del interrogatorio, bajo el apercibimiento que determina el num. 4. La diligencia se cursará en la forma y oportunidad prescrita por el art. 150 para la prueba de posiciones. Ello implica que, la solicitud de interrogatorio puede formularse en la audiencia preliminar, en cuyo caso si el litigante requerido se encuentra presente, se lo tendrá por citado con la simple manifestación de la contraparte

solicitando el medio de prueba (art. 150.1). Empero, si no se encontrara presente deberá ser notificado de la providencia que admite y ordena el interrogatorio, en el domicilio constituido y con tres días de anticipación, por lo menos (art. 150.2). Dada la claridad de la norma y la amplitud con que se admite el medio probatorio, no existe necesidad que las partes, en los escritos iniciales, se reserven la facultad de proceder “oportunamente” al interrogatorio.

El CGP, a diferencia del anterior CPC uruguayo que regulaba la producción de la absolución de posiciones, no reglamentó de manera específica y sistemática la audiencia de sustanciación de la prueba. No obstante, pueden señalarse en relación al interrogatorio, algunas normas de particular interés que pautan el instituto en cuestión, tales como el deber de realización por el juez, la admisión de la figura de las repreguntas, y el interrogatorio cruzado bajo la dirección del tribunal. De todos modos, en función de los mecanismos de interpretación e integración de las normas procesales, de los principios que rigen la actuación de los sujetos, de las disposiciones previstas para el medio análogo de prueba (testimonial), de los antecedentes de este tipo probatorio y de la práctica del mismo, se puede establecer la forma en que habrá de llevarse a cabo la mentada audiencia.

Un aspecto destacable de este ordenamiento procesal es, sin lugar a dudas, la dirección del magistrado bajo la cual la declaración debe siempre ser efectuada, consagrando una aplicación rigurosa del principio de inmediación, de fundamental importancia en la práctica de la prueba. Es además quien da comienzo a la misma, sea cual fuera la modalidad escogida y sin considerar a quien ha correspondido la iniciativa. Como corolario, y para hacer efectivas estas disposiciones, se involucra concretamente el principio de indelegabilidad de la función jurisdiccional. Por todo ello, la audiencia debe ser presidida por el magistrado, so pena de nulidad (arts. 8 y 100) y de la responsabilidad por el incumplimiento de los deberes a su cargo. En consecuencia, el *iudex* es quien formula el interrogatorio o absolución, y le compete:

- La calificación de las preguntas o posiciones, pudiendo descartar las inadmisibles, inconducentes, impertinentes, innecesarias, dilatorias, perjudiciales o agraviantes.
- Ordenar la reformulación de alguna posición o pregunta ambigua, imprecisa u oscura.
- Dividir la posición o pregunta.
- Retomar el interrogatorio en cualquier momento.

Estas facultades permiten diligenciar la prueba asegurando una apreciación inmediata y directa de su desenvolvimiento y su resultado; de manera que el magistrado tenga, eventualmente, el convencimiento de que el declarante ha incurrido en negativa a contestar, reticencia o respuesta evasiva o inconducente. Todo ello partiendo de la certeza de que la pregunta o posición fue correctamente formulada y, por ende, resultaba comprensible para aplicar las consecuencias legales que correspondan en el caso. Como contraposición a la amplitud del interrogatorio informal, el procedimiento uruguayo consagra en el juez civil un rol protagónico que, a su vez, significa garantizar a la parte declarante la inexistencia de abusos y una percepción acertada, objetiva e imparcial sobre todas las etapas de la producción probatoria.

En lo concerniente al contenido, podrá ser determinado por el magistrado, o bien le será proporcionado por la parte que lo solicita, quien establecerá el objeto del interrogatorio incluso en el momento en que debe darse comienzo a la producción del medio, si no lo ha hecho antes, por ejemplo, en los escritos introductorios. En virtud de esta libertad para la proposición del contenido del interrogatorio, los litigantes podrán optar por la transcripción específica de cada pregunta, o aludir genéricamente al objeto del interrogatorio si se solicita por escrito. La elección de alguna de estas formas depende de la estrategia forense que se desenvuelva en cada caso concreto. El fundamento de la solución radica en la mayor generalidad de la sanción que consagra la norma, en relación con la referente a la prueba de absolución de

posiciones, y a la propia expresión “libremente” del art. 149.1, que parece aludir en forma amplia al contenido del medio.

Respecto de los sujetos procesales habilitados para solicitar o disponer la declaración de parte en sus dos modalidades, el art. 148 disciplina con carácter general el asunto; mientras que los arts. 149 y 150, en relación al interrogatorio y a la absolución de posiciones respectivamente, especifican la temática en sus áreas propias. Al mismo tiempo y consecuentemente, emerge el sujeto pasivo de la declaración, norma que debe complementarse con las situaciones particulares que se reglamentan en el art. 151, atinente a los sujetos que deben evacuar el interrogatorio o la absolución y las formas procesales que deben adoptarse, según los casos.

En este sentido, si bien la *iniciativa* le corresponde al tribunal, a las partes, o a cualquier litigante con un interés distinto de aquél a quien se le solicita el interrogatorio, la norma reserva únicamente al juez la facultad de efectuar el interrogatorio libre, en cualquier etapa del proceso, como señala el art. 24.5 al que remite el artículo 148. De acuerdo a esta prescripción, el interrogatorio se hará por el magistrado en todas las hipótesis, sin que interese si el medio probatorio fue requerido por la parte o dispuesto de oficio. El criterio de CGP es que en el sistema oral, esto es el proceso por audiencia, es conveniente que primero interrogue el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de hacerlo por intermedio de sus abogados.

Destacamos el reconocimiento de la facultad para solicitar y realizar el interrogatorio a cualquier litigante con un interés distinto del que lo solicita. En tal sentido, pueden ser sometidos a interrogatorio: un integrante de la parte (v.gr. litisconsorte) siempre que ostente un interés distinto al del peticionante; el tercero excluyente por las partes principales, o viceversa, y aun los terceros coadyuvantes (litisconsorciales) si se encuentran en la hipótesis legal; el tercero, interviniente coactivo por la parte actora y viceversa, o aun por quien lo llamó a juicio. En síntesis: toda vez que se adviertan centros de interés diversos, se habilita el interrogatorio recíproco de los sujetos que los integran, no teniendo importancia qué calidad revisten.

Creemos que en el código uruguayo, a pesar de no ser procedente el interrogatorio respecto de la propia parte, sí lo sería la facultad de repreguntar que el cuerpo normativo incorpora. Es obvio que el legislador previó este instituto con relación a la parte contraria. No obstante, nada impide que se utilice el mecanismo de las repreguntas a su propia parte, con un límite muy preciso: no puede replantearse con ellas las proposiciones que tengan que ver con momentos precluidos, es decir, introducir nuevos elementos, hechos o alegaciones. La función de la institución no va más allá del contralor de la prueba que pueden ejercer todos los litigantes en el momento de la instrucción, y la finalidad deberá ser meramente aclaratoria.

Una vez terminado el interrogatorio por el tribunal, la parte contraria podrá efectuar entonces las repreguntas que considere convenientes. La facultad es ejercida por el abogado, sin que sea necesaria la presencia de la parte a la que asiste, habida cuenta de las facultades que el art. 143 de la ley 15.750 reconoce al profesional, cuya remisión expresa efectúa el art. 44 CGP. El letrado directamente formula las preguntas, obviamente bajo la dirección del tribunal y el contralor de la parte contraria, a quienes corresponde calificar la admisibilidad o no de las mismas. Por el contrario, al abogado de la parte que declara le cabe un rol mucho más acotado, pues tal como señalamos antes, sólo puede realizar las repreguntas que permitan garantizar la fidelidad y exactitud de las respuestas dadas por su cliente. Igualmente, ambos profesionales podrán abogar por la admisibilidad o inadmisibilidad de las preguntas o posiciones, mediante los recursos de reposición y apelación diferida (art. 147).

Terminado el procedimiento de las repreguntas, las partes por intermedio de sus abogados, podrán interrogarse libre y recíprocamente, pero siempre sujetas a la dirección del tribunal. Esta alternativa aparece regulada expresamente sólo en caso de interrogatorio, pero la coherencia del sistema uruguayo permite sostener la existencia de un régimen uniforme, en relación con ambas formas de declaración. En este punto, el art. 149 remite al 161.3, es decir, a la forma de recibir la prueba testimonial. Con ello, se aprecia la

amplitud con que el legislador uruguayo ha plasmado la institución del interrogatorio libre o *cross examination*, hasta alcanzar la mayor asimilación posible con las declaraciones de terceros. Ha sido consciente también, que el interrogatorio cruzado es un instrumento de gran utilidad para desentrañar el complejo fáctico que constituye el fundamento de la pretensión y la defensa.

En cuanto a la forma en que se ejerce la facultad, la norma indica que se efectuará por intermedio del sus abogados; ello implica que el sujeto titular de los derechos sustantivos en juego, es decir, la parte, no puede realizar esta facultad por sí misma. Nuevamente, se trata de una aplicación concreta del principio de asistencia letrada obligatoria para los actos procesales, estatuido en el art. 37 CGP.

Ahora bien, el numeral 4 de la norma estatuye tres cargas, cuyo cumplimiento se pone a cargo del sujeto a quien se requiere el interrogatorio, con diverso contenido y una idéntica sanción procesal: comparecer al acto, contestar las preguntas, y hacerlo en forma adecuada (concreta, precisa, circunstanciada, explícita, no reticente, y relativa a los hechos objeto del interrogatorio). El incumplimiento de ellas hace *“presumir ciertos los hechos de la demanda o de la contestación, en su caso, susceptibles de ser probados por confesión”*. Desde luego, creemos que si el objeto del interrogatorio fue explicitado con antelación, la presunción sólo tendrá alcance respecto de los hechos concretos que se formulan en el interrogatorio.

Al pretender la aplicación de esta regla, en ocasión de la valoración de la prueba, el magistrado deberá analizar otro aspecto normativo, para entender configurado el supuesto: que se trate de hechos respecto de los cuales proceda la confesión, o lo que es igual, que la ley permita probarlos por este medio. De tal modo, la regla abarcará los hechos personales del interrogado, también los ajenos, pero que este conocía o debía conocer.

Finalmente, vista la subclasificación del interrogatorio con fines probatorios, cabe preguntarnos si la consecuencia prevista por el artículo rige para ambos supuestos o solamente cuando ha existido citación en los términos

del num. 4. Si afirmamos que la regla de valoración rige únicamente en el último caso, es decir, sólo cuando se ha cursado la diligencia previa conforme a lo dispuesto por el art. 150, en los casos de interrogatorio “espontáneo” el tribunal deberá valorar tanto el silencio como las respuestas, las que sean concretas y también las evasivas, pero con el criterio racional emanado de las reglas de la sana crítica, sin que necesariamente se opere la presunción legal.

Sin embargo, creemos que procede la aplicación de la consecuencia procesal en ambos supuestos. Aun cuando la primera parte del art. 149.4 alude a la citación, ello no privaría al interrogatorio del numeral 2 de los efectos perjudiciales de la norma, pues tal alusión lo es respecto de la carga de comparecer, y en este caso el litigante ya se encuentra presente en la audiencia. Por ello, para generar el apercibimiento, a este interrogatorio le son aplicables las hipótesis contempladas a continuación, esto es, *“la negativa a contestar o las respuestas evasivas o inconducentes”*. Además, técnicamente en ambos casos existe citación, sólo que en un caso es previa y en el otro simultánea con el acto de iniciativa o solicitud del interrogatorio.

La aplicación de la norma presupone la consideración efectiva del principio de bilateralidad, es decir, el conocimiento previo y efectivo del acto que va a realizarse, y ello sucede en ambas hipótesis. Cabe complementar esta regla con el deber de colaborar con la justicia que rige sobre las partes. La norma que habilita con gran amplitud a efectuar el interrogatorio carecería de sentido si sólo con previo aviso de su realización rigieran las consecuencias negativas del incumplimiento de las cargas estatuidas en la ley.

El art. 149 omite prever la situación del litigante que da cumplimiento de las cargas. De todos modos, claro está que puede existir o no confesión de los hechos objeto del interrogatorio, de acuerdo con el tenor de las respuestas, cuya valoración corresponderá a otra etapa procesal. El legislador ha comprendido correctamente que, la confesión constituye sólo uno de los resultados posibles del medio de prueba y su regulación corresponde en una norma diferencial (art. 153).

De las actuaciones se labrará acta, en la que deberán constar las respuestas al primer interrogatorio, a las repreguntas formuladas posteriormente, al interrogatorio cruzado, las aclaraciones, adiciones, rectificaciones, la negativa a contestar, el silencio, etc. La valoración de la conducta del declarante debe efectuarse en el momento del dictado de la sentencia.

Vale concluir el repaso de la regulación uruguaya sobre la institución del interrogatorio libre e informal, resaltando la versatilidad que caracteriza a la figura, entendiendo que es aquí donde radica su riqueza probatoria. La amplitud dada al medio, sin sujetarlo dependientemente a la prueba de posiciones, permite acudir al interrogatorio informal en todos los casos en que se desestime la absolución, por ejemplo, ante la impertinencia de las posiciones. Esta vía siempre residual del interrogatorio libre demuestra la capacidad informativa y probatoria que puede obtenerse de la declaración de partes, sin agotarse en la absolución, clásica, tradicional y, también, obsoleta.

4.3. Lo nuevo del viejo continente: Ley de Enjuiciamiento Civil Española

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española N° 1/2000 (en adelante LEC), del 7 de enero de 2000, sustituyó a la antigua ley vigente desde el 03 de febrero de 1881. Ya desde los años noventa, el Consejo General del Poder Judicial¹⁶⁶ aludía al “*síndrome de fallo múltiple*” de que adolecía el sistema procesal civil español, requiriendo una modificación desde los sustratos mismos del ordenamiento¹⁶⁷. Después de más de un siglo de un determinado modelo de proceso, arraigado muy profundamente en el derecho hispanoamericano, con la Argentina como claro ejemplo de ello, se ha regulado

¹⁶⁶ El Consejo General del Poder Judicial es un órgano constitucional, colegiado, autónomo, integrado por jueces y otros juristas, que ejerce funciones de gobierno del Poder Judicial con la finalidad de garantizar la independencia de los jueces en el ejercicio de la función judicial, Disponible en:

http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial.

¹⁶⁷ Fernando Santelices Ariztía, “Contradicción, imparcialidad e inmediatez en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española. Algunos problemas para la consolidación de estos principios en la práctica”, *Ius et Praxis*, Año 18, N° 1 (2012): 188-189.

un modelo diametralmente opuesto. No se trata de una simple adecuación de la ley a las nuevas necesidades, sino de un verdadero cambio de paradigmas.

En relación a la temática de esta investigación, de la mera lectura del título de la Sección 1º del Capítulo VI, dedicado a los medios de prueba, podemos constatar la primera gran novedad: la desaparición de la “Prueba de Confesión”. En la Exposición de Motivos se justifica la eliminación a partir de la naturaleza “*en exceso tributaria de sus orígenes históricos*”, el rigor formalista y la errónea confusión con el juramento, entre otras razones. A cambio, se incorpora la prueba del “Interrogatorio de partes” que se aleja extraordinariamente de la rigidez de la absolución de posiciones, también desaparecida, prestándose así atención a las diversas voces que desde la doctrina abogaban insistentemente por este cambio. En líneas generales, la nueva declaración ha de versar sobre las preguntas formuladas en un interrogatorio libre, lo que garantiza la espontaneidad de las respuestas, la flexibilidad en la realización de preguntas y, en definitiva, la integridad de una declaración no preparada.

Un primer aspecto introducido por la LEC ,que afecta no sólo la práctica de este medio de prueba (arts. 301 a 316), sino a todos y cada uno de los enumerados en el art. 299, es que la Disposición Derogatoria Segunda suprime la regulación duplicada de la prueba en la LEC y en el Código Civil español, para encontrarla sólo en la primera; de forma tal que es el plexo normativo procesal el texto general y único regulador de la materia probatoria, lo que facilita una mayor coherencia en todos los aspectos.

El art. 301 se refiere, junto al concepto, a los sujetos del interrogatorio. La práctica, como consecuencia del principio dispositivo que inspira todo el proceso civil del país ibérico, y más especialmente en los aspectos probatorios, debe ser necesariamente solicitada al juez por las partes del proceso. En este sentido, la LEC supone una importante ampliación de los sujetos que pueden participar en el interrogatorio, hecho que parece consustancial al reconocimiento de esta figura procesal.

El supuesto normal seguirá siendo el del interrogatorio de las partes contrarias, es decir, de quienes mantienen posiciones jurídicas enfrentadas (inc. 1). Pero, y esta es la novedad fundamental, se permite también el interrogatorio de aquellos sujetos que, ocupando la misma posición jurídica, presenten *“intereses jurídicos opuestos o en conflicto”*, es decir, como indica el CGP uruguayo, siempre que existan centros de intereses distintos.

Además, en esta tendencia de ampliación subjetiva, el legislador español va incluso más allá, al permitir que sean terceras personas, ajenas al proceso, las que se vean sometidas al interrogatorio de una de las partes, por ejemplo, en casos de sustitución procesal. Así, *“cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular”* (inc. 2).

En la regulación de la LEC de 1881, al limitarse la participación en la prueba confesional única y exclusivamente a las partes del proceso, si éstas no habían participado personalmente de los hechos sobre los que se les preguntaba, al no poder contestar con precisión sobre los mismos, corrían el peligro de ser tenidos por confesos y, además, seguían sin aportarse datos o conocimientos relevantes para el mismo. La nueva ley procesal, para evitar tales consecuencias, incorpora una novedad fundamental en esta materia, coherente con la amplia legitimación del art. 301, permitiendo al interrogado, cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales, responder según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos (art. 308).

Mas, en estos supuestos, el art. 308 permite al litigante proponer que conteste también a esas preguntas un tercero, ajeno al proceso, que sí tenga conocimiento personal de las cuestiones fácticas que se ventilan, aplicación concreta de lo dispuesto por el inc. 2 del art. 301. Lo que resulta verdaderamente interesante es que, aceptada esta sustitución por la parte que hubiese propuesto la prueba, el interrogatorio será sustanciado y tendrá el valor de una declaración de parte, debiendo aceptar las consecuencias de la misma;

pues, a *contrario sensu*, cuando el proponente no admita el cambio de sujetos, el declarante podrá solicitar que la persona mencionada sea interrogada en calidad de testigo.

Sin lugar a dudas, puede concluirse que persiste con fuerza la condición del carácter personal de los hechos para la mayor eficacia de la declaración de parte, tanto que la ley permite traer al proceso a terceros respecto de quienes se configure dicha personalidad fáctica. No obstante, entendemos que la permisión no obedece a un carácter restrictivo, casi sancionatorio, como sí lo era en la antigua legislación española o como ocurre actualmente en nuestro país, sino que se asienta en la búsqueda de una verdad real, incluso cuando ello implique atravesar las paredes del formalismo y las estructuras procesales. Este razonamiento resulta confirmado al volver sobre el párr. 1 del art. 308 que, lejos de aplicar el apercibimiento de la confesión ficta, habilita al declarante a contestar de conformidad a sus conocimientos. Y, por otro lado, sólo consagra la facultad del interrogado para proponer que conteste al tercero; no se trata de una carga ante cuyo incumplimiento, sea deliberado o por imposibilidad de identificarlo o traerlo al proceso, será pasible de los efectos del art. 307.

En cuanto al interrogatorio, consistirá en la formulación de una serie de preguntas idóneas, pertinentes y útiles, a las que ya no se denominan posiciones, y que versarán sobre hechos y circunstancias que guarden relación con el objeto del juicio. Por supuesto que debe tratarse de hechos relevantes para el proceso, y respecto de los cuales fue admitido el interrogatorio (art. 302 inc.2). De las preguntas se excluirá todo tipo de valoraciones o calificaciones, y de incluirse, se tendrán por no puestas.

Creemos conveniente destacar que, al igual que la legislación uruguaya, la práctica de este medio de prueba da cumplimiento efectivo a los principios de oralidad, contradicción e inmediación, que presiden la realización de gran parte del proceso civil. Así, el art. 302 exige la enunciación de las preguntas oralmente y de forma directa, es decir, sin posibilidad de sustituirlas por trámites escritos previos. Sin embargo, agrega que las mismas se formularán con la debida claridad y precisión, "*en sentido afirmativo*". En este punto no

entendemos el mantenimiento del requisito de la redacción asertiva, tipificante de las posiciones, ya que resulta completamente ajena a la naturaleza de las preguntas. Como hemos señalado en el Capítulo I, nada tiene de afirmativo una interrogación. Dogmáticamente, la pregunta parte de una duda que intenta ser evacuada a través de la respuesta que se obtiene, por ello, no puede afirmarse aquello respecto de lo cual no tenemos certeza. Sin lugar a dudas, es difícil erradicar de las declaraciones de parte el influjo de la absolucón, aun cuando ella ya no exista en la ley española como medio probatorio.

Como consecuencia de la inmediación, el tribunal decidirá la admisión o no de las preguntas en el mismo acto en que se lleve a cabo el interrogatorio, comprobando el cumplimiento de los requisitos señalados *ut supra*. Igualmente, la parte que deba responder el interrogatorio, así como su abogado, podrán impugnar en el acto la admisibilidad de las preguntas, por entender que no cumplen con las condiciones legales, así como pedir la exclusión de todas las valoraciones o calificaciones (art. 303). Nótese que el ordenamiento brinda al declarante una posibilidad impugnatoria para ser ejercida por sí mismo, no necesariamente a través del profesional que lo asiste, facultad que no encontramos en el Código General del Proceso Uruguayo, donde la parte actúa siempre por medio de su abogado.

En relación a la forma de responder, la novedad radica en la inexistencia de la necesidad de prestar promesa o juramento previo a contestar las preguntas, pues de lo contrario no estaríamos ante una prueba de interrogatorio sino que hubiéramos caído nuevamente en la superada prueba de confesión. Empero, otra vez la LEC conserva aspectos formales propios de esta última, ahora en el art. 305 inc. 2 al determinar que “*las respuestas habrán de ser afirmativas o negativas*”, requisito que no se explica si el legislador ha querido eliminar todo rastro de la *confessio*, y con ello, de la valoración tasada o legal de las declaraciones.

La regulación del interrogatorio está presidida por el ímpetu de garantizar la espontaneidad en el mismo, a lo cual contribuye en mucho la desaparición de la forma escrita que regía la sustanciación de la confesión

judicial y los pliegos de posiciones. En aras de ello, el art. 310 faculta al órgano jurisdiccional a adoptar las medidas convenientes para asegurar la incomunicación de quienes deban declarar, especialmente respecto de los litisconsortes, evitando que se den a conocer las preguntas y respuestas y puedan así preparar su declaración.

Citada la parte con todas las formalidades legales (art. 291), surgen para ella una serie de cargas, entre las que destaca la de comparecer ante el tribunal para que se pueda proceder a la práctica del interrogatorio. Si el citado no comparece injustificadamente, sin necesidad de esperar una segunda citación, el magistrado podrá tenerlo por confeso, es decir, con la terminología de la LEC, considerar reconocidos los hechos sobre los que verse el interrogatorio, siempre que se trate de cuestiones en las que el obligado a responder hubiera intervenido personalmente, y cuya fijación como ciertas le sea enteramente perjudicial (art. 304). Además, el art. 292 inc. 4 añade la imposición de una multa de ciento ochenta a seiscientos euros.

Si bien se ha suprimido, la necesidad de que las preguntas formuladas exigiesen respuesta categórica, igualmente se han conservado las obligaciones que recaen sobre las partes una vez que éstas han comparecido. Así surgen del art. 307 las cargas de responder y de hacerlo de forma adecuada, de manera tal que, ante la negativa a declarar y las contestaciones evasivas o inconcluyentes, el tribunal apercibirá al interrogado de que podrán generarse los mismos efectos que los establecidos en el art. 304, aunque éste no exige tal apercibimiento.

A tenor de la utilización en ambas normas del verbo “poder”, la consecuencia de tener al interrogado por confeso es una facultad del juez, que entrará a considerar en vista a la actitud del sujeto y las razones para no comparecer, no contestar o no hacerlo adecuadamente. El objetivo del legislador, en toda la regulación del medio probatorio, ha sido dejar en claro que no se está frente a una obligación impuesta al órgano jurisdiccional, que opere sistemáticamente en todos los casos. La ley española pareciera no establecer una valoración tasada o legal de las declaraciones de la parte,

determinando la fuerza o eficacia probatoria, sea que se trate de una confesión expresa o ficta, como lo es en estos supuestos de incumplimiento.

Sin embargo, es oportuno decir entonces que resulta de toda lógica seguir teniendo en consideración, a efectos de la fijación de los hechos, el dato de que los reconozca como ciertos la parte que ha intervenido en ellos y para la que resultan perjudiciales; y a tal efecto encontramos la disposición del art. 316 inc. 1. Pero, en cambio, no resulta razonable imponer legalmente, en todo caso, un valor probatorio pleno al reconocimiento o confesión. Como en las últimas décadas ha venido afirmando y justificando la mejor doctrina, ha de establecerse la valoración libre, teniendo en cuenta las otras pruebas que se practiquen.

En total diferencia con el CGP de Uruguay, el interrogatorio comienza con las preguntas planteadas por el abogado de la parte que solicitó el interrogatorio. Una vez respondidas éstas, continúan con el acto de indagatoria los letrados de las demás partes o sujetos con intereses opuestos. A continuación, lo que aceptábamos tácitamente en el ordenamiento uruguayo aparece aquí de forma expresa, ya que nuevamente el abogado de la declarante podrá formular nuevas preguntas, siempre que el juez entienda que sean útiles y pertinentes para aclarar los hechos objeto de juicio. Sólo recién concluida la tarea de todos éstos, el propio órgano jurisdiccional va a poder interrogar a la parte. Empero, el art. 306 inc. 1, luego de establecer la facultad del tribunal, determina que lo hará *“con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones”*. La redacción no es del todo clara, pues las *“adiciones”* aparecen indefinidas, pero entendemos que el rol que cabe al magistrado español se encuentra mucho más circunscripto que el de su par uruguayo. Si bien no aparece como un mero espectador que asiste a la práctica probatoria, el objeto del interrogatorio que realiza se limita a los puntos de la declaración que no considera lo suficientemente claro.

Finalmente, el art. 306 inc. 2 regula el interrogatorio cruzado, al estilo del *cross examination* del Derecho Norteamericano, que permite preguntar recíprocamente una parte después de la otra de manera espontánea, sin

rigideces formales, bajo vigilancia del tribunal, que rechazará todas las que sean impertinentes o inútiles. En comparación con el modelo uruguayo, podemos señalar aspectos positivos y negativos de la reglamentación española. En el plano de los primeros, debemos destacar que el cruce de preguntas se realiza directamente por las partes, de boca de ellas; aquí no aparecen intermediarios para manifestar las interrogaciones. Sin embargo, la utilidad de la figura en la LEC no aparece tan definida, si tenemos en cuenta que, sorprendentemente, se ha limitado sólo a los supuestos en que no sea preceptiva la intervención del abogado.

En concreto, el art. 31 inc. 2 LEC exceptúa la intervención del abogado únicamente en dos supuestos: 1) Los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2.000 euros y la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en la LEC; 2) Los escritos que tengan por objeto *“personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones”*. No obstante, creemos que la determinación de todos los casos en que no es necesaria la presencia del abogado será una de las cuestiones más discutidas y difíciles de precisar.

Es dable señalar que, en la oportunidad del interrogatorio cruzado, y en el mismo sentido que el reflejado en el art. 303, las partes y sus abogados pueden impugnar las preguntas, resolviéndose el incidente por el tribunal antes de dar la palabra al declarante.

El sistema español, de absoluta esencia oral, pierde esta característica en aquellos casos en los cuales la prueba se sustancia en el domicilio del declarante, y no es posible o conveniente la presencia de la parte que propuso el interrogatorio. En estas hipótesis es necesaria la presentación previa de un pliego escrito, similar al de la absolución. Además de la oralidad, entendemos que la espontaneidad también resulta afectada.

Por último, aunque ya hemos hecho alguna mención, cabe referirnos ahora a uno de los aspectos en los que la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo a nuestro criterio, intentó innovar en mayor medida adaptándose a los postulados más actuales de la doctrina procesal. Puede afirmarse que el

ordenamiento español buscó superar el valor legal de la anterior prueba de confesión, objetivo que logró en gran medida. Así, el art. 316 inc. 1 establece que se considerarán como ciertos los hechos, y así se fijarán en la sentencia, cuando la parte declarante los reconozca como tales, siempre y cuando: 1) no lo contradiga el resultado de las demás pruebas, y 2) hubiera intervenido en ellos personalmente y le sean enteramente perjudiciales; es, por tanto, en sede de valoración de la prueba donde adquiere verdadera importancia la cuestión de si los hechos cumplen estas condiciones.

En todo lo demás (art. 316 inc. 2), los magistrados valorarán las declaraciones de las partes y demás personas que puedan declarar, según las reglas de la sana crítica y conjuntamente con las demás pruebas practicadas, sin perjuicio de lo establecido en los arts. 304 y 307. Vemos como en la valoración de este medio probatorio se ponen de manifiesto las posiciones jurisprudenciales y doctrinales modernas sobre la prueba de confesión y su pérdida de la condición de *probatio probatissima* o *regina probatorum*.

Pese al avance que supone el art. 316 LEC, entendemos que el legislador quedó a mitad de camino en este intento. Si bien no puede desconocerse el valor del reconocimiento por el declarante de hechos desfavorables, pues la lógica indica que la persona no admite o asume las consecuencias de algo que lo perjudica si esto no es efectivamente cierto, aun en estos casos estamos convencidos que la libre valoración debería ser la regla. La ley impone efectivamente un valor tasado en estas hipótesis, aun cuando ha dejado de llamarlas confesión expresa; de forma tal que, el proceso civil español no ha dejado de ser un sistema mixto de valoración de la prueba.

Por tal razón, entendemos que la regla actual que impone tener por ciertos en la sentencia los hechos reconocidos por el declarante, salvo prueba en contrario, debería invertirse. Ello implicaría la procedencia de la libre apreciación, de acuerdo a las pautas de la sana crítica, incluso en un supuesto de reconocimiento expreso, salvo que éste apareciera corroborado por otros elementos de prueba que hagan concluyente la veracidad de la confesión. De esta manera, los restantes elementos probatorios de la causa no adquieren

fuerza para desvirtuar la confesión previamente tasada por la ley, sino que toman relevancia para el magistrado cuando le dan peso al reconocimiento hecho por el declarante y, si guiado por su sana crítica así lo entiende, sólo entonces tenerlos por ciertos en la sentencia.

CONCLUSIÓN

En las líneas consumativas de esta investigación debemos señalar que el trabajo realizado nos conduce a sostener la certeza de nuestra hipótesis fundamental, y concluir que las pruebas por declaraciones de parte carecen de utilidad práctica en un vasto sector de la legislación procesal civil argentina. El apego a modelos probatorios, como el centenario sistema español derogado, centrados en la absolución de posiciones y en la tradición legal que entendió a la confesión como la más eficaz de todas las pruebas, condujeron al ordenamiento nacional a conservar entre sus normas un verdadero fósil jurídico.

Las características de la absolución, con la rigidez interrogativa, la formalidad de su regulación y la ficción en la comunicación como principales notas descriptivas, terminaron por crear un instrumento destinado únicamente a la obtención de una *contra se pronuntiatio*. Carece el instituto de toda otra función, pues cuando no se consigue la confesión del deponente nada útil a la causa ha sumado la sustanciación de esta prueba, sino costos económicos y temporales para las partes, y para el sistema jurisdiccional en general, los cuales en las condiciones actuales de la justicia argentina adquieren superlativa gravedad. Junto a ello, es dable reprochar a la figura la habilitación de una vía propicia para el ejercicio de las malas artes profesionales, la mala fe y la carencia de lealtad en los litigantes.

Por el contrario, se ha demostrado a lo largo de esta obra, que el interrogatorio libre e informal sorteaba cada una de esas críticas y logra proporcionar al magistrado una declaración real. Resalta la virtualidad de este medio probatorio para introducir al proceso una manifestación del litigante susceptible de contener una confesión; mas también puede carecer de ella y a pesar de esa circunstancia no perder valor probatorio o, cuanto menos, utilidad para el esclarecimiento de la voluntad de las partes planteada en los inicios del proceso. Al mismo tiempo, permite despegarse del sistema de valoración tasada o legal de la prueba, dando paso a un juez protagónico en esta labor, guiado en sus pasos sólo por las reglas de la sana crítica, y sustentado

también en los datos probatorios resultantes del resto de las pruebas. Finalmente, en cuanto a lo metodológico, facilita una mejor comprensión de la sistematización de este grupo de medios probatorios, bajo el género de las declaraciones de parte, con la confesión entendida como uno de los eventuales resultados de las mismas.

El estudio del derecho comparado seleccionado, tanto provincial como internacional, comprueba que las legislaciones procesales más avanzadas se han hecho eco de esta realidad y, en consecuencia, han dirigido su rumbo hacia la consagración del interrogatorio con la mayor amplitud y libertad posible, tomando como modelo el *Civil Procedure* de los Estados Unidos con la *cross examination* como norte al cual orientar las sendas legales. Este cambio en el paradigma de la prueba civil se condice con una necesidad fundamental por lograr mayor eficiencia en los sistemas procedimentales, intentando hacer una aplicación cierta de los principios jurídicos de la oralidad, intermediación y economía procesal.

Empero, podemos concluir que la influencia de figuras que reinaron en el derecho durante siglos no ha sido fácil de eliminar, aun cuando las intenciones de los operadores de la ciencia jurídica así lo hayan querido; ejemplo de ello es la posibilidad de redacción asertiva de las preguntas en el sistema español, pese a la supresión de la prueba confesional. Sin embargo, creemos que la incorporación del interrogatorio tal como lo propiciamos, no se opone a la eventual conservación de la absolución de posiciones, aun cuando consideremos conveniente su completa abolición; por supuesto, siempre que aquél sea elevado a la categoría de medio probatorio autónomo e independiente de esta última, y no como un procedimiento apéndice, complementario o accesorio, destinado a la mera función de suplir las deficiencias de una figura probatoria propia de la Edad Media. Ejemplo concreto y efectivo de esta posibilidad es el Código General del Proceso de Uruguay, y en nuestro país, del ordenamiento de la provincia de Tierra del Fuego, que reproduce casi integralmente el texto de la vecina Nación.

Creemos que seguir los lineamientos de estas legislaciones es una alternativa de concreción factible en nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que las modificaciones introducidas por la ley 25.488 en el año 2001, v. gr. la incorporación de la audiencia preliminar, crearon las condiciones adecuadas para la incorporación de un sistema probatorio esencialmente oral y libre de rigideces formales. Sin lugar a dudas, ello demandaría del legislador argentino la supresión del articulado actual, y la tarea de crear un nuevo plexo normativo para la regulación de estos medios probatorios.

Quizás podría elegirse una opción legal menos arriesgada, como lo hacen las provincias de Corrientes, Entre Ríos y La Pampa, las cuales toman básicamente las disposiciones del CPCCN para la absolución de posiciones, suprimen de su texto toda remisión a esta última, y la sustituyen refiriendo al interrogatorio. Empero, este camino legal es un claro ejemplo de la “imposibilidad” del legislador de despegarse de una vez y para siempre de instituciones que, así como tradicionales e históricas, también son inútiles a las necesidades del proceso civil moderno y, fundamentalmente, a los requerimiento de la sociedad actual. Lo mismo si por una decisión de política legislativa sólo se eligiese mejorar la absolución con modelos como el santafecino el cual, si bien en cuanto concierne a esta figura contiene una de las mejores regulaciones, igualmente la institución no alcanza a sortear las críticas vertidas y aun así no alcanza a proporcionar los beneficios del interrogatorio libre.

Por lo dicho hasta aquí, y sobre todo, por lo investigado a lo largo de este trabajo, es que proponemos un pronta modificación de la regulación del CPCCN en materia de pruebas por declaraciones de parte, y una adaptación de las legislaciones locales a esta tendencia que lentamente, pero a pasos firmes, se abre camino en el derecho jurisdiccional. Hemos invocado contundentes argumentos en justificación de esta propuesta, tan sólo resta una decisión del cuerpo político que se haga cargo de tan apremiante requerimiento del ordenamiento procesal de la República Argentina, gritado a todas voces desde la doctrina, la jurisprudencia y la realidad de nuestros juzgados.

FUENTES

República Argentina. *Código Civil*. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm> (consultado el 14 de marzo de 2013).

República Argentina. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm> (consultado el 17 de septiembre de 2012).

República Argentina. *Ley N° 25.488*. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70015/norma.htm> (consultado el 22 de mayo de 2013).

Reino de España. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/default.htm> (consultado el 08 de julio de 2013)

República Oriental del Uruguay. *Código General del Proceso*. Disponible en: <https://www.iberred.org/legislacion-civil/codigo-procesal-civil-uruguay> (consultado el 29 de mayo de 2013).

Provincia de Buenos Aires. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-7425.html> (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Catamarca. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.digesto.catamarca.gov.ar/cod/Leyes2/Ley2339/cpcyc.html> (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Córdoba. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/7e da1e81718fe0dd03257250005953db?OpenDocument> (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Corrientes. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.abogadoscorrientes.com/notix/indice-corrientes.htm> (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Chaco. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.abogadoscorrientes.com/notix/indice-chaco.htm> (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Chubut. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: http://www.legischubut2.gov.ar/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=205 (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Entre Ríos. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.entrerioslegal.com.ar/cod.html> (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Formosa. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.jusformosa.gov.ar/info/CODIGOCIVILYCOM2011.pdf> (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Jujuy. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: http://www.hacienda.jujuy.gov.ar/legislacion_prov/leyes/CODIGO%20PROCESAL%20CIVIL%20-INDICE.HTML (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de La Pampa. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: http://www.juslapampa.gov.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=72&Itemid=37 (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de La Rioja. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: http://www.eft.com.ar/legislac/argentina/larioja/la_rioja-cpc-1.htm (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Mendoza. *Código Procesal Civil*. Disponible en: <http://www.tribunet.com.ar/tribunet/ley/2269.htm> (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Misiones. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: [http://lexnea.com.ar/base de datos/legislacion/misiones/cpcyc.htm](http://lexnea.com.ar/base_de_datos/legislacion/misiones/cpcyc.htm) (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Neuquén. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: [http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/codigos provinciales/CP CyC_aindice.htm](http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/codigos_provinciales/CP_CyC_aindice.htm) (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Río Negro. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.sup-trib-delsur.gov.ar/sup-trib-delsur/cpcrn.htm> (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Salta. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: [http://www.camdipsalta.gov.ar/LEYES/leyes7379/5233Codigo%20Procesal%20 Civil.htm](http://www.camdipsalta.gov.ar/LEYES/leyes7379/5233Codigo%20Procesal%20Civil.htm) (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de San Juan. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: [http://judicialdelnoa.com.ar/normativa/547_codigo_procesal_civil_y_comercial de_la_provincia_de_san_juan.pdf](http://judicialdelnoa.com.ar/normativa/547_codigo_procesal_civil_y_comercial_de_la_provincia_de_san_juan.pdf) (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de San Luis. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.diputadosanluis.gov.ar/diputadosasp/paginas/NormaDetalle.asp?e=1&TipoNormalID=1&DependenciaID=1&NormaTemalD=7&Orden=2&NormalID=115> (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Santa Cruz. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: http://www.jussantacruz.gov.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=1966%3Acpc&catid=11&Itemid=12 (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Santa Fe. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.santafelegal.com.ar/cods/cpcc1.html> (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Santiago del Estero. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/Normativa/ley6910/ley6910.pdf> (consultado el 15 de febrero de 2013).

Provincia de Tierra del Fuego. *Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero*. Disponible en: <http://www.sup-trib-delsur.gov.ar/sup-trib-delsur/CIVILW.htm#SUPERIORTRIBUNAL> (consultado el 17 de septiembre de 2012).

Provincia de Tucumán. *Código Procesal Civil y Comercial*. Disponible en: <http://www.eft.com.ar/legislac/argentina/tucu/codigo-procesal-civil-y-comercial-tucuman.htm> (consultado el 15 de febrero de 2013).

BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar; 1958.

Arazi, Roland. *La prueba en el Proceso Civil. Teoría y Práctica*. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 2001.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1988.

Falcón, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Tomo II. Buenos Aires: Astrea; 2009.

Kielmanovich, Jorge L. *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004.

BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA

Carnelutti, Francesco. *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

Clariá Olmedo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar; 1963.

Couture, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar; 1949.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958.

García Mendieta, Carmen. *El Código General del Proceso en Uruguay*. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2103/6.pdf> (consultado el 20 de octubre de 2013).

Goldschmidt, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor; 1936.

Kielmanovich, Jorge L. "El libre interrogatorio de las partes. Criterio de valoración de las respuestas, el silencio y la incomparecencia del citado". *La Ley*. 1985-A, 979-980.

Morello, Sosa y Berizonce. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. Tomo V-B. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1996.

Palacio, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Tomo IV. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

Palacio, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

Podetti, J. Ramiro. *Teoría y Técnica del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963.

Prieto Castro, Leonardo. *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica del Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Reus; 1950.

Santelices Ariztía, Fernando. "Contradicción, imparcialidad e intermediación en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española. Algunos problemas para la consolidación de estos principios en la práctica". *Ius et Praxis*, Año 18, Nº 1 (2012).

Savigny, M. Friedrich Karl. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Tomo IV. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores; 1879.

Scialoja, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano: ejercicio y defensa de los derechos*, citado en Enrique M. Falcón, *Tratado de la prueba*. Tomo II. Buenos Aires: Astrea; 2009.

Vázquez, Oscar. *Proceso Jurisdiccional*. Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico, 2006.