

**La Prueba por Absolución de Posiciones.  
-Subterfugio hacia el ensayo de otra alquimia  
constitucional-**

\*Por Natalia Herrera

***Desgraciados los hombres que tienen todas las ideas claras.  
Louis Pasteur***

Quando ingresé a estudiar la carrera de Abogacía en mi hermosa Facultad, recibí, a la manera de bienvenida, un pequeño librito que contenía un decálogo intitulado “Los Mandamientos del Abogado”.

Siendo los diez preceptos de valiosa grandeza ética, desde el primer instante hubo uno en particular, el cuarto, que albergué dentro mío como un tesoro preciado.

Ese cuarto mandamiento decía: *LUCHA.- Tu deber es luchar por el Derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la Justicia, lucha por la Justicia.*

La frase era inspiradora, pero a poco de andar advertí el primer inconveniente: yo no podía decir, a ciencia cierta, qué era “La Justicia”!

Así fue como, desde mis inicios como estudiante, me aboqué al aprendizaje del universo jurídico con avidez, pero con un fuerte sentido crítico que se convirtió en la brújula incondicional en esta búsqueda, que continúa y que hace que esté hoy, aquí, hablándoles.

***La pura y sencilla verdad, rara vez es pura y nunca es sencilla.  
Murphy***

La consigna en esta ocasión es la reflexión acerca de si la absolución de posiciones en el proceso civil se encuentra a contrapelo de lo dispuesto

por nuestro ordenamiento jurídico constitucional, especialmente en lo que a la prohibición de obligar a una persona a declarar contra sí mismo respecta.

Voy a empezar por aproximar una noción de la absolución de posiciones diciendo que *“consiste en el acto jurídico procesal por el cual una de las partes contesta, bajo juramento de decir verdad, las afirmaciones contenidas en el pliego de posiciones formulado por la parte contraria, durante la práctica de la prueba de confesión judicial”*.<sup>1</sup>

Está íntimamente vinculada a la prueba de confesión, ya que ésta importa una declaración de la parte contra se que se manifiesta, entre otros modos, y muy principalmente, mediante la absolución de posiciones.<sup>2</sup>

Y ya que de confesiones se trata, yo voy a hacer la mía propia: Para ser franca, no vine cándidamente a hablarles de la absolución de posiciones; la absolución de posiciones es, en realidad, la excusa de hoy, de esta oportunidad, para invitarlos a pensar, juntos, el derecho. Y digo esto porque este instituto viene siendo cuestionado por un autorizado sector de la doctrina que lo denuncia como:

- 1) un legado del sistema inquisitivo,
- 2) una lesión a derechos humanos fundamentales,
- 3) una violación de preceptos constitucionales;

junto a otros institutos ius-procesales igualmente polémicos por idénticas razones.

Con lo dicho, cabe cuestionarse si estamos discutiendo sobre:

- 1) la semilla huérfana de un modelo procesal superado que amenaza su retorno;
- 2) o si se trata de la defensa, con base filosófica, de derechos “naturales” del hombre (tal el derecho a no autoincriminarse, como derivado del más elemental instinto de autoconservación);
- 3) o si, por fin, el tema en el fondo no es otro que la vigencia del Estado de Derecho, pilar de nuestra sociedad política, que supone el respeto de la jerarquía constitucional por parte de las leyes inferiores, y la adaptación de éstas a los

principios que emanen de la Carga Magna. En síntesis, la celeberrima Supremacía Constitucional.

No pretendo ser yo quien, aquí y ahora, resuelva este planteo; pero sí aspiro a sembrarles la inquietud a ese respecto, por considerar que la determinación sobre aquello que en verdad se está diciendo cuando se habla, nos permite concebir al asunto en su auténtica dimensión.<sup>3</sup> De modo que sólo diré que no se agota la cuestión con decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la absolución de posiciones, así, en abstracto; sino que estamos abordando, so pretexto de ella y a título de ejemplo suyo, todo el trasfondo jurídico, político, filosófico e histórico-social que encarna, y que conlleva a un modelo, también integral, que es bueno conocer para elegir.

***No se puede desatar un nudo sin saber cómo está hecho.***

### ***Aristóteles***

La absolución de posiciones es una declaración de parte, con características poco felices a la luz de las pautas establecidas constitucionalmente. Ello porque:

1) Es provocada: por la contraria o por el juez; es decir, NO espontánea. Ello descarta la posibilidad de concebirla como un derecho del mismo declarante (de exponer lo que conoce ante el Juez); ya que no sólo no puede negarse a ella sin que la negativa le importe un perjuicio, sino que tampoco puede ejercerla por impulso propio; es decir sería un derecho que tenemos sujeto a la condición de que otro nos llame a ejercerlo; lo que es absurdo.

2) Se realiza por afirmaciones: Es decir, se trata de aseveraciones que el ponente realiza y que el absolvente acepta o niega, debiendo responder por sí o por no, siendo vinculante para el ponente como reconocimiento suyo (bilateralidad), y pudiendo agregar luego explicaciones, formularse preguntas las partes recíprocamente, y el juez a las mismas. Y parece que se puede

afirmar, dar por hecho en juicio, la culpabilidad de alguien, a quien le compete negarlo; no obstante su estado de inocencia.

3) Se lleva a cabo previo juramento<sup>4</sup>: Sobre el Juramento, ha dicho la CSJN que “entraña una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma”, entendiéndose que no ha duda de que exigir juramento (...) a quien se va a interrogar constituye una manera de obligarle, eventualmente, a declarar en su contra. La Declaración de quien es juzgado, debe emanar de su libre voluntad, el cual no debe siquiera enfrentarse con un problema de conciencia, cual sería la disyuntiva de faltar a su juramento de decir verdad.<sup>5</sup>

Históricamente la declaración de parte ha tenido por objeto obtener la “confesión”, que antaño era la probatio probatissima; con la consecuencia de haber originado brutales excesos, vejatorios de los derechos del hombre. Desde que estos últimos son “redescubiertos”, aquella clase de institutos deben razonarse con el alcance y limitaciones que la nueva cosmovisión jurídico-humanista impone.

***Antes de negar con la cabeza, asegúrate de que la tienes.  
Truman Capote.***

A juzgar por sus efectos, en las distintas hipótesis que pueden presentarse, es difícil dudar de que su finalidad, sino exclusiva, al menos primordial, es la obtención de la confesión; ya que:

- 1) Si el absolvente NO COMPARECE, hay confesión ficta, cuyo valor probatorio está sujeto a las circunstancias del caso y la restante prueba.
- 2) Si el absolvente COMPARECE, puede ocurrir que:
  - a) ACEPTE las posiciones, en cuyo caso se produce una confesión expresa.

- b) CALLE, lo que también crea una presunción en su contra.
- c) RESPONDA CON “EVASIVAS” (a criterio del juez), presunción en su contra.
- d) Eso sí, si el absolvente considera que la posición formulada es impertinente, la ley LO “AUTORIZA” A NO RESPONDER, pero a sabiendas de que, al sentenciar, el juez valorará la pertinencia de la posición, y de considerarla pertinente, lo tendrá por confeso, sin posibilidad de defensa contra ello.
- e) Por fin, si el absolvente NIEGA... No pasa NADA. Como es lógico, no es prueba a su favor.

En fin, con semejantes derivaciones, la absolución de posiciones, es un instituto muy controvertido, cuya revisión resulta imperiosa, inexcusablemente, bajo el prisma de lo prescripto por nuestra Ley Fundamental y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22, párr. 2º CN, desde 1994.

***“La Constitución es el marco por donde pasa la vida”***

***Herman Heller***

El Art. 18 CN, dispone que (...) Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (...) y que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. (...) y es complementado con TRATADOS INTERNACIONALES.6

En lo que respecta a la inviolabilidad de la defensa en juicio, ella es uno de los pilares clave del sistema constitucionalista, importa una seguridad para los gobernados ante los gobernantes, y significa que nadie puede ser privado de sus derechos (...) sin tener previamente la efectiva posibilidad de defenderlos.

Es discutible si es compatible con este principio la sentencia fundada en una confesión ficta, donde no ha existido la EFECTIVA posibilidad de

defensa de los derechos. Según vimos, la única “defensa” que permite la absolución de posiciones, es la negación bajo juramento. Otro tanto ocurre con la confesión expresa producto de la absolución de posiciones, ya que se ha dicho de ella que la mayor parte de las veces es producto de un error del absolvente, no de su animus confitendi, facilitado por la *forma artificial de comunicación* que representan las posiciones; que el hecho de ser provocada le da una veta inquisitorial y coactiva; y que por fin, para quienes postulan que hace plena prueba, impide a quien la hizo, la defensa de sus derechos.

Por otra parte, se considera “sentencia arbitraria” la que no se fundamenta en los hechos comprobados en la causa. Si por “comprobados” entendemos DEMOSTRADOS con pruebas suficientes, volvemos a encontrarnos en conflicto con la antedicha confesión, que en virtud de ello, no puede dar base a dicho pronunciamiento judicial<sup>7</sup>.

Además, por la forma que reviste la formulación de las posiciones, es decir, por afirmaciones, parte de la doctrina sostiene la improcedencia de que las realice el juez, en la inteligencia de que importaría un “adelanto de sentencia”.

Asimismo, la negligencia probatoria por las partes, no puede ser suplida por el juez sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes y en desmedro del derecho de defensa de la contraparte, que también disfruta de la protección constitucional, generando una desigualdad arbitraria que no se compadece con el art. 16 de la Ley fundamental<sup>8</sup>. Como dice el refrán “*quien tiene al juez como fiscal, precisa a Dios como defensor*”.

Otro principio constitucional que ha sido invocado por la doctrina para negarle validez a la absolución de posiciones, es el de la celeridad como derecho de quien está sujeto proceso. Ello significa, entre otras cosas, que el juez, como conductor del proceso, debe evitar toda actividad jurisdiccional que conspire contra la economía procesal y lo desnaturalice. En este sentido, se ha opinado que este sistema de posiciones constituye un sistema innecesario y obsoleto, que debe sustituirse por preguntas directas<sup>9</sup>, pues “existe una innecesaria duplicación procesal en función de la confesión,

principalmente entre la demanda/contestación y la prueba por posiciones”<sup>10</sup>. Las partes se manifiestan primariamente mediante los escritos liminares, y es allí, además, donde su voluntad y conocimiento se vuelcan con claridad y con el auxilio y asistencia profesional, que por otra parte, también está concebido como parte integrante de la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Es inconcebible que la confesión ficta enerve los dichos de la demanda y contestación y tenga más valor que éstos<sup>11</sup>.

Pero creo que es en otro lugar en donde la absolción de posiciones colisiona más notoriamente con el bloque constitucional...

***La violencia es el último recurso de la incompetencia.***

***Isaac Asimov.***

El art. 18 CN, dijimos, establece que *ningún habitante de la Nación puede ser obligado a declarar contra sí mismo*, disposición que repite la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que además añade “ni a declararse culpable”, y que “la confesión solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

De acuerdo al alcance atribuido a esta norma, significaría que:

- 1) una persona puede prestar declaración voluntariamente, y tendrá que atenerse a las consecuencias de sus manifestaciones y confesión;
- 2) ninguna persona puede ser obligada a prestar declaración como parte;
- 3) si una persona se allana a prestar declaración voluntariamente, puede abstenerse de declarar respecto de aquellos hechos, datos o circunstancias que se traduzcan en una autoincriminación;
- 4) la negativa a declarar no puede generar una presunción en contra de sus derechos.

La prueba confesional, por el método con que está instrumentada (mediante la absolción de posiciones, bajo la coacción moral del juramento,

y bajo amenaza de tener por confeso al incompareciente -o al reticente-), es una forma de promover el perjurio o violar abiertamente la garantía constitucional que prescribe que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Es lesiva de derechos constitucionalmente tutelados, fundamentalmente del DERECHO A ABSTENERSE A DECLARAR que tiene una persona como herramienta de otro de sus derechos, la **defensa en juicio**; y que no pueda esto ser tomado como presunción en su contra.

Nada obstaría, sin embargo, a una declaración de parte *espontánea* donde quien se presente *voluntariamente*, pueda confesar; ni que se cite a *interrogatorio*, sin *juramento*, y sin que la *ausencia* del convocado vaya en detrimento de sus derechos.

Una reforma en este sentido, sería positiva para el sistema jurídico que ganaría en coherencia, ya que todos estos principios tienen plena vigencia en la esfera penal, y no hay razones para que no se extiendan al fuero civil, máxime teniendo en cuenta que la CN, que es quien reconoce estas garantías, no distingue; con lo de acuerdo con el *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*: Donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.

Ganaría también el sistema en congruencia por ser el Derecho un sistema, graficado nunca mejor que por Kelsen con su universalmente vigente teoría de la pirámide jurídica, por la cual cada norma deriva su validez de otra superior, camino que culmina en el bloque constitucional, fundamento de todo el orden jurídico.

***Lo importante es no dejar de hacerse preguntas.***

***Albert Einstein***

Ya consideramos los “extremos”: de un lado, la absolución de posiciones; del otro, la Constitución Nacional; los comparamos, y advertimos el conflicto.

Debe reflexionarse ahora sobre su alcance, sobre cómo se proyecta esa incompatibilidad hacia nuestro sistema y lo desestabiliza; pensemos en

la Suprema Ley, en la vigencia de sus lineamientos, frágiles ante, por ejemplo, el instituto que analizamos, que en virtud de todo lo revelado, resulta opuesto a ella, lesivo de los derechos que consagra y de ese modo, de la Supremacía Constitucional<sup>12</sup> y el mismísimo Estado de Derecho.

Es menester examinar si el PL local, cuando en ejercicio del poder de policía, sanciona los códigos de procedimientos que, como toda ley, es reglamentaria de la Constitución y no puede desnaturalizar los derechos que ella reconoce ni su espíritu, en consonancia con el art. 28 CN; es necesario, entonces, repasar si sancionando leyes procesales de la naturaleza de las que estuvimos tratando, no está el PL pretendiendo derogar ilegítimamente, *de facto*, la Ley Fundamental y Tratados Internacionales en lo que a estos puntos respecta, arrogándose Poder Constituyente, atentando no sólo contra “derechos de ciudadanos”, sino *contra la Constitución misma y el Estado de Derecho*. Del mismo modo, podemos repensar sobre la tarea del PJ, que en tanto que guardián de la CN, contralor de los poderes constituidos para evitar sus desbordes, tal como fue pensado por el movimiento constitucionalista liberal de la primera hora, siguiendo las lecciones de Montesquiu sobre los imperativos republicanos; este PL que debe velar por la vigencia de la Carta Magna para que no se vulneren los derechos en ella consagrados; aplica este instituto que viene franqueándose abiertamente inconstitucional.

***El gato es mal guardián de las sardinas***

***Raúl Scalabrini Ortiz***

Así las cosas, los desafíos actuales de los cultores del respeto por nuestra Ley Primera, y de todos los que velan por la subsistencia de este modo de organización social bautizado como Estado de Derecho, se perfilan con nitidez: Es claro que **el Estado de Derecho es un gigante con pies de barro**, y se construye y sostiene con esfuerzos comunes, con la defensa del mismo por **todos los ciudadanos**.

Es aún un proyecto que, iniciado, debemos realizar en conjunto. Para ello, precisamos **conocer** primero las sutiles cosas sobre las que también reposa, de manera de erradicar todo aquello que lo esté minando<sup>13</sup>.

*Nuestra Ley Fundamental diseña un modelo de sociedad a través de un modelo jurídico. Y su esquema es imperativo. Y en materia procesal, se traduce, forzosamente, en la exigencia de un sistema acusatorio, real y efectivo, con la plena vigencia de los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente; y sin resabios inquisitivos.*

El germen del inquisitivismo, sin embargo, pulula por doquier.

Detrás de una hermosa fachada garantista, como caballos de Troya, se alzan, más o menos agazapados, institutos jurídicos como la absolución de posiciones, que contaminan este sistema que venimos edificando y redescubriendo desde que, a través del cristal de los derechos humanos, y del concepto de la dignidad intrínseca del hombre, se piensa el derecho procesal.

Nada más. Muchas Gracias.

---

### **BIBLIOGRAFÍA:**

Constitución Nacional Argentina, ed. varias.

FALCÓN, Enrique M., *Tratado de la Prueba –civil, comercial y laboral-*, t. II, Ed. Astrea, 2003.

FALCÓN, Enrique M, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. II, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006.

BADENI, Gregorio, “*Tratado de Derecho Constitucional*”, Tomo II – 1º Ed., La Ley, 2004.

GELLI, María Angélica, “*Constitución de la Nación Argentina –comentada y concordada-*”, 3º ED., Buenos Aires, La Ley, 2006.

LINARES QUINTANA, Segundo V., “*Tratado de interpretación constitucional*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

QUIROGA LAVIÉ, Horacio, “*Constitución de la Nación Argentina Comentada*” – 4º ED., Edit. Zavalía, 2003.

PRUEBA II, *Revista de Derecho Procesal*, 2005/2, Cubinzal-Culzoni.  
DEVIS ECHANDÍA, *Teoría General de la Prueba Judicial*", t.1, Ed. Zavalia.  
FERRAJOLI, Luigi, "*Derecho y Razón*", Ed. Trotta, 2da ed., 1997.  
MORELLO, Augusto Mario, *La Prueba: tendencias modernas*, 2ed., 2001  
Abeledo-Perrot.  
DE SANTO, Víctor, *Compendio de Derecho Procesal –civil, comercial, penal  
y laboral-*, Astrea, 1995.  
BIDART CAMPOS, Germán J.: "*La interpretación del Sistema de Derechos  
Humanos*", ed. Ediar, Buenos Aires.  
NINO, Carlos Santiago: "*Fundamentos de Derecho Constitucional*", ed.  
Astrea, 1992.  
Vanossi, Jorge Reinaldo: "*Teoría Constitucional*", 2do. vol, ed. Depalma,  
Buenos Aires.

---

## **NOTAS:**

<sup>1</sup> A ella se refiere el art. 404 del CPCCN.

<sup>2</sup> En efecto, "si bien en el proceso civil la confesión puede producirse de diversos modos (judicial o extrajudicial, voluntaria o provocada, por posiciones o por interrogatorio, etc.), en general, el modo considerado principalmente en los códigos argentinos tradicionales dentro del sistema de la prueba, es el de posiciones". FALCÓN, Enrique M, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. II, p.93, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006.

<sup>3</sup> Y con ello será más asible a nuestro entendimiento el formidable esfuerzo que algunos empeñan en resistir el cambios de figuras que ellos mismos declaran concebir como de nimia importancia.

<sup>4</sup> De acuerdo al art. 404 CPCCN.

---

<sup>5</sup> CSN Fallos Tomo I – Pag. 350.

<sup>6</sup> Entre ellos:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Capítulo I – Derechos

Derecho de Justicia

Art. XVIII:\_ Toda persona (...) debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra los actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Derecho a Proceso Regular.

Art. XXVI:\_ Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

- Declaración Universal de Derechos Humanos.

Preámbulo

(...) Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad (...)

(...) La Asamblea General Proclama: La presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que (...) el respeto a estos derechos y libertades (...) aseguren su reconocimiento y aplicación universales y efectivos (...).

Art. 7º\_ Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (...).

Art. 10º\_ Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Art. 28\_ Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.(en igual sentido, el art. 2º

---

del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 1 in fine; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2º, párr. 2.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.

#### Art. 8\_ Garantías Judiciales

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

1. Toda persona (...) tiene derecho a que se presuma de inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...).
2. la confesión (...) solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.  
Art. 4º\_ Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a las limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Art. 14\_ Proclama el derecho a ser oído en juicio, a la presunción de inocencia, y menciona como garantías “mínimas”, la de ser juzgado sin dilaciones indebidas –inc. c)-, y la de no ser obligado a declarar contra sí mismo o declararse culpable.

7 la doctrina constitucional enuncia como hipótesis de “Sentencias Arbitrarias”, entre otras, las que: 1) se basan sobre hechos inexistentes o no acreditados en el caso, 2) las que mencionan pruebas inexistentes, y 3) las

---

que valoran en forma irrazonable las pruebas producidas. Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 2, ps. 1085 y ss, Ed. Buenos Aires, La Ley, 2004.

<sup>8</sup> Fallos C.S.: 253:216.

<sup>9</sup> Devis Echandía, *Teoría genera de la Prueba Judicial*, t. I, p. 578.

<sup>10</sup> Falcón, Enrique M., *Revista de Derecho Procesal, Prueba II*, 2005/2, Cubinzal-Culzoni, p.112.

11 La confesión ficta cumple plenamente efecto aun cuando los hechos sobre los cuales versa hayan sido negados al contestar la demanda, pues de admitirse la tesis contraria, bastaría que el demandado se limitase a negar los hechos en esa oportunidad, para quedar a cubierto de las posiciones y privar al actor de la eficacia de este relevante medio de prueba (CNCom, Sala B, 25/6/85, DJ, 1986-1-526; CNCiv, Sala C, 25/2/99, LL, 2000-C-917, 42.718-S), pero la tesis no siempre es compartida, considerándose que deben valuarse los demás elementos de la causa.

<sup>12</sup> Impuesto por el Art. 33 de la Constitución Nacional.

<sup>13</sup> Ha dicho, con razón, el político Willy Brandt que *“permitir una injusticia significa abrir el camino a todas las que siguen”*.