

IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista
Azul, Provincia de Buenos Aires
1 y 2 de noviembre de 2007

**“LA ABSOLUCIÓN DE POSICIONES COMO RESABIO DE LA
INQUISICIÓN”**

Martín Cruz Robles
Córdoba – 2007

SUMARIO

Preliminares. El problema.

1. Modulo I.

- 1.a. Conceptos preliminares. Punto de partida.
- 1.b. Confesión.
- 1.c. Caracteres.
- 1.d. Clases.
- 1.e. Recepción legal.

2. Modulo II.

- 2.a. Particularidades.
- 2.b. Prohibición de exigir la auto incriminación vs. Absolución de posiciones.
 - 2.b.1 Discrepancia.

2.b.2. Marco legal.

2.c. Valor del Juramento o “promesa de decir verdad”.

2.c.1. Un condimento de inconstitucionalidad.

2.d. Oficiosidad e inquisitivismo en la absolución de posiciones.

Prejuzgamiento.

2.d.1. Juez y prueba. Una combinación inconcebible.

2.d.2 Verdad y juzgamiento. Una realidad peligrosa

2.e. Ficta confessio

2.e.1. Valor del Silencio

2.e.2. Rebeldía y confesión. Contenido

2.f. Inutilidad práctica de la absolución de posiciones.

3. Modulo III.

3.a. Consideraciones finales. Ponencia.

Bibliografía

LA ABSOLUCIÓN DE POSICIONES COMO RESABIO DE LA INQUISICIÓN

Por Martín Cruz Robles*

“Me atrevo pues, a insinuar, siquiera como punto a estudiarse, la inconstitucionalidad de toda presión, física o moral, tormento o juramento, cuyo objeto sea arrancar confesiones cuya consecuencia sea o pueda ser la pérdida o desmedro de cualquiera de las garantías que las instituciones fundamentales les reconocen a los estantes y habitantes del país.”¹

“El Poder Judicial, en el ejercicio de su potestad específica, se justifica en su misma existencia en tanto que garante real y efectivo de los derechos e intereses legítimos de las personas”²

Preliminares. El problema

Por la presente se pretende analizar la absolución de posiciones desde su faz constitucional y práctica. En un primer punto encausamos el tema a tratar conceptualizando ciertas figuras propias de la confesión que facilitarán plasmar nuestras ideas con posterioridad. Luego, y ya entrando en

* Abogado, Título de grado obtenido en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en el año 2007. Adscripto de las Cátedra de Derecho Procesal Civil y Privado VII de la Universidad Nacional de Córdoba. Primer Escolta de Porta Estandarte de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC durante al año 2006.

¹ DE LA COLINA, Salvador. “Derecho y Legislación Procesal – Materia Civil y Comercial”. T. II. Ed. J. Lajouane y Cía. Buenos Aires. Año 1916, pág.69.-

² “Moción de Valencia”.

lo que hace al meollo de la cuestión, nos avocaremos al estudio de una particular forma de realizarse: la absolución de posiciones. A partir de su encuadre, y siempre desafiándola con nuestra concepción de “proceso” intentamos responder a los siguientes interrogantes: ¿Es constitucional la absolución de posiciones? ¿Se vulnera la prohibición de declarar contra uno mismo? ¿Qué valor posee el juramento en la absolución? ¿Puede el Juez efectuar preguntas? ¿Existe prejuizamiento? ¿Qué costo le atribuimos al silencio? ¿Qué confesamos realmente en la confesión ficta? ¿Es útil la absolución de posiciones?.

1. Modulo I

1.a. Conceptos preliminares. Punto de partida

Frente a un conflicto, una disputa, un problema de intereses acudimos a un tercero imparcial –juez o árbitro - para que pueda arribarse, a través de un proceso, al dictado de una resolución que conforma su objeto. El tercero, imparcial, imparcial e independiente, debe encausar los hechos en el derecho y resolver la contienda que se le suscita. Sabemos que la pretensión que introduce el actor – pretendiente - al proceso debe contar con justificación fáctica-jurídica, hallar sus fundamentos en los hechos con sustento en el derecho. Lo mismo sucede para quien se resiste a aquella pretensión, pues deberá confirmar sus expresiones y desterrar las contrarias. Para ello, se acude a herramientas esenciales que permitan realizar una retrospección histórica y descifrar una verdad. Nos referimos a los medios probatorios y en la presente nos limitamos al estudio de la prueba

confesional, y más particularmente, a una de sus formas más predilectas: la absolución de posiciones. En esta primera oportunidad, analizaremos la confesión, su caracterización, su clasificación y regulación legal para luego avocarnos al estudio concreto del objeto de nuestra ponencia.

1.b. Confesión

La confesión es *“la declaración judicial o extrajudicial (espontánea o provocada por el interrogatorio de la parte contraria o por el juez directamente) mediante la cual una parte, capaz de obligarse y con ánimo de suministrar una prueba al contrario, en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos.”*³ La referida, peca por enunciativa al mencionar los caracteres propios del instituto, prefiriendo conceptualizarla como *“la declaración que hace una parte respecto de la verdad de hechos pasados, relativos a su actuación personal, desfavorables para ella y favorables para la otra parte”*⁴. Sin perjuicio de ello, partiremos por considerar que la confesión supone *“Reconocer o declarar uno, obligado por la fuerza de la razón o por otro motivo, lo que sin ello no reconocería ni declarararía”*⁵

Si bien el objeto de la ponencia no radica en el estudio profundo del medio probatorio en cuestión, sino en brindar argumentos prácticos y

³ LESSONA, pág. 475. ob cit. por ALSINA, Hugo. “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial” T. III. Juicio Ordinario. Ed. Ediar S.A. Editores. Buenos Aires – 1961, pág. 309

⁴ PALACIO, Lino. “Derecho Procesal Civil”. Abeledo Perrot, 1992, t. IV, pág. 491.

⁵ Definición según Real Academia. Diccionario Enciclopédico Espasa.

jurídicos que justifican su abandono, pasamos a describir algunas de sus cualidades que permitirán canalizar nuestras ideas.

1.c. Caracteres.

A lo largo de la historia, la prueba confesional ha sido considerada como la prueba más completa, suficiente por si sola para tener por acreditados los hechos sin requerir otros elementos de juicio, al punto tal que se la consideró como la “regina probationum” o “probatio probatissima”, llegando a tener en el Derecho Romano el efecto propio de la sentencia cuando era realizada en presencia del Juez. Este carácter de “prueba madre” ha sido sostenido y consolidado a través del tiempo en la gran mayoría de los Códigos Procesales. Se la ha premiado con sistemas legales de valoración probatoria, disminución de condenas penales, eximisión de prueba corroborante, prescindencia de la demás pruebas ofrecidas, ganándose un lugar fundamental en el desarrollo de la etapa confirmatoria como tal.

Para que se configure la confesión es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos⁶:

- a.- Debe ser una declaración de parte.
- b.- Debe ser personal, salvo que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro.
- c.- Su objeto deben ser hechos.

⁶ DEVIS ECHANDIA, H. “Teoría general de la prueba judicial”. Victor P. de Zavalía, 1976, t. I, pág. 562.

d.- Esos hechos deben ser favorables a la parte contraria (o perjudiciales al confesante).

e.- Debe versar sobre hechos personales del confesante o sobre su conocimiento de hechos ajenos.

f.- La declaración debe tener una significación probatoria.

g.- Debe ser consciente, expresa y terminante.

h.- El confesante debe poseer capacidad jurídica.

i.- La declaración no debe ser el resultado de métodos violentos o artificiales que destruyan la voluntariedad del acto.

j.- Debe ser seria.

1.d. Clases.

Selva Klett, camarista en la Justicia Uruguaya, en su trabajo "*Estudio Comparativo de las modalidades de declaración de parte: absolución de posiciones e interrogatorio*" distingue dos tipos de interrogatorio, que los clasifica según su finalidad y formas de efectuarse. En un primer sentido alude al interrogatorio *ad clarificandum*, especie que se endereza a lograr una mayor claridad sobre los hechos que interesan al proceso, sin una intención específicamente probatoria; por otro lado, el *interrogatorio con finalidad probatoria* persigue sí obtener la declaración de la parte sobre el conocimiento de hechos que interesan al proceso, como fuente de conocimiento del juez, ora logrando la confesión de aquélla sobre algún hecho desfavorable a su interés, ora disponiendo de una declaración que- favorable a quien la realiza- será analizada en el conjunto probatorio. A su

vez dentro de esta especie se admiten dos modalidades, el *interrogatorio informal con finalidad probatoria* y el *interrogatorio formal con finalidad probatoria*.

Dentro del interrogatorio con finalidad probatoria encontramos la absoluciónde posiciones (regulada a partir de nuestro art. 218 del C.P.C) y el interrogatorio de parte propiamente dicho. La diferencia entre uno y otro radica esencialmente en que mientras en el primero el contenido aparece propuesto de manera asertiva -por vía de “posiciones”-, en el segundo aparece a través de la pregunta.

Ampliando la clasificación anterior, y acudiendo a la que generalmente la doctrina nacional ha realizado sobre este punto, decimos que la confesión puede ser⁷:

a.- Según el lugar, judicial y extrajudicial. Será judicial cuando se presta en juicio, ante el Juez de la causa, sea esta espontánea o provocada. Será extrajudicial cuando se realice fuera de los estrados del Juzgado y de la presencia activa del Juzgador.

b.- Según el origen distinguimos la confesión espontánea de la provocada. La primera es la que se presta sin previo requerimiento del juez o de la parte contraria, en cualquier etapa del juicio y sin formalidad alguna. (ej.: Escritos presentados por las partes durante la sustanciación del litigio). La segunda es aquella que se “provoca” por petición de la contraria o por

⁷ ALSINA, Hugo. “Tratado Teorico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial” T. III. Juicio Ordinario. Ed. Ediar S.A. Editores. Buenos Aires – 1961, pág. 321/326.

disposición del juez. Presenta mayores rigurosidades formales y sólo puede exigirse en las oportunidades expresadas en la ley ritual.

c.- Según el modo: expresa o tácita. La primera cuando se presta en forma categórica, que no deja lugar a dudas sobre la intención del confesante (ej.: contestación afirmativa de la posición en una absolución de posiciones). La tácita se confecciona cuando la ley autoriza al juez a tener por confesado un hecho, no obstante no existir un reconocimiento expreso (ej.: Cuando citada una parte a absolver posiciones bajo apercibimiento, no lo hace; cuando haciéndolo, responde evasivamente). Volveremos a ocuparnos de la “ficta confessio” más detenidamente.

d.- Según la forma: verbal o escrita. En el procedimiento civil, caracterizado por ser un sistema de oralidad actuada, la confesión judicial siempre quedará instrumentada, de modo que aun siendo realizada en audiencias orales, quedan plasmadas en un documento escrito. En la confesión extrajudicial, por el contrario, puede realizarse en forma verbal o escrita, pudiendo luego probarse por otros medios.

e.- Según el contenido: simple, clasificada o compleja. Es simple cuando se reconoce un hecho sin agregarle ninguna circunstancia que restrinja o modifique sus efectos (ej.: Cuando se confiesa haber recibido una suma de dinero en calidad de préstamo). Se denomina confesión clasificada cuando el confesante reconoce el hecho pero atribuyéndole una distinta significación jurídica que restringe o modifica sus efectos. (ej.: Se confiesa haber recibido una suma de dinero pero no en calidad de préstamo sino de donación). La compleja se configura cuando el confesante agrega un hecho

destinado a destruir sus efectos pero que puede ser separado del hecho principal. (ej.: Se recibió dinero en préstamo, pero se devolvió).

f.- Según sus efectos: divisible o indivisible. Será divisible cuando puedan separarse en las circunstancias favorables de las desfavorables al confesante (confesión compleja⁸). Indivisible lo es cuando ello no puede llevarse a cabo y debe apreciarse en su conjunto (confesión simple y calificada).

1.e. Recepción legal.

Como anticipábamos, la confesión ha sido considerada a lo largo de la historia como la prueba mas completa e importante de las pruebas y cuya realización facilitaba la actuación del Tribunal y descongestionaba la actividad probatoria. Dicha realidad, no podía obviarse en la regulación procesal, acogiéndose en la totalidad de los Códigos de forma.

Nuestra normativa procesal no es excepcional y sistematizó el instituto de la confesión, con fuertes resabios inquisitivos, a partir del art. 217⁹ cuya denominación es “confesión judicial”. Si bien no es aconsejable desde la técnica legislativa establecer “títulos” al articulado de una ley, lo cierto es que nuestro código lo contempla y en esta oportunidad nos resulta útil para conocer, superfluamente, cual es el contenido de la regulación. Encontramos estipulado: la absolución de posiciones, la persona jurídica, el

⁸ Al respecto se encuentra la doctrina dividida, pues hay quienes sostienen que la fuerza probatoria de la confesión sólo puede apreciarse considerado a ésta como conjunto, como una unidad. Para otros, es divisible porque el hecho alegado por el confesante importa un elemento nuevo que no altera la naturaleza jurídica del hecho confesado y, por consiguiente, importa una excepción cuya prueba corre por su cuenta.

⁹ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465 y modif. B.O. 08/06/1995.-

pliego, el contenido de las posiciones, la citación del absolvente, la obligación de comparecer, el residente fuera de la provincia, la incomparecencia o negativa a declarar, la excepción, la absolución en el domicilio, la forma de responder, la facultad del tribunal, la negativa a responder, la pluralidad de absolventes, la intervención de las partes, las preguntas del tribunal, la prohibición de repetir posiciones, el acta, el valor de la confesión, la indivisibilidad, la interpretación favorable, la confesión extrajudicial y lo relativo a las reparticiones públicas.

A nivel nacional, y en forma semejante a nuestro orden provincial se regula la confesión a partir del art. 404¹⁰.

No realizaremos en la presente ponencia un análisis de la confesión en cuanto su regulación normativa, sino que localizamos nuestra atención en aquellos aspectos referidos a ella que responden a lineamientos antiquísimos de carácter inquisitivo y que a todas luces justifican su desaparición.

2. MODULO II

2.a. Particularidades

Habiendo efectuado un repaso, al menos tentativo, de la confesión como prueba, penetraremos en el meollo de nuestra ponencia. Descomponemos la absolución de posiciones y visualizamos cuales son las flaquezas que padece y que justiprecian su abolición.

¹⁰ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ley 17454 y modif. B.O. 27/08/1981.-

2.b. Prohibición de exigir la auto incriminación vs. Absolución de posiciones

2.b.1.- Discrepancia

Es indudable que el objetivo de “afianzar la justicia”, incluida en el Preámbulo de la Constitución Nacional, implica la exclusión de la arbitrariedad en las decisiones judiciales, de cualquier foro que sean (civil, penal, etc), e impone el mayor grado posible de verdad en sus conclusiones fácticas y jurídicas¹¹. Pero debemos tener precaución, pues en la búsqueda de esa verdad podemos avasallar principios, derechos y garantías.

El brocárdico “*nemo tenetur edere contra se*”¹² configura un presupuesto indispensable en procura de lo cierto. Por el mismo se pretende lograr una regla esencial en materia probatoria, protegiendo al individuo en su faz mas íntima y personal eximiéndolo de la obligación de aportar prueba que pueda auto incriminarlo. Bajo esta premisa, que consideramos de cabal importancia, se estructuran nuestras ideas en la presente ponencia.

El debate se sitúa entre aquellos que avalan la absolución de posiciones considerando que ninguna duda cabe de su constitucionalidad, y aquellos que, como nosotros, ven en el instituto un dejo de sin razón e intentan demostrar su inconstitucionalidad.

Entre los primeros, hay quienes han sostenido que “*la parte es naturalmente el sujeto mejor informado de las circunstancias del caso*”

¹¹ CAFFERATA NORES, Jose I. “Derecho Procesal Penal – Consensos y nuevas ideas”. Ed. Centro de Estudiantes Derecho. Año 2001. pág. 28.-

¹² “Nadie esta obligado a suministrar prueba en su contra” es la traducción real de la máxima en cuestión.

sometido a su decisión, y que uno de los fundamentos en que se apoya el instituto del interrogatorio de la parte en el proceso civil lo constituye el principio de lealtad procesal y el deber de decir la verdad, poniendo de manifiesto la estrecha relación existente entre el interrogatorio libre de la parte y los principios de inmediatez, de concentración y de oralidad.¹³ Por su parte, coincide Devis Echandia señalando que la “prohibición del libre interrogatorio de las partes por el juez en el proceso civil es 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. ... 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 deber de lealtad, veracidad y probidad para toda persona que concurra a un proceso, cualquiera sea su naturaleza y finalidad. En el moderno proceso civil, considerado como instrumento para la paz y la armonía sociales, con fin de interés general y sólo secundariamente de tutela de los derechos e intereses individuales, esas restricciones al empleo del interrogatorio de las partes por el juez y por el adversario, resultan ilógicas e inconvenientes.”¹⁴ Arazi manifiesta que “La afirmación de que nadie está obligado a suministrar prueba a su contrario, carece de fundamento. En rigor, nadie está obligado a producir prueba ni a su favor ni

¹³ CAPELLETTI, Mauro. “Interrogatorio de la parte y principios generales en el proceso civil de Alemania Oriental y de la Unión Soviética”. RDJA, año 1957 N°1, pág. 9 y 13.

¹⁴ DEVIS ECHANDIA, H. “Teoría General de la Prueba Judicial”. Bs. As. 1988, T. I, págs. 563-568.

en su contra, son siempre cargas que tienen consecuencias desfavorables para quien las incumple.”¹⁵

Creemos que el argumento más atendible para afianzar la constitucionalidad de la absolució de posiciones - no por ello lo compartimos - es de aquellos que consideran que la verdad es un deber que se desprende de uno de los principios básicos del proceso: cual es la moralidad, la buena fe procesal. Así, se ha sostenido que *“el principio de moralidad, buena fe o probidad procesal, agrega una nueva responsabilidad a todos los participantes en el proceso, la de ser veraces, probos. Procura establecer deberes jurídicos generales de contenido ético (v.gr. de lealtad, de buena fe, etc.) por lo cual resulta lógico que el legislador haya previsto sanciones de tipo general al respecto. Este principio procesal busca la correcta administración de justicia en su conjunto y, al efecto, establece también penas "generales", que no significan una desventaja procesal para alguno de los sujetos procesales.”¹⁶*

Desde ya, y con el respeto que nos merecen, discrepamos con los citados maestros. No estamos en contra de la moralidad, ni de la buena fe ni mucho menos de la verdad procesal, no obstante partimos de un umbral que consideramos elemental: *“no puede concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de*

¹⁵ ARAZI, Roland. “La prueba en el Proceso Civil”. Ed. La Rocca. Buenos Aires. Año 1998, p 41.

¹⁶ BORETTO, Mauricio. “La prueba de absolució de posiciones o confesional: ¿es contraria a la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación?” L.L 2006-B 954, LLP 2006, 297.-

*aviesa artería o traición*¹⁷. No debemos desconocer que “*el hombre tiene derecho al debido proceso, y esta garantía se corresponde con un necesario modo de ser de ese fenómeno jurídico, y es un modo necesario, pues sino se respetan los principios esenciales del proceso, nos encontramos tan solo ante una apariencia de tal.*” Por ello debemos entender que “*el concepto de garantías, desde la visión de los derechos cívicos reconocidos, constituyen por su naturaleza, por su reconocimiento en el actual estadio de la cultura, en sí mismas derechos humanos.*”¹⁸

Si el debido proceso es garantía de la persona por el solo hecho de ser derecho en sí mismo, y que implica un derecho-garantía con reconocimiento supra legal, de carácter constitucional y ampliamente receptado en los tratados internacionales, jamás podemos introducir a nivel local instituciones que pongan en peligro su vigencia, pues eso llevaría a poner en “jaque mate” a la justicia misma. Si en la compleja búsqueda para reconstruir la realidad priorizamos la verdad real por sobre los medios utilizados para alcanzarla, estamos indudablemente priorizando el autoritarismo frente al garantismo. Si dotamos a una de las partes de la infranqueable facultad de exigirle a la contraria que declare contra si; si la consecuencia de su negativa es darle por cierto lo que la contraria alega como verdad; si es la ley misma la que impone la obligatoriedad de “decir la verdad” y hasta de prestar juramento, estamos afectando los principios

¹⁷ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “Introducción al Estudio del Derecho Procesal” Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina. 1995.pág. 262.

¹⁸ GONZALEZ CASTRO, Manuel A., “Jerarquía, aplicación y eficiencia de las garantías procesales en los pactos internacionales de derecho humanos”. Rev. Actualidad Jurídica – Región Cuyo. Enero 2007. Año I, Vol. 9, Mendoza, San Juan, San Luis – Argentina, pág. 1051

básicos sustentadores de un sistema democrático, perturbando las garantías esenciales del hombre libre y menoscabando el garantismo procesal. En fin, *“si se considera el proceso como algo ajeno de la naturaleza de los derechos que son en él deducidos para que sean determinados y tutelados, no solo se niega el resultado, es decir la justicia, sino que se altera también profundamente la intrínseca naturaleza y conformación jurídica de los derechos”*¹⁹. Siendo la justicia un fin por alcanzar, el resultado y modo de llegar a ella están indisolublemente unidos, pues propugnamos un cambio de pensar.

2.b.2.- Marco legal.

Localizando el debate desde el ordenamiento jurídico, nuestra Constitución Nacional, al regular las “Declaraciones, derechos y garantías” fija una regla radical: **“nadie esta obligado a declarar contra sí mismo”**²⁰. Se ha discutido si dicho precepto constitucional es aplicable solo al ámbito penal o atrapa también al campo civil²¹. Nos inclinamos por esta segunda

¹⁹ MONTERO AROCA Juan. “Proceso Civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”, por Girolamo Monteleone. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pág. 106.

²⁰ Constitución de la Nación Argentina. Art. 18: Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente (...). Art. 8.2 C.A.D.H.

²¹ Consecuentemente, las respuestas posibles al interrogante precedente pueden ser dos: (i) o bien, este medio de prueba siempre es contrario a la garantía que prohíbe autoincriminarse, sin distinguir entre el ámbito penal y el ámbito civil. En cualquier caso nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. (ii) o bien, la prohibición rige siempre y cuando exista riesgo de autoincriminación, sea en la esfera penal o en la esfera civil. Sin embargo, carece de vigencia la mentada prohibición exclusivamente en el proceso civil -en virtud del principio de buena fe procesal- en aquellos casos en los cuales no hay posibilidad alguna de autoincriminación. BORETTO, Mauricio. “La prueba de absolución ...” L.L 2006-B 954, LLP 2006, 297.-

postura, pues debemos partir desde un concepto unitario del derecho. Creemos que nuestra constitución no circunscribe su aplicación a una rama específica del derecho, sino por el contrario, sienta los principios orientadores del derecho considerado en su conjunto. *“Declara contra sí no sólo el que confiesa hechos que puedan acarrearle una pena, sino también el que por ello pierde sus bienes o sus derechos civiles. La personalidad es una e indivisible, y tan afectada resulta por la privación de la libertad, como del uso y goce tranquilo de la propiedad”*²².

De este modo, durante el proceso, tal como ordena la norma constitucional, nadie puede obligar a la parte a colaborar con la búsqueda de la verdad en su propio perjuicio. Reputamos que el artículo de referencia no solo prohíbe obligar a la parte a declarar contra sí mismo, sino proscribire igualmente imponerle su intervención activa como órgano de prueba incriminándose por sus propios dichos.

2.c. Valor del Juramento o “promesa de decir verdad”

2.c.1.- Un condimento de inconstitucionalidad.

Como un agravante de lo desarrollado ut supra los códigos de procedimiento han introducido, al regular la absolución de posiciones una palabra mágica: el *“juramento”*, flexibilizado en algunos casos por el *“deber de decir verdad”*²³. Al referirnos a él no estamos haciendo alusión al medio

²² DE LA COLINA, Salvador. “Derecho y Legislación ...” pág. 68-

²³ “Mientras el anterior ordenamiento establecía que cada litigante podrá exigir que el adversario absuelva bajo juramento, con arreglo a sus creencias religiosas, la norma actual dispone: bajo juramento o promesa de decir verdad. Existen pues, dos innovaciones. De un lado, no se exige que el juramento lo sea con arreglo a creencias religiosas. Por ende, se podrá jurar por la patria, por el honor.

probatorio antiquísimo²⁴, sino mas bien a *“la declaración de voluntad, con la cual el jurante quiere constituir para sí un compromiso, un vínculo de naturaleza no solamente religiosa o moral, sino también jurídica”*²⁵ o bien a *“la auto-maldición condicional, que consiste en una fórmula que pronuncia un individuo-quien jura- en cuyos términos él invoca contra sí mismo sanciones más o menos graves para el caso de que sus manifestaciones no sean verídicas”*²⁶ Cualquiera que sea el concepto, el juramento o promesa de decir verdad, no debiera estar previsto por los códigos de provincia ni en el Código Procesal de la Nación²⁷. Él condimenta la ruptura o quiebre que existe entre la legislación de forma y los principios constitucionales que prohíben la auto incriminación, pues el absolvente no solo debe someterse al peligro de perjudicar sus propios intereses a través de sus dichos, sino que ley misma autoriza a coaccionarlo con sus principios morales, éticos o religiosos a decir la verdad.

Cabe alarmarse si logramos visualizar la doble sanción que la ley impone al absolvente, pues si optare por no decir la verdad – para no

Del otro, se permite que el absolvente formule solamente “promesa de decir verdad”. FERRER MARTINEZ, Rogelio. “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba” T. I. Córdoba – 2000, pág. 403.

²⁴ Caracterizado como la declaración de ciencia, o sea, y más correctamente, la declaración informativa de lo que el declarante sabe. Debe distinguirse con la confesión toda vez que en la primera la declaración se hace sobre hechos favorables al declarante.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”. Ediciones Jurídicas Europa-América S.A. Buenos Aires. Año 1972, pág. 178.

²⁶ H. LEVY BRUHL, “La preuve Judiciaire, pág. 97” Ob. Citada por FABREGA PONCE, Jorge. “Medios de Prueba. La prueba en materia civil, mercantil y penal”. Tomo I. Ed. Plaza y Janés, Bogotá. Colombia. Año 2001, pág. 69.

²⁷ Código Procesal de la Nación. Art. 404 que dice: “Las posiciones se formularán bajo juramento o promesa de decir verdad y deberán versar sobre aspectos concernientes a la cuestión que se ventila.”

perjudicarse – no solo se somete a las consecuencias adversas que la ley procesal establece por ello, sino también queda sujeto al castigo de su propia conciencia, de Dios, de la autoridad divina o de la persona a quién crea deba rendirle cuentas.

No justificamos, ni desde el plano jurídico ni desde la perspectiva práctica²⁸, su razón de ser, y consideramos que se trata de una verdadera incongruencia no concebible en un sistema que se dice democrático y de derecho como el nuestro.

2.d. Oficiosidad e inquisitivismo en la absolución de posiciones. Prejuzgamiento.

Nuestro Código de procedimiento local establece en el art. 233 que en la absolución de posiciones el tribunal podrá hacer las preguntas que estime conducentes a la averiguación de los hechos alegados. Concordantemente, el art. 240 al eximir al Estado de absolver posiciones autoriza al juez a solicitarle, de oficio, los informes que juzgue necesarios. Sin entrar en el análisis respecto a si la norma refiere a preguntas o posiciones, a quiénes son los destinatarios de las mismas, a cuál puede ser el contenido de ellas y a cómo pueden ser las conductas asumidas por las partes, retrocedemos un paso, desviamos nuestra atención y nos avocamos a examinar una cuestión previa, presupuesto esencial, para el estudio de aquellos debates. Nos preguntamos ¿puede un juez efectuar “preguntas” o solicitar “informes”? y en su caso ¿puede configurarse prejuzgamiento?. Respondemos

²⁸ Infra se desarrolla el porqué de la poca practicidad de la absolución de posiciones.

negativamente al primero y afirmamos la segunda cuestión. Damos nuestras razones.

2.d.1. Juez y prueba. Una combinación inconcebible.

El enclave de este punto crucial se abanica en dos parámetros diversos: a) de privilegiarse al máximo el principio de verdad material, se opacan las exigencias del principio dispositivo, pues el contenido de la decisión debe ser moldeado sobre esa “verdad”, consistiéndose el juez un obrar exploratorio activo y el dictado de providencias ultra petita, lo que acontece en los ordenamientos socialistas por razones ideológicas o filosóficas. b) si, opuestamente, el principio de verdad se halla colocado en rol tributario de otros que se reputan subordinantes – en particular el principio dispositivo – su necesaria conciliación determina la restricción y límites del accertamento de los hechos o del poder de indagación de los jueces, que sólo podrán concurrir de un modo complementario, a la actividad principal de las partes”²⁹

Partiendo de la idea de proceso como *“método de discusión (civil o penal) que supone un debate dialéctico y civilizado, entre dos partes, actuando en un plano de igualdad, ante un tercero imparcial, imparcial e independiente”*³⁰ no podemos avalar bajo ningún aspecto que el juez infrinja

²⁹ MORELLO, Augusto M. “La Prueba – Tendencias Modernas” Ed. Librería Editora Platense S.R.L. – Abelado Perrot S.A.E e I. Buenos Aires. 1991, pág. 20.

³⁰ BENABENTOS, Omar A. “Esbozos de la Teoría General Unitaria del Derecho Procesal – Teoría Unitaria del Proceso”. Ed. Juris – Rosario, Argentina, 2001, pág. 167. Por su parte Alvarado Velloso define el proceso como “el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad. Y no otra cosa” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “Introducción al estudio ...pág. 44

esa imparcialidad para convertirse en parte interesada en el proceso. Son siempre las partes quienes deben y tienen el deber de confirmar sus pretensiones. De no hacerlo, o de hacerlo deficientemente, carece de fundamento la pretensión (o negación interpuesta) y el juez deberá fallar en su contra.³¹

Debemos mantener siempre la trilogía propia del proceso, donde ambas partes arriman sus pretensiones – y las justifiquen a partir de la demostración fáctica en la etapa respectiva– ante un tercero imparcial e independiente que juzga.

Para que el proceso pueda ser considerado “*debido*”³² debe respetar la igualdad de partes y la imparcialidad del juzgador, debe siempre defenderse la relación triangular existente en él, donde actor y demandado estén ubicados en un mismo andamiaje y el juez, tercero imparcial, solo se encargue de resolver la contienda en base a las herramientas jurídicas que por su conocimiento posee y en razón a las pruebas corroborantes que las partes arriman a su conocer. “*Un juez neutral (ni uno ni otro) es el que no interviene de manera activa en la marcha del proceso, y no participa en la*

³¹ En todos los casos el Juez debe fallar “conforme lo indican las reglas de la carga probatoria, de aplicación objetiva, y sin necesidad de involucrarse en el problema por justa que le parezca la solución a darle”. MONTERO AROCA Juan. “Proceso Civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”, por Alvarado Velloso. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pág. 247.

³² “Si se intenta definir técnicamente la idea del debido proceso resulta más fácil sostener que el aquél que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y como tal imparcial, imparcial e independiente).” ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “Introducción al estudio.... pág. 250

*investigación de los hechos ni en la formación de los elementos de convicción.”*³³

Los parámetros opuestos, amparados en la idea del juez activo, director, procurador de la verdad y en razón de la función pública de resolver conflictos que tienen asignada y en aras de alcanzar la justicia real, consideran indispensable dotarlo de las iniciativas necesarias para la máxima eficacia en el ejercicio de su función. Suele sostenerse que “*es conveniente que el juez interrogue a las partes*”, que “*las partes tienen la carga de formular todas las alegaciones que hacen a su derecho de defensa (...) pero ello no impide que el juez aprecie los casos de excepción a fin de no vulnerar el derecho de defensa cuando ordena medidas de prueba no ofrecidas o no producidas por las partes.*”³⁴, se ha expresado en el mismo sentido que “*el mismo juez puede de oficio hacer las preguntas que juzgue oportunas para su mejor esclarecimiento*”³⁵ En suma, estas manifestaciones son de quienes se amparan en un sistema publicista del proceso y de fuertes resabios inquisitivos, al ver al juez como sujeto “*todo poderoso*”, quitándole su rol de tercero imparcial para ubicarlo a la par del pretendiente y el resistente afectando la igualdad, vulnerando la imparcialidad y agravando los demás principios propios del sistema procesal adecuado.

“Nos venden a todos nosotros la idea de que nunca más un juez espectador, ni un juez tirano pero sí un Juez director. Pero no diciendo con

³³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Conferencia brindada en Santiago de Chile, Universidad Andres Bello, 18 de octubre de 2005. <http://www.unab.cl/fcj/temp/alvarado.htm>. Consultado el día 1/09/2007 10:31 hs.

³⁴ ARAZI, Roland. “La prueba en el...” pág. 296 y 45

³⁵ DE LA COLINA, Salvador. “Derecho y Legislación Procesal ...” pág.69.-

*exactitud en qué consiste la dirección del debate, y entonces a ese juez se le da la tarea de buscar la verdad con mayúsculas. BASTA de verdades formales, que el juez salga a buscar la verdad real”.*³⁶ *“El Juez es director del debate. Por lo tanto, en todos los países de América y como tal debe ser en nuestros ordenamientos: ¡NO UN DICTADOR NI UN ESPECTADOR!”*³⁷ En miras de mantener la imparcialidad³⁸ en el juzgador, venerar la igualdad de las partes, afianzar los demás principios procesales, y siempre en procura de respetar la garantía especial del debido proceso legal es que nos oponemos a la facultad del juez a efectuar preguntas o requerir informes, convenciéndonos que un juez neutral solo puede existir dentro de una visión garantista del proceso.³⁹ Si un juez no puede asumir el papel de parte en razón de su imparcialidad, es obvio que no puede ni debe hacer las cosas propias de las partes procesales, y que hacen a la esencia de sus calidades.

³⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “El garantismo Procesal” Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999.

³⁷ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “Conferencia brindada en Santiago de Chile,” Ob. cit. (Cita textual, incluyendo utilización de mayúscula.)

³⁸ Esa imparcialidad -latamente concebida supone el cumplimiento de ciertos deberes: Ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos); Independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; No identificación con alguna ideología determinada; Completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera. No involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso. Evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción. • Fallar según su propio conocimiento privado el asunto. En definitiva, se trata de simplificar la tarea de juzgar! Aplicando la ley primaria Utilizando siempre las reglas del onus probandi. (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Conferencia brindada en Santiago de Chile”

³⁹ Visión que exige imparcialidad en su sentido amplio (imparcialidad, imparcialidad e independencia) y respeto a ultranza de las pautas constitucionales.

Y así no ha de afirmar pretensiones, ni introducir hechos, ni probar los hechos que han afirmado otros...”⁴⁰

2.d.2. Verdad y juzgamiento. Una realidad peligrosa.

Respecto al segundo interrogante – *si existe o no prejuzgamiento* – ya hemos anticipado nuestra afirmativa opinión al respecto. Un procedimiento es un conjunto de actos procesales cumplidos por órganos predispuestos y particulares interesados ordenados de tal forma que constituyen una serie gradual, progresiva y concatenada. Ello significa que la totalidad de actos procesales están estructurados por la legislación de forma de tal manera que su realización conduzca a la resolución del conflicto por medio de una resolución fundada lógicamente y jurídicamente. Las partes, pretendiente y resistente, asumen en este largo camino un rol trascendental, pues ejercerán sus derechos de la manera que más le convenga para lograr que el juzgador resuelva al sentenciar la disputa a su favor.

Siguiendo las enseñanzas de Alvarado Velloso, un proceso para que sea tal y no otra cosa, debe estar constituido siempre e inexorablemente por la totalidad de los elementos que lo componen colocados en un orden lógico, donde cada uno es el precedente lógico del que sigue y, a la inversa, donde cada uno es el consecuente lógico del que le precede. Las fases o los elementos de toda serie procesal son:

- afirmación: donde se manifiesta la pretensión del actor,

⁴⁰ MONTERO AROCA Juan. “Proceso Civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”, por Alvarado Velloso. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pág. 229.

- negación: permite al demandado oponerse a la pretensión del actor,
- confirmación: permite a las partes allegar al juez los medios acreditantes de las respectivas versiones,
- conclusión o alegación: cada parte hace una evaluación del aludido material, encuadrando los hechos acreditados en la norma jurídica que rige el caso sometido a juzgamiento.

Si falta alguna de ellas o se invierte su orden no existe proceso.⁴¹ Sostenemos que el juez al efectuar interrogantes o al solicitar informes que juzgue necesarios menoscaba las garantías constitucionales, pues implica un verdadero prejuzgamiento atacando por ende los principios de imparcialidad e igualdad de las partes.

Hay prejuzgamiento por no respetarse esa secuencia lógica que mencionamos. Pre – juzgar significa juicio u opinión sobre algo antes de tener verdadero conocimiento de ello o bien decidir las cosas antes de tiempo y sin tener cabal conocimiento de ellas. La convicción que debe tener el juez a la hora de fallar no debe ser producto de su propia actividad, que lo ha llevado a ese nivel de verdad, sino que debe ser el fruto de la actividad confirmatoria de las partes y de los datos probatorios que ellas hayan producido e incorporado al proceso. Ello justifica que la sentencia, como acto de autoridad, no integre la serie procesal antes vista al configurar el objeto mismo del proceso. Si por el contrario, autorizamos al juez a desplegar una actividad probatoria permitiéndole en la etapa de confirmación (reservada

⁴¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Introducción al estudio del derecho procesal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, t. I, Pág. 237.

siempre a las partes) ofrecer y diligenciar prueba (al poder efectuar preguntas en la absolución de posiciones y solicitar informes a reparticiones públicas bajo apercibimiento de tenerla por confesa en caso de silencio) estamos indudablemente rompiendo con ese eje lógico que debe respetar el proceso poniendo en tela de juicio incluso su carácter de tal. El juez no puede sino una vez cumplidas las etapas mencionadas (de afirmación, negación, confirmación y alegación) resolver la cuestión ni mucho menos anticipar, ni siquiera mínimamente, cual va a ser su resolución final. Sólo una vez que se hayan cumplido dichas etapas y siempre con el caudal informativo que LAS PARTES le suministren podrá dictar resolución conforme a derecho. Solo así podremos hablar de proceso.⁴²

2. e. Ficta confessio

2.e.1. - Valor del Silencio

“*El que calla nada dice*” y “*El que calla otorga*” son dos aforismos clásicos que han sido motivo de grandes disputas en el campo jurídico, pero ¿Cómo debe valorarse el silencio en materia confesional?. El absolvente que calla... ¿nada dice? o ¿dice todo? En nuestro ordenamiento procesal la citación para absolver se realiza bajo apercibimiento de que si el absolvente incompareciera sin justa causa a la audiencia fijada para tal efecto *podrá* ser tenido por confeso en la sentencia. (art. 222 C.P.C.)⁴³. Lo mismo sucederá

⁴² Nos enseña Alvarado Velloso que “el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios.” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “Introducción al estudio del Derecho Procesal. Primera parte.” Ed. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe,1995, pág. 250) – Cita textual, incluyendo utilización de mayúsculas.

⁴³ Con anterioridad a la reforma se empleaba un verbo imperativo (será tenido por confeso).

cuando compareciendo se negare a declarar o diere respuesta evasivas (art. 225 C.P.C)⁴⁴.

El debate que resurgimos, y que tiene ya sus siglos de discusión, nos sitúa en el campo de la confesión ficta. Referíamos a ella cuando clasificábamos la confesión, y caracterizamos la ficta como judicial, provocada, y tácita, definiéndola como el efecto jurídico de tener por confeso al absolvente de todas las posiciones contenidas en el pliego (en caso de incomparecencia a la audiencia), o de las posiciones que se ha negado a contestar o lo ha hecho evasivamente.

La ficta confessio surgió como medida coactiva (poena confessus) para asegurar la comparecencia del citado. Se ha intentado a través de los apercibimientos legales amedrentar al absolvente a comparecer y a decir la verdad. No obstante ello, la práctica vislumbra otra realidad⁴⁵. En los estrados tribunalicios una ínfima parte de las absoluciones de posiciones se efectivizan, en tanto que en la otra solo reina el silencio. Y es allí, donde nace nuestra preocupación, pues si esta consecuencia legal, que nació como excepción a la regla, con fines meramente coactivos, hoy se ha transformado en la regla, debemos necesariamente combatir su existencia. Nuestra legislación le da al silencio un carácter positivo, teniendo por confeso de todo lo que el otro manifiesta *a quien nada dice*. Damos algunas

⁴⁴ El art. 489 del C.P.C. establece que “Quien haya de declarar sobre hechos relativos a su personalidad, será citado bajo apercibimiento de ser tenido por confeso si no compareciera. Asimismo será tenido por confeso si habiendo comparecido se negare a declarar (...)” Ambos artículos contradicen con el art. 229 del CPC el cual establece que el tribunal **dará** por confeso aquellos hechos que el absolvente “olvide” cuando las circunstancias hicieren inverosímil la contestación.

⁴⁵ Infra se analiza cual es la incidencia práctica que tiene la absolución de posiciones.

razones por lo cual despreciamos el efecto jurídico que le atribuye nuestra legislación al silencio (o lo que es lo mismo, a la ficta confessio), a saber:

a.- No existen, en cuanto a sus efectos, diferencias entre una confesión expresa y una ficta (entre quién manifiesta que “algo” es cierto, de quien nada dijo al respecto). Pues si bien hay quienes consideran que la distinción esta dada en la valoración que de cada una de ellas hace el juez, toda vez que la primera hace plena prueba mientras que la segunda debe valorarse conforme a la sana crítica racional⁴⁶, lo cierto es que la ley no contempla dicha realidad. Nuestro código establece que *“quien haya de declarar sobre hechos relativos a su personalidad, será citado bajo apercibimiento de ser tenido por confeso si no compareciera. Asimismo, será tenido por confeso si habiendo comparecido se negare a declarar”* (art. 489 CPC) y el art. 229 establece que *“si el absolvente manifestare no recordar el hecho que se le pregunta, a pesar de ser apercibido, el tribunal lo dará por confeso en la sentencia ...”*. Los referidos artículos son claros, y hacen innecesario realizar precisiones al respecto. No podemos darle a la ficción el mismo valor y alcance que a la misma realidad.

b.- No pueden evadirse las etapas propias del proceso so pretexto del silencio de parte.

⁴⁶ *“La confesión ficta no es, entonces, imperativa para el juzgador, que deberá valorarla conforme el principio de la sana crítica racional.”*. FERRER MARTINEZ, Rogelio. “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba” T. I. Córdoba – 2000, pág. 408. *“las posiciones dadas por absueltas en rebeldía por incomparecencia injustificada del absolvente que ha sido debidamente citado, producen plena prueba”* ALSINA, Hugo. “Tratado Teórico Práctico ...” pág. 377.

c.- No puede la confesión ficta suplir la actividad probatoria del interesado, ni mucho menos hacer plena prueba de los hechos alegados en las posiciones⁴⁷.

d.- No es concebible que el Estado, para liberarse del proceso de un modo más expeditivo, imponga semejante consecuencia al silencio.

e.- No se puede, frente a la contradicción e incertidumbre normativa, dejarse librado al Juzgador la facultad de optar por tener o no tener por confeso al remiso de comparecer.⁴⁸

f.- Se utiliza la confesión ficta más que como prueba corroborante, como argumento “tranquilizador de la conciencia del juez”, quien a la hora de fallar inserta su firma con sosiego amparándose en los apercibimientos legales y no en la verdad debidamente corroborada de quién la invoca.

g.- Configura una excepción al principio básico del “in dubio pro...”. En caso de duda debe siempre el derecho proteger a la parte más débil, a la parte de mayores flaquezas. De este modo, sí partimos de considerar que el ponente es quien tiene la potestad de “crear las posiciones” (art. 218 CPC), de citar al absolvente bajo apercibimiento de tenerlo por confeso (art. 222 CPC, 409 CPN), de obligarlo a comparecer (art. 223 CPC, 420 CPN), de someterlo a juramento o promesa de decir verdad (art. 218 CPC, 404 CPN); y a su vez, el absolvente, a más de ello, debe contestar la totalidad de las posiciones impuestas y de una manera clara y no evasiva (art. 225-229

⁴⁷ En contrario se ha sostenido que las posiciones dadas por absueltas en rebeldía a quien ha sido debidamente citado, producen plena prueba aun cuando se refieran a hechos negados expresamente en la contestación de la demanda. (CNCiv. Sala F, 13/2/69, L.L. T. 135, pág. 533)

⁴⁸ En nuestra legislación provincial se usa el término potencial “**podrá** el juez...” en cierta normativa, mientras que utiliza el imperativo “**será**” en otras.

CPC, 417 CPN), sumado a la presión psicológica que todo el entorno implica, indudablemente es el absolvente la parte más endeble. Es a él a quien debe proteger y no castigar el derecho.⁴⁹

h.- Si hemos arribado a la tajante conclusión de que la absolución de posiciones es arbitraria e inconstitucional, con mayor razón la confesión ficta lo es.

“No hay (estamos hablando en el Derecho Civil) un derecho al silencio; no está consagrado en la ley procesal de allí que, sin atentar contra los derechos de defensa ni llegar a impulsar una conducta que le obligue a producir elementos susceptibles de esgrimirse en su contra ni a establecer una autoinculpación, corresponderá examinar y evaluar en qué medida esa conducta incide en la acreditación de los hechos”⁵⁰, pero jamás darlos por confesos. (la distinción en negrita me pertenece)

2.e.2.- Rebeldía y confesión. Contenido

Otra gran disputa en torno al silencio y la confesión ficta se presenta en cuanto al contenido de la misma, se preguntaba al respecto el Dr. Julio Chappini, “Cuando *la confesión ficta*, ¿Qué confesamos?”⁵¹

Se hace necesario distinguir dos situaciones (partiendo de la hipótesis que el absolvente es el demandado). La primera se configura cuando, ordenado el traslado de la demanda e iniciada la fase procesal de negación,

⁴⁹ El art. 238 del CPC aplica el principio que propugnamos, pero sólo cuando la duda radica en la complejidad para determinar el alcance del hecho confesado por el litigante.

⁵⁰ MORELLO, Augusto M. “La Prueba – Tendencias ...” pág. 105.

⁵¹ CHIAPPINI, Julio. “Cuando la confesión ficta, ¿qué confesamos?”. Rev. La Ley Córdoba. Año 24, N°5, Junio 2007, pág. 462.

el demandado la contesta oponiéndose a la pretensión del actor (hecho lógico y habitual de oposición). La segunda alternativa se conforma cuando siendo citado no comparece o bien ordenado el traslado de la demanda se abstiene de contestarla (rebeldía). En estos casos y operada la confesión ficta ... ¿Qué se confiesa?

La segunda alternativa mencionada – no contestación de la demanda – no será tratada aquí por no generar grandes controversias.

En cuanto a la primera alternativa – contestación de la demanda – debemos hacer una doble distinción:

a) Si se niegan los hechos afirmados por el actor (acto propio de oposición).

b) Si se “somete” a los hechos argüidos por el actor.

En el punto b) no existirá mayores problemas para responder el interrogante, pues al no existir hechos controvertidos – no negarse la afirmación – carece de todo sentido abrir a prueba la causa, toda vez que los hechos ya están confirmados.⁵²

En el punto a), en cambio, el asunto es mas espinoso, pues la doctrina y jurisprudencia es divergente al respecto. Para un primer sector, que no compartimos, la confesión ficta produce como una especie de “prueba total” ya que las posiciones dadas por absueltas por incomparecencia injustificada del absolvente producen plena prueba *aun cuando se refieran a hechos negados expresamente en la contestación a la*

⁵² Alsina considera que en este supuesto se configura la confesión expresa por allanamiento. ALSINA, Hugo. “Tratado Teorico...” Ob. cit. Pág.324.

*demanda o cuando en la contestación no haya mediado denegación formal de los hechos afirmados en ella*⁵³. Clarificando, por la presente se sostiene que, frente a dos actos de parte, uno positivo (negar los hechos de la demanda) y otro negativo (no comparecer a la audiencia confesional) se debe priorizar el negativo por sobre el positivo. Debe prevalecer el apercibimiento legal (“tener por confeso”) al pronunciamiento expreso de la parte (contestación de la demanda).

Creemos que en la hipótesis aludida – oposición en la contestación de la demanda e incomparecencia en la absolución de posiciones - debe privilegiarse la primera situación por sobre la segunda. Debemos estar por lo que el demandado expresó oportunamente en la demanda por ser éste el acto propio instituido por la ley para ejercer el derecho de defensa. De este modo y bajo estas ideas, si un hecho “x” ha sido negado como cierto en la contestación de la demanda (manifestación expresa del demandado) no puede luego tenérselo por real si el demandado no satisface la carga legal de declarar contra si mismo (inexistencia de manifestación alguna). No debemos olvidar que *la “confesión judicial puede hacerse en los escritos del pleito, en las audiencias y en la absolución de posiciones”* (art. 217 C.P.C). Entonces nos preguntamos ¿Por qué priorizar una confesión ficta sobre una expresa? ¿Por qué atribuir un mayor valor al silencio que a la palabra? No es posible responder, pues no existe razón que avale dicho privilegio. Insistimos en un cambio de pensar.

⁵³ ALSINA, Hugo. “Tratado Teórico Práctico ...” Ob. cit. pág. 377.

2.f. Inutilidad practica de la absoluci3n de posiciones.

No podemos dejar de soslayar en esta ponencia la total e indudable inutilidad que supone la confesi3n y m1s particularmente la absoluci3n de posiciones en el proceso. Estamos, a m1s de los argumentos vertidos en cuanto a su contenido te3rico, sumamente convencidos de que la absoluci3n de posiciones no s3lo es una prueba que desde una mirada constitucional debe abolirse, sino tambi3n que desde la practicidad carece de toda utilidad.

Caracterizamos a la absoluci3n de posiciones como prueba carente de objeto pr1ctico, o bien de una escasa utilidad pr1ctica, toda vez que el litigante de buena fe no har1 confesi3n alguna que le perjudique, ni se auto incriminar1a jams1 sabiendo lo que ello implica; y el de mala fe nunca dir1 la verdad, mentir1 sin escr3pulo y sin conciencia. Quien llegare a confesar lo hace con pleno desconocimiento de lo que ello implica, quien no lo hace, tambi3n. En cuanto a las consecuencias legales, tanto para uno como para otro ninguna sanci3n se establece. *“Sucede que en nuestra legislaci3n la forma de las posiciones y la falta de sanci3n para el declarante que miente, ha transformado a este medio de prueba en un ritual carente de significado ya que el absolvente se limita a negar una por cada posici3n y ah1 termina el acto.”*⁵⁴ Por su parte, es indudable que *“el sentimiento religioso no es ya el*

⁵⁴ “Poca importancia se da en nuestro pa1s a la prueba oral porque los jueces desconf1an de las declaraciones de las partes y de los testigos. En el derecho anglosajon, por el contrario, los jueces creen menos en los documentos que en la prueba oral porque ellos no est1n al corriente de las circunstancias en que tales documentos se formaron; en cambio, hay una predilecci3n notable por el testimonio; en primero lugar porque en materia civil no existen las incapacidades y las prohibiciones de testimoniar dispuestos por nuestros c3digos; en segundo lugar, porque las partes mismas tienen el derecho (y el deber, a instancia del adversario) de prestar declaraci3n y decir la verdad.” SERENI, Angel Piero. “El proceso civil en los Estados Unidos” Trat. Santiago Sentis Melendo, Ejea, Bs. As., 1958, p. 21. Ob. citada en ARAZI, Roland. “La prueba” Ob. cit. p1g. 306

*que mueve a la humanidad, sino el interés y nadie por respetos a una formalidad lastimará sus conveniencias”.*⁵⁵

En cuanto a las posiciones, a más de estar redactadas por abogados – por lo general se establecen de forma tal que conducen a la confusión y a una indefectible confesión – y ser respondidas por el absolvente – sin poder valerse de borradores ni mucho menos de los consejos de su defensor – resultan ser artificiales e inconvenientes, colocando a ciertas personas en un virtual estado de indefensión. Además, la negativa y tergiversaciones de los hechos son en muchas ocasiones obra exclusiva de los apoderados o abogados, que sin prurito alguno se “tiran un lance” por si el absolvente no comparece o se confunde. No debemos desconocer tampoco que la terminología empleada por los ponentes esta teñida de imprecisiones y vaguedades que intencionalmente están dirigidas a “provocar” la confesión de la contraria. Expresa Julio Chiappini: *“De allí que siempre que redactemos un pliego hay que deslizar al menos una posición fatal para el absolvente por si inasiste. Y conviene que no sea la primera pues si de entrada le enrostramos tamaño peligro ya queda despabilada para toda la audiencia. Digamos que hay que “ir llevándolo” para ver si pisa el palito. Y si es que no lo pisamos nosotros antes como chorlitos”* concluyendo que *“este proceso carece de patrones morales: no siempre arruina a los necios o perversos”*⁵⁶.

⁵⁵ DE LA COLINA, Salvador. “Derecho y Legislación Procesal – Materia Civil y Comercial”. T. II. Ed. J. Lajouane y Cia. Buenos Aires. Año 1916, pág.68.-

⁵⁶ CHIAPPINI, Julio. “Cuando la confesión ficta ...”. Ob. cit. pág. 463.-

A todo ello debe sumarse que *“en algunas ocasiones no es posible que las partes puedan transmitir por escrito al tribunal todo lo que saben de los hechos en discusión. Las limitaciones y exigencias formales que impetran en el proceso muchas veces impiden que una parte pueda explicar detalles o circunstancias con la amplitud y comodidad que ofrecería una declaración directa”*⁵⁷

El código vigente prevé una figura no solo inconstitucional, sino carente de toda utilidad práctica, que para nada justifica su existencia.

3. Modulo III.

3.a. Consideraciones finales. Ponencia

Al iniciar el trabajo apuntábamos que nuestro objeto era dilucidar el carácter constitucional y práctico de la absolución de posiciones siempre enfrentando el instituto al concepto de proceso que rige en un sistema dispositivo como el que profesamos. El título de la presente ponencia adelantaba cual es la posición que asumimos al respecto y en el desarrollo de nuestras ideas fuimos dando argumentos que justificaban tan basta conclusión.

No estamos en desacuerdo con respetar los principios procesales, en actuar con lealtad, probidad y buena fe en el proceso. Somos concientes de que la justicia podrá *“afianzarse”* solo si se fundamenta en la verdad, pero no avalamos que su búsqueda sea el problema esencial del Derecho, cuya

⁵⁷ FABREGA PONCE, Jorge. “Medios de Prueba. La prueba en materia civil, mercantil y penal”. Tomo I. Ed. Plaza y Janés, Bogotá. Colombia. Año 2001, pág. 409.-

misión primordial es lograr obtener y mantener la paz entre los hombres. Debemos procurar un camino correcto para alcanzar dichos objetivos, y ese camino no puede ser otro que venerando el sistema dispositivo.

Construir un sistema congruente con las pautas constitucionales, garante de los derechos individuales y procurador de la paz y la seguridad de los hombres no es tarea fácil, pero esta en nosotros cooperar desde nuestras ideas a un cambio de pensar.

A modo de conclusión de la presente ponencia y recordando la idea de proceso como aquella *serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad (juez o árbitro)*⁵⁸, considerando los principios procesales esenciales que lo gobiernan⁵⁹, y conceptualizándolo al debido proceso como aquel que respeta todos y cada uno de ellos, afirmamos que la absolución de posiciones constituye un verdadero resabio de la inquisición, dado que:

- contradice un precepto constitucional de carácter inderogable como es la prohibición de declarar contra uno mismo.
- se procura a través de ella descubrir la verdad real, sin importar la forma y los sujetos legitimados para alcanzarla.
- se estructura como medio de prueba y no como medio de defensa.
- afecta la imparcialidad del juez al estar facultado para formular preguntas y solicitar informes, toda vez que se coloca a la par de las partes.

⁵⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “Introducción al ...” ob. cit. pág.234.

⁵⁹ La doctrina acepta que son: 1) la igualdad de partes litigantes; 2) la imparcialidad del juzgador; 3) la transitoriedad del proceso; 4) la eficacia de la serie procedimental; 5) la moralidad en el debate.

- se vulnera la igualdad y logicidad propia del proceso al darle por confeso los hechos alegado por la contraria en la confesión ficta. No se contempla una verdadera igualdad de armas entre el ponente y el absolvente, lesionándose el dialogo que el legislador pretende en el proceso.

- atropella la moralidad procesal al utilizarse como medio de debate teñido de engaño y traición.

- en fin, se enrola en un sistema inquisitivo por repugnar la esencia lógica del proceso.

El razonamiento es el siguiente: si la constitución nacional establece en sus postulados el debido proceso legal, si éste no implica sino el respeto a los principios propios del proceso, si los principios esenciales del proceso son la igualdad de partes y la imparcialidad del juzgador, si la absolución de posiciones es vista como una herramienta para obtener certezas en las pretensiones de las partes, y si por medio de ésta el juez esta facultado para indagar a las partes, solicitar informes y dar por confeso hechos alegados por la contraria, concluyo que la absolución de posiciones se transforma en un medio probatorio inconstitucional al quebrantar los principios de igualdad e imparcialidad del proceso, y con ello abatirse la idea del debido proceso.

Como punto final me atrevo a transcribir la siguiente expresión:
“Tomando partido por la Constitución -y no por la leyes- en esta pelea se debe propugnar un sistema procesal civil que defienda la libertad, el derecho de la garantía del debido proceso y de todo ciudadano a ser juzgado imparcialmente por el juez y colocado en pie de igualdad frente a su contradictor. Todo esto, con absoluta bilateralidad de la audiencia y sin la

asunción por el juez de tareas que no le incumben en un régimen libertario como el de la Constitución Nacional. GARANTISMO PROCESAL⁶⁰

Bibliografía

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: “Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución nacional (1853-2003)”. Tomo II. Córdoba. 2003.

Acosta, José V. “Visión jurisprudencial de la prueba civil”. T. II. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. Año 1996.

Alsina, Hugo. “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial” T. III. Ed. Ediar S.A. Editores. Buenos Aires. 1961.

Alvarado Velloso, Adolfo. “Introducción al Estudio del Derecho Procesal” Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina. 1995.

- “*Conferencia brindada en Santiago de Chile, Universidad Andrés Bello, 18 de octubre de 2005. Consultado el 1/09/2007 a las 10:31 hs.* <http://www.unab.cl/fcj/temp/alvarado.htm>.”
- Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, “*El garantismo Procesal*”. Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999.
- “Introducción al estudio del derecho procesal” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina. Año 1997, t. I.

Arazi, Roland. “La prueba en el Proceso Civil”. Ed. La Rocca. Buenos Aires. Año 1998.

Benabentos, Omar A. “Esbozos de la Teoría General Unitaria del Derecho Procesal – Teoría Unitaria del Proceso”. Ed. Juris – Rosario, Argentina, 2001.

⁶⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Conferencia brindada en Santiago de Chile ...” ob. cit. (Cita textual, incluso utilización de mayúscula.)

Boretto, Mauricio. “*La prueba de absolució n de posiciones o confesional: ¿es contraria a la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminaci3n?*” L.L 2006-B 954, LLP 2006, 297

Cafferata Nores, Jose I. “Derecho Procesal Penal – Consenso y nuevas ideas”. Ed. Centro de Estudiantes de Derecho. Córdoba. Año 2001.

Capelletti, Mauro. “Interrogatorio de la parte y principios generales en el proceso civil de Alemania Oriental y de la Uni3n Soviética”. RDJA, año 1957 N°1.

- “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”. Ediciones Jurídicas Europa-América S.A. Buenos Aires. Año 1972.

Chiappini, Julio. “*Cuando la confesi3n ficta, ¿qué confesamos?*”. Rev. La Ley Córdoba. Año 24, N°5, Junio 2007, pág. 463.-

Cuadrao, Jesús. “Código Procesal Civil y Comercial de la Naci3n”. Ed Depalma. Buenos Aires. Año 1972.

De La Colina, Salvador. “Derecho y Legislaci3n Procesal – Materia Civil y Comercial”. Tomo II. Librería Nacional J. Lajouane y Cia. Editores. Buenos Aires. Año 1916.

De Santo, Víctor. “El proceso civil”. T. V. Ed. Universidad. Buenos Aires. Año 1985.

Devis Echandia, Hernando. “Compendio de la Prueba Judicial. Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso”. T. I y II. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 2000.

- “Teoría General de la Prueba Judicial”. Buenos Aires. T. I. Año 1988.

- “Teoría general de la Prueba Judicial”.Victor P. de Zavalía, T. I. Año 1976.

Diaz, Juan Pablo. “*Inconstitucionalidad de las medidas autosatisfactivas*”. Rev. Actualidad Jurídica de Córdoba. Año V. Vol. 118. Córdoba. Primera quincena de Febrero 2007.

Fabrega Ponce, Jorge. “Medios de Prueba. La prueba en materia civil, mercantil y penal”. Tomo I. Ed. Plaza y Janés, Bogotá. Colombia. Año 2001.

Falc3n, Enrique M. “Tratado de derecho procesal civil, comercial y de familia”. T. III. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. Año 2006.

Fernandez, Raymundo L. “Código de Procedimiento Civil y Comercial de la capital de la Naci3n Argentina – Concordado y Comentado”. Ed. Compañía Impresora Argentina S.A. Buenos Aires. Año 1944.-

Ferrer Mart3nez, Rogelio. “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba” T. I. Córdoba – 2000

Ferreyra de la Rúa, Angelina y González Vega de la Opl, Cristina. “Derecho Procesal Civil – Demanda – Contestación - Prueba”. Ed. Advocatus. Córdoba. 1999.

- “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba – Comentado y Concordado”. Ed. La Ley. Buenos Aires. Año 2006.

Fiscella, María Edit. “Procedimiento probatorio en el juicio civil, comercial, laboral y penal”. Ed. Juris. Rosario. Argentina. Año 1996.

González Castro, Manuel A. “El derecho al recurso en el Pacto de San José de Costa Rica”. Ed. Lerner. Córdoba, 2004.

- “*Jerarquía, aplicación y eficacia de las garantías procesales en los pactos internacionales de derechos humanos*”. Rev. Actualidad Jurídica. Región Cuyo. Año I, Vol 9. Mendoza, San Juan y San Luis. Enero 2007.
- “*La Moción de Valencia. Aportes al moderno Derecho Procesal*”. Rev. Actualidad Jurídica. Región Cuyo. Año I, Vol. 11. Mendoza, San Juan y San Luis. Marzo 2007.

Martínez Paz, Fernando – Cabrera Daniel P. “El mundo Jurídico Multidimensional”. Ed. Advocatus. Córdoba, 1998.

Miranda, Juan Sebastián. “*La tutela anticipada expresión de poder absoluto y sus garantías*”. Rev. Actualidad Jurídica. Año V, Vol. 117. Córdoba. Enero 2007.

Montero Aroca, Juan. “Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2006.

Morello, Augusto M. “El proceso Justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos”. Librería Editora Platense SRL - Ed. Abeledo-Perrot S.A. 1994.

- “La Prueba. Tendencias modernas”. Librería Editora Platense - Abelado-Perrot, Buenos Aires, Año 1991.

Palacio, Lino. “Derecho Procesal Civil”. T. IV. Ed. Abeledo Perrot. Año 1992.

Zarini, Juan Helio. “Constitución Argentina. Comentada y Concordada” Ed. Astrea. Buenos Aires. Año 2004.

Martín Cruz Robles

Septiembre de 2007