

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**



INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Director: Enrique M. Falcón

EL DERECHO PROCESAL, HOY Y MAÑANA.

**Almeyra-Arazi-Berizonce-Falcón-Falke-Ledesma-Leguisamón-Masciotra-
Mosmann-Oteiza-Ponce-Sirkin-Trionfetti-Verdaguer**

Versión original del Instituto
de Derecho Procesal

Diciembre 2021

INDICE GENERAL

Prólogo.....	5
CAPÍTULO I.- <i>El proceso civil del mañana</i> , por Carlos Raúl PONCE. <i>Sumario</i> : I. Introducción. II. Punto de partida. Actualidad y necesidades reales. III. Reformas propuestas para el proceso de conocimiento. IV. Reformas propuestas para otros tipos de procesos. a) Procesos de ejecución. b) Proceso sucesorio. V. La oficina judicial. VI. La tecnología. VII. Colofón.....	6
CAPÍTULO II.- <i>El rol del juez en el proceso civil del mañana</i> , por Mario MASCIOTRA e Ignacio A. FALKE. <i>Sumario</i> : I. Prolegómeno. II. Breves anotaciones en torno al activismo judicial. III. Los operadores del proceso. Su rol con respecto al conflicto y sus ramificaciones según la decisión que se adopte. IV. Cambios de paradigmas. V. El Juez como director del proceso y su rol en la gestión del conflicto. V.1. A modo de introducción. V.2. Cada vez más lejos del “garantismo procesal”. Algunas anotaciones en torno al rol del Juez en el Anteproyecto. V.3. El proceso por audiencias. La consolidación de la intermediación y la oralidad. VI. Presupuestos necesarios para el ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes del juez. VI.1. Formación profesional. VI.2. Cambio de mentalidad. VI.3. Conciencia política. VII. Conclusión.....	21
CAPÍTULO III.- <i>Modificaciones por Acordadas y Resoluciones con incidencia en el CPCCN, tendientes a encaminar, con la digitalización, la tramitación del expediente electrónico</i> . Por Eduardo SIRKIN. <i>Sumario</i> : 1. Días hábiles, inhábiles y feriados. 2. La incorporación de escritos al sistema digital y presencialidad. 3. Pandemia y modificaciones por acordadas de la CSJN. Días de nota. 4. Operatoria de ingreso y asignación de causas y comunicaciones por oficio. 5. Los protocolos anexos y distintas formas de notificación ante la emergencia pandémica. 6. Lugares y formas para acceder a la documentación electrónica. Conclusiones.....	38
CAPÍTULO IV.- <i>¿Con la pandemia el expediente digital vino para quedarse?</i> Por Héctor -Eduardo LEGUISAMÓN. <i>Sumario</i> : I) Consideraciones preliminares. – II) La notificación electrónica en el ámbito nacional. – III) El expediente electrónico en la órbita nacional. – IV) Colofón.....	50
CAPÍTULO V.- <i>Inteligencia artificial</i> . Por Enrique M. FALCÓN. <i>Sumario</i> : 1. Introducción. 2. La inteligencia artificial. Orígenes y concepto. 3. Los autómatas. 4. Inteligencia artificial y Derecho Procesal. Los tipos de inteligencia artificial. 5. Las etapas de la electrónica en el campo jurídico. 6. La inteligencia artificial débil y los sistemas cerrados. 7. La inteligencia artificial y la prueba en el proceso. a) La prueba documental en el expediente digital. b) Informes. c) Prueba pericial. d) Pruebas por declaración. e) Reconocimiento judicial e inspección ocular. f) Prueba científica. g) Conclusión sobre la IA y la prueba. 8. La etapa de la inteligencia artificial fuerte o IA general. 9. Redes neuronales y otros aspectos. 10. Las etapas posteriores. 11. La inteligencia artificial y el Derecho Procesal Electrónico. 12. La nueva formación del abogado.....	60
CAPÍTULO VI.- <i>La garantía del contradictorio</i> . Por Roland ARAZI. <i>Sumario</i> . Introducción. 2.- Análisis de temas específicos: a) notificación de la demanda; b) divorcio por petición unilateral; c) prueba anticipada; d) hechos sobrevinientes; e) anticipo de tutela y la llamada “medida autosatisfactiva”.....	83
CAPÍTULO VII.- <i>El contradictorio “fuerte” y su operatividad</i> . Por Roberto Omar BERIZONCE. <i>Sumario</i> : I. Premisas. II. El modelo constitucional del proceso civil y la relevancia del contradictorio. 1. Un nuevo paradigma de proceso civil. 2. El contradictorio como eje de equilibrio entre los poderes del juez y el derecho de defensa de las partes. III. La evolución histórica del contradictorio. 1. Visión positivista como simple garantía formal. 2. El contradictorio como garantía fundamental del proceso dialogal. IV. Contenido del contradictorio como garantía fundamental. 1. El modelo del proceso colaborativo. 2. El paradigma cooperativo. V. Contradictorio “fuerte” y alcances del deber de cooperación. VI. Irradiaciones del contradictorio “fuerte” en el sistema de la oralidad. VII. Virtualidad del contradictorio en el ejercicio del derecho a la prueba. VIII. El juicio de admisibilidad. 1. Fijación de los hechos y de las pruebas en la audiencia preliminar. 2. El contradictorio preventivo. IX. La “paridad de armas” en el trámite probatorio. 1. Prueba incorporada sorpresivamente. 2. Cargas probatorias dinámicas y deber legal del juez de alertar a la parte. 3. Pruebas formadas fuera del	

proceso. X. El contradictorio durante la producción y asunción de las pruebas. 1. Pruebas dispuestas de oficio. 2. La recepción de los testimonios. XI. La recepción de los testimonios. 1. Técnicas de la indagación. 2. La conducción de la indagatoria. 3. Regímenes típicos. a. LEC española 1/2000. b. CGP colombiano. c. CPC brasileño. d. Las declaraciones personales en el proyecto de CPCN de 2019. e. Proyecto de CPCN de 2019. 4. Algunas líneas tendenciales. XII. La adquisición de la prueba pericial. 1. El juego del contradictorio en continuidad ininterrumpida. 2. La adecuación al proceso por audiencias. XIII. Contradictorio, verdad judicial y motivación de la sentencia. 1. La exigencia constitucional de la justa decisión del conflicto. 2. La fundamentación de la sentencia y el ejercicio del contradictorio. 3. Completitud de la sentencia, discrecionalidad judicial y respeto del contradictorio. a. Ejercicio in itinere del contradictorio y controles preventivos. b. Alcances de la discrecionalidad en la selección de las pruebas. 4. La motivación de las sentencias agrupadas o “colectivas”. a. Las técnicas de las sentencias agrupadas en la CSN. b. La debida motivación en las causas agrupadas. XIV. El empujado camino hacia un modelo participativo-cooperativo. 1. Los condicionantes culturales: la cultura del pleito. 2. Cómo superar los escollos: la inducción normativa de los nuevos comportamientos. a. Un sistema articulado de incentivos (y desincentivos). b. La visión sistemática y el aporte multidisciplinario. 3. Un abanico abierto de incentivos y disuasivos. Los mecanismos de “compulsión indirecta”. a. La instrucción preliminar preparatoria como ámbito para el logro de soluciones autocompuestas. b. Acuerdo de proposición bilateral de la demanda. c. El proceso monitorio. d. El deber legal de negociar. XV. Conclusiones.....94

CAPÍTULO VIII.- *Senderos entre lenguaje y proceso.* Por Víctor TRIONFETTI.- *Sumario:* 1. Introducción. 2. Lenguaje claro y comprensión. 3. Las capas del lenguaje y el proceso. 4. El proceso, una lucha de significados. 5. Lo extraverbal. ¡Vaya! 6. Oralidad y entonación. 7. Una escalera hacia el silencio. Entre la aseveración y la fe. 8. Los discursos del orden. ¿La “verdad” reside en la última palabra? 9. Enunciado y garantía de enunciación. 10. Conclusión.127

CAPÍTULO IX.-*Sobre el lenguaje de nuestros curiales.* Por Miguel A. ALMEYRA.....144

CAPÍTULO X.- *La interacción argumentativa en el proceso civil.* Por Alejandro C. VERDAGUER.- *Sumario:* I. Introducción. II. El lenguaje y el proceso. III. La interacción argumentativa propia del proceso civil. IV. El cambio de roles en la segunda instancia. V. Una particular situación de interacción: el problema de los intereses contrapuestos. VI. Algunas conclusiones.....150

CAPÍTULO XI.-*Reflexiones sobre la posibilidad de habilitar el juicio por jurados en materia civil.* Por Angela Ester LEDESMA.- *Sumario:*1. Introito. 2. Valor institucional del juicio por jurados. 3. Encuadre constitucional. 4. Supuestos en los que puede proceder el juicio por jurados civil. 5. Imparcialidad del tribunal. 6. ¿Existe un derecho al juicio por jurados? 7. Motivación de la sentencia y juicio por jurados. 8. Posibilidad de revisión de la decisión. 9. Reflexiones finales.....160

CAPÍTULO XII.- *Psicología y Proceso (De Wundt a las neurociencias).* Por Enrique M. FALCÓN.- *Sumario.-* A) LA PSICOLOGÍA .1. Introducción. 2. El origen “científico” de la Psicología y las escuelas. a) Estructuralismo. b) La psicología de JAMES. c) Otras escuelas. 3. Otras líneas en materia del examen de la mente. a) Psicoanálisis. b) La “Gestalt”. c) Psiquiatría y Psicología. Los analistas. d) Psicología cognitiva. d) El Conductismo. e) Las neurociencias. g) Conclusión preliminar. 3. Equipo interdisciplinario. 4. El examen psicológico del individuo. a) El enfoque psicológico mediante la teoría de la percepción. b) La percepción y su fiabilidad. 5. Los sentidos. a) Objeto y tipo de sentidos. b) Aplicaciones psicológicas en el Derecho. B) PSICOLOGIA Y DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL. 6. Psicología en el Derecho Penal. a) Insuficiencia de facultades. b) Morbosidad. c) Psicopatía y psicópatas respecto de los delitos penales. La sociopatía. d) El borderline. e) Alcoholismo. e) Estado de inconciencia. 7. El error o la ignorancia de hecho no imputables. a) Error de hecho y de derecho. b) Error de prohibición. 8. El error de tipo. 9. Errores evitables e inevitables. 10. La comprensión. 11. Las Psicología en el proceso y las circunstancias del imputado. a) Incapacidad previa del imputado. b) Incapacidad sobreviviente. c) Delitos que requieren examen mental. C) PSICOLOGIA Y DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL. 12. La evolución del Derecho en el campo de la psicología. 13. La evolución de la incapacidad en la legislación. 14. La cuestión de la salud mental. a) La protección de la salud mental. b) Las evaluaciones interdisciplinarias. c) Sordomudez. d) Convenios con las provincias. 15. El proceso incapacidad y de restricción de la capacidad. Las reglas generales. 16. La cuestión de la internación. Carácter restrictivo. 17. Legitimación. a) Solicitud. b) Edad. c) Legitimación activa interpersonal. d) Legitimación activa parental. e) Legitimación activa del Ministerio Público. |f) Legitimación pasiva del propio interesado. 18. Competencia. 19. Procedimiento. 20. Actuación del juez durante el proceso. 21. Las pruebas. 21.1. Plena capacidad. 21.2. Ofrecimiento y producción probatoria. 23.

Sentencia. a) Reglas generales. b) Persona con capacidad restringida. c) Los apoyos. d) La declaración de incapacidad. e) Alcances y registración de la sentencia. f) Revisión de la sentencia. g) Externación y cese de la incapacidad. 24. El pródigo.....171

CAPÍTULO XIII.- *Violencia de género: Vías procesales para mitigar sus efectos en Argentina (Instrumentos para evitar la revictimización)*, Por OTEIZA, Eduardo y MOSMANN, María Victoria. Sumario: 1 Aproximaciones sobre la vulnerabilidad de las víctimas. El contexto normativo. 2.- La debida diligencia del Estado frente a la violencia de género. 3.- La víctima y el proceso. 4.- La justicia penal y la justicia civil. Bibliografía.....227

Prólogo

La Pandemia COVID 19 ha producido distintos efectos sobre las relaciones y actividades de toda naturaleza. En nuestro caso debimos suspender la investigación del Instituto sobre el MODELO DE SISTEMA Procesal Civil, Comercial, Familia, Personas, Procesos colectivos y otros tipos de procesos, con bases para el futuro, debido a que un trabajo prospectivo con miras en los avances científicos existentes y los que se irán produciendo en el futuro, examinando la cuestión desde todas las áreas involucradas, incluyendo los estudios universitarios y posteriores, tareas, elementos, presupuestos, etcétera. Todo ello requiere un importante nivel de presencialidad, presencialidad que se ha perdido en los años 2020, 2021 y parte del que actualmente corre, 2022. Por esta razón, en su reemplazo, hemos considerado elaborar una tarea menor, orientada en parte en el mismo sentido.

En ese orden de ideas varios profesores del Instituto y algunos otros profesores invitados (Falke y Mosmann) que me acompañan en esta edición, han elaborado una serie de trabajos que muestran la visión del Derecho Procesal de hoy del mañana, título general que agrupa a los trabajos presentados. Ha sido un privilegio contar con la colaboración de los autores que escribieron los trabajos para esta obra. Tanto las ideas que se aportan, como las críticas que se realizan significan aspectos esenciales de la tarea del juez y del abogado, así como de los distintos operadores judiciales y marcan, además, la necesidad de una formación jurídica amplia y precisa que permita integrar el Derecho con el mundo de las Ciencias y las Tecnologías, de las que, en general, se ha apartado, provocando discusiones inútiles e innecesarias por un lado y por otro ha resuelto muchos aspectos de modo equivocado, debiendo rectificar esos criterios erróneos con el tiempo, aunque esas modificaciones, no siempre acertadas, no reparan los daños ocasionados.

El camino propuesto tiene todavía muchas cosas que atender, pues, por ejemplo, la tecnología, que es en la actualidad un aporte esencial a todos los campos del conocimiento y la actividad jurídica con sus distintas modificaciones, tienen sus propios problemas, que deben resolverse de modo conjunto. Un ejemplo lo presenta la cuestión que ha tenido que atender la sala M de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, que muestra cuanto camino nos queda por recorrer. Pero no debe ignorarse que esa misma tecnología es también un importante elemento que nos permite preservar y desarrollar del modo más adecuado el Debido Proceso⁽¹⁾.

Enrique M. Falcón

¹ Del cotejo de la videgrabación de las audiencias celebradas por plataforma virtual, el tribunal advierte, en primer término, una dedicada atención del juez al estudio de la causa y una profunda preocupación para explicar con claridad y precisión a la parte actora acerca de los pormenores del expediente y las expectativas de un caso tan sensible como el que se planteó. Sin embargo, en distintos pasajes de la audiencia el juez realizó ciertas consideraciones sobre la actuación que le pudo corresponder a la empresa demandada que, a juicio de este tribunal, podrían poner en tela de juicio la suerte futura del reclamo de la actora y abrigar en dicha parte serias dudas sobre el resultado que se le dará a su caso. Por tal motivo, como las expresiones permiten deducir la actuación futura del magistrado por haber anticipado su criterio, de manera tal que las partes alcanzan el conocimiento de la solución que dará el litigio por una vía que no es la prevista por la ley en garantía de los derechos comprometidos, la recusación será admitida. (CNCiv., – SALA M – 24/08/202. Expte – N° 28087/2017 – “Zapata, Margarita Esther s/recusación con causa” (incidente civil) – eDial.com - AAC6B4).

CAPITULO I

EL PROCESO CIVIL DEL MAÑANA

“En el proceso el tiempo es más que oro,
es justicia” (Eduardo J. Couture).

Por Carlos Raúl Ponce (*2)

Sumario: I. Introducción. II. Punto de partida. Actualidad y necesidades reales. III. Reformas propuestas para el proceso de conocimiento. IV. Reformas propuestas para otros tipos de procesos. a) Procesos de ejecución. b) Proceso sucesorio. V. La oficina judicial. VI. La tecnología. VII. Colofón.

I.- Introducción

Para analizar la temática del proceso civil ideal del mañana, al que todos aspiramos, resulta necesario que en primer lugar ubicarse en la realidad económica y social de nuestro país para ir dilucidando hasta donde podemos llegar en tal sentido.

Recordemos que ya hace más de un siglo el maestro italiano Francesco Carnelutti enseñaba que para una verdadera reforma procesal se requieren tres factores sustanciales en este orden: La excelencia del factor humano, una infraestructura adecuada con los adelantos más modernos y un ordenamiento procesal debidamente actualizado.

La capacidad intelectual de nuestros procesalistas la descontamos, como así también la posibilidad del dictado de las leyes adecuadas a las circunstancias, pero ello no es suficiente para solucionar mágicamente la problemática actual de nuestra justicia, sometida a largos y prolongados procesos con demasiadas tramitaciones administrativas, que poco a poco tornan que la comunidad, con suficiente razón, vaya perdiendo la confianza en ella, con el olvido que la finalidad del derecho procesal es social, es un instrumento de la justicia y no un fin en sí mismo.

Sin perjuicio de ello no podemos dejar de resaltar el enorme esfuerzo que muchos magistrados hacen lo imposible para solucionar esta problemática, a lo que nos referiremos más abajo.

El dilema de hoy en día es la cantidad de procesos de diferentes contenidos que se tramitan ante un mismo tribunal y sustancialmente la falta de estructuras,

*2 Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral; Exjuez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Integrante del Comité Ejecutivo de la AADP, autor de libros y trabajos de la materia. Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

entre las que comprendemos el número de juzgados, los materiales y recursos con que cuentan, como así también los edificios indispensables para llevar a cabo las tareas que se propondrán, sin dejar de lado las necesidades económicas que ello lleva aparejado y otros factores que iremos detallando más adelante.

Es por ello que para no soñar en vano corresponde adaptarse al universo actual de nuestro país y tratar de buscar las soluciones que permitan este desafío, al que se dedicará el presente trabajo, con la esperanza que sirva para ser tomado en consideración en un futuro, que esperemos, no sea muy lejano.

Desde otro ángulo y siempre con finalidad de agilizar la justicia en nuestros tribunales resulta imprescindible un cambio de actitud y mentalidad en todos los operadores jurídicos buscando la manera de instrumentar y lograr la desjudicialización del conflicto a través de negociaciones previas al proceso ya sea entre sus propios interesados o mediante la intervención de un tercero, como lo es la mediación.

No desconocemos que ello es muy difícil dada nuestra idiosincrasia pleitista, dentro de la cual los más veteranos hemos sido educados, no obstante ello, los procesalistas debemos luchar para lograr esa meta.

Decimos esto porque los que son de nuestra generación recordaran que la primera unidad en la materia Derecho Procesal Civil y Comercial era la demanda, la segunda la contestación de la demanda y la tercera la reconvencción. Es decir, el ataque, la defensa y el contraataque, sin mención alguna a las posibilidades de un acuerdo extrajudicial.

Briseño Sierra nos enseñaba que hay dos profesiones que preparan para la guerra, la militar y la abogacía agregando que ironía porque la función primordial del abogado es preservar la paz.

En el mismo sentido el maestro Augusto M. Morello nos señalaba que “La universidad no debe formar un solo estilo de abogado, el que en lo adversarial lucha para vencer al otro. La sobre carga de conflictos obliga a la disuasión y a los métodos alternativos de composición de la litis. Generar dentro de las Casas de Estudio una cultura encaminada no sólo a hacer justicia sino, además y en grado preferente a asegurar la paz social, una convivencia normal que no sea dominada por las tensiones y conflictos, sino por el diálogo y la composición directa que no deje el sabor amargo del vencido”³.

Por ejemplo, en este orden de ideas y sin que ello implique erogaciones económicas que bueno sería aplicar en nuestros procedimientos sistemas sencillos y actuales, como lo es el Discovery de Estados Unidos de América, que, si bien no lo es utilizado uniformemente en todo su territorio, supone un proceso ya iniciado e implica la limitación del conflicto, logrando la simplificación probatoria, pues esta gestión se produce antes de dicha etapa.

Los abogados se reúnen en sus estudios y analizan con sus clientes las probanzas que tienen a su alcance, inclusive examinan los testigos con los que cuentan para probar los hechos alegados, todo ello sin intervención judicial,

³ MORELLO, Augusto M. -*Avances procesales*, Rubinzal Culzoni, Santa FE, 2003, p. 102; PONCE, Carlos R. *Negociación previa al proceso-Hacia un cambio de mentalidad*, La Ley 2010-B-763.

provocan el llamado “descubrimiento”, tal es la sustancia del Discovery, de lo cual sacan sus conclusiones para desistir de común acuerdo del litigio o en todo caso limitar sus pruebas. Recordemos que en ese país el proceso judicial es muy costoso, no como en el nuestro en que en muchos casos se produce el abuso del beneficio de litigar sin gastos⁴.

Al tratar la audiencia preliminar en el proceso de conocimiento también nos referiremos a este sistema procesal.

Berizonce señala que, hoy en día, el abogado está llamado a asumir un nuevo rol, diverso y hasta contradictorio con sus tradicionales misiones, el abogado conciliador, componedor, ello supone la superación del tradicional estereotipo del abogado pleitista a través del tránsito hacia renovadas modalidades del quehacer profesional, en consonancia con los acuciantes requerimientos de este tiempo⁵.

II. Punto de partida. Actualidad y necesidades reales

Realizada esta introducción, entraremos ahora a ver en donde nos encontramos ubicados a esta fecha en las finalidades buscadas.

El actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación fue sancionado el 20 de septiembre de 1967, y con vigencia a partir del 1° de Febrero de 1968 y fue sometido a varias reformas por las leyes 20.497 (1973), 21.305(1976), 21.347 (1976) 21.708 (1977), 22.434 (1981). El texto fue reordenado por Decreto 1042 del 27/8/1981 y fue modificado nuevamente por las leyes 24.573 (1995), 25.488 (2001), 25.824 (2004), 26.061 (2005), 26.536 (2009), 26.589 (2010), 26.790 (2012), 26.853 (2013) y 27.500 (2019).

Si bien estas leyes han implicado algunas mejoras en nuestro procedimiento, ello ha resultado totalmente insuficiente pues paulatinamente ha ido perdiendo actualidad y dinámica dentro del marco jurídico en donde está destinado a regir por no adecuarse a los cambios culturales, tecnológicos o de la urgencia que se requiere en estos tiempos para supuestos especiales, es por ello que propiciaremos cambio de sustancial, dentro de las limitaciones que anunciamos precedentemente, por entender que resulta indispensable la materialización de un proceso por audiencias, basado en los principios de oralidad, celeridad y transparencia, tal como en su momento lo sostuvieron las “Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial” instrumentadas por un jerarquizado grupo de juristas designados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dentro del marco del Programa Justicia 2020, que a la postre concluyeron su labor elaborando el Anteproyecto del Código Civil y Procesal de la Nación, del cual tomaremos algunos elementos de juicio por considerarlos imprescindibles para un nuevo proceso civil.

En primer lugar, debemos señalar que resulta imposible cambiar la legislación vigente sin tener en cuenta que desde 1934, hasta el presente, las unidades de ingreso de expedientes o Secretarías Judiciales son prácticamente las mismas, pues solamente se han elevado en el número de diez desde esa data.

⁴ Esta temática la hemos tratado en la ponencia presentada en el XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, libro de ponencias, p. 301, bajo el mismo título del mencionado en la nota al pie anterior.

⁵ BERIZONCE, Roberto O. -*El abogado negociador*, J.A. 1993-III-691.

La Ley 7055 de 1910 creó 10 Juzgados Civiles con seis Secretarías cada uno, por lo que desde ese entonces se contaba con 60 unidades de ingreso de expedientes. La Ley 12.905 de 1946, creó 20 Juzgados Civiles con tres secretarías cada uno. La Ley 14.765 de 1958 aumento a 30 el número de Juzgados pero manteniendo las 60 Secretarías, o sea, dos Secretarías por Tribunal.

Ello realmente es así.

Paralelamente al Fuero Civil, la Ley 11.924 creó 40 Juzgados de Paz Letrados, posteriormente designados como Especial en lo Civil y Comercial, con una Secretaría cada uno. Por leyes posteriores se establecieron 10 Juzgados más.

Cuadra destacar que la ley 23.637, de 1988 unificó la Justicia Nacional Especial en lo Civil y Comercial con la Civil de la Capital Federal, dejando sentado que ocho de los Juzgados existentes, cuando el Poder Ejecutivo lo dispusiera, tendrían competencia exclusiva en asuntos de familia y capacidad de las personas. Esos juzgados en la actualidad son 24.

Es decir, desde mediados del siglo pasado hasta hoy en día las unidades o bocas de acceso para iniciar procesos siguen siendo las mismas, lo cual torna imposible pensar que bajo esas bases se pueda instrumentar un sistema de oralidad con el correspondiente activismo judicial como se pretende.

Al respecto y al margen de la creación de nuevos juzgados, reiteramos de imprescindible necesidad de establecer dentro del mismo fuero civil un cambio de competencias, como lo han hecho diversos Anteproyectos, lamentablemente no receptados por el poder político, y rediseñar las competencias vigentes en otras que se vayan adecuando a las necesidades actuales.

Como se adelantó se propiciara el proceso por audiencias, en la inteligencia que la oralidad prácticamente no se discute a la fecha recordando que sido adoptada por el Código Modelo para Iberoamérica, tomado con algunas modificaciones por el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay de 1988, e incluso por varias normativas de nuestro propio país, como son los nuevos Códigos Procesales de las Provincias de Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur de 2003, Río Negro, Neuquén, Mendoza, Chaco, Corrientes, entre otros.

No se puede dejar de ponderar la importante tarea asumida por los Superiores Tribunales de Justicia de diversas provincias, que con la colaboración de los colegios profesionales e instituciones especializadas, crearon protocolos para introducir el proceso por audiencias sin modificar en lo absoluto las legislaciones nacional y provinciales, como lo son, entre otros, el Protocolo para los Procesos por Audiencias de los Fueros Civil, Comercial, Contencioso Administrativo y Laboral de la Provincia de Corrientes, y de Santiago del Estero.

Dentro de ese marco de ideas es de destacar el “Proyecto de Oralidad Efectiva” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación” cuyos objetivos fueron: reducir los plazos totales del proceso de conocimiento, aumentar la calidad de las decisiones jurisdiccionales y la satisfacción del ciudadano, como lo señala Ana Clara Pauletti en el año 2019 ya 14 jurisdicciones provinciales estaban

en él incluidas en el entendimiento que era la solución para la problemática actual y a cuyos fundamentos nos adherimos⁶.

La ley provincial de 10.555 de Córdoba sigue el mismo camino.

En el ámbito nacional, tal como lo hemos indicado en trabajos anteriores y en la cátedra, no puede dejarse de mencionar la importante tarea realizada por varios jueces civiles en la medida de disponer actos procesales que implican, precisamente simplificar los procesos, todo dentro del marco procesal reglamentado, y materializando una suerte de oralidad, bastante eficaz, estableciendo la inmediatez y las audiencias preliminares y de vista de la causa.

Ello se ha logrado en forma consensuada en el Taller de Generalización de la Oralidad Civil de agosto de 2018, organizado por la Comisión de Seguimiento conformada por esos jueces y los miembros del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el entendimiento que los referidos actos procesales se encuentran entre los poderes-deberes del juez, establecidos en los artículos 34 a 36, 45 y 166 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Este enorme esfuerzo de ciertos magistrados, como se ha señalado es un importante paso hacia adelante, pero no resulta suficiente en la medida que las reformas propiciadas van más allá.

Como se ha dicho es necesario diferenciar los trámites administrativos de lo estrictamente jurisdiccional para lograr el objeto deseado.

Para ello debe separarse del proceso de conocimiento típico otros que no tienen estrictamente tal carácter y que en sustancia contienen meros actos administrativos, que son precisamente los que retardan la administración de justicia y la tornan realmente insostenible en la actualidad.

Desde otro ángulo, debe tenerse presente que es un imperativo de la época incorporar en el proceso del mañana los recursos tecnológicos que hoy forman parte de la vida cotidiana, entre los que se ubican la comunicación electrónica, los escritos y la firma digital, la video grabación para las audiencias, la preservación de información en formato digital en servidores oficiales y todo lo necesario para un futuro proceso mayormente digital.

Dada su importancia analizaremos en primer lugar las reformas propuestas para los procedimientos de conocimiento para luego continuar con los restantes tipos de procesos.

III. Reformas propuestas para el proceso de conocimiento.

Dentro del marco del proceso de conocimiento civil desarrollaremos las reformas globales que consideramos indispensables para lograr una justicia realmente eficaz y rápida que logre la confianza de los justiciables y lógicamente respete sus derechos en todos sus aspectos, siempre recalcando las posibilidades actuales de nuestro país.

⁶ PAULETTI, Ana Clara -*Nuevas estructuras Procesales*, Libro de Ponencias del XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal – San Juan Argentina 2019, p.157.

La meta lograda del acceso a la justicia, recordando al respecto las enseñanzas dejadas por el maestro Mauro Capelletti en el “XI Congreso Nacional de Derecho Procesal”, llevado a cabo en La Plata en el año 1981, fue un logro, pero no resultó suficiente, en la medida que debe ser conjugada o complementada con el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida expresamente en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional al decretar como uno de sus fines “afianzar la justicia”, como así también el artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y en las provincias de Santiago del Estero (artículos 48 y 49) y la de Neuquén (artículo 58).

Recordemos que la tutela judicial efectiva, comprende no solo el derecho a acceder a la justicia, sino que también a un proceso con todas las garantías legales, a la sentencia de fondo justa dictada en un plazo razonable y fundamentalmente, si fuera el caso, a la ejecución de la misma que es en definitiva lo que satisface las pretensiones del justiciable.

Se vincula íntimamente con la garantía del debido proceso, pues a nuestro criterio, tal como lo sostiene Peyrano, excede o supera la eficacia formal del proceso, sino que tiene una connotación más relacionada con la eficiencia, sin perjuicio de preocuparse por la eficacia⁷.

En tal sentido destacamos que el debido proceso requiere que los procesos se solucionen en un tiempo razonable con las debidas garantías a la parte demandada pero también con normas que no desalienten a quien recurre a la jurisdicción, ello dependerá de cada caso en concreto, pero siempre corresponde la diligencia judicial en la resolución del conflicto dentro de dicho plazo razonable. Recordemos al respecto que nuestro país fue sancionado por no cumplimentar este imperativo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos “Furlan” y “Forneron”, entre otros.

Para respetar completamente esta directiva, conforme las reglas del debido proceso, resulta imprescindible separar del proceso de conocimiento típico, todas aquellas tramitaciones que no resultan estrictamente jurisdiccionales para derivarlas a una oficina especial, ya estudiada por la doctrina y establecida en diversos anteproyectos, como lo es la Oficina Judicial, que tendrá a su cargo tareas típicamente administrativas. Entre esos importantes trabajos citare a los redactados por los Dres. Augusto M. Morello, Isidoro Eisner, Roland Arazi y Mario E. Kaminker para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el año 1998 y para el ámbito nacional por los Dres. Mario E. Kaminker, Cristina González de la Vega, Jorge Beade, Luis Sprovieri, Pablo Grillo Ciocchini, José M. Salgado y Cecilia Herrera en el año 2015.

Sin apartarnos de esos importantes anteproyectos, nos centraremos en el enviado al Poder Ejecutivo en el marco de la Resolución 090/97 por una comisión en ella creada dentro del ámbito del entonces Ministerio de Justicia destinada a la reforma procesal, que tuvimos el honor de integrar en representación de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Nación.

⁷ PEYRANO, Jorge W. -*Eficiencia del sistema de Justicia*, ed. “Nuevas Tácticas Procesales”, Nova Tesis, Buenos Aires, 2011, p.12.

Este Anteproyecto de Implementación de la Reforma Integral preveía, como aquí se propicia en general, la división de los actuales juzgados civiles en juzgados para la tramitación de los procesos de conocimiento, que los denominó “contradictorios” y otros destinados a las ejecuciones, a los que se tituló como “documentarios”; luego se analizará que esta idea puede también extenderse a los procesos sucesorios sin disputas entre los herederos. En el Anteproyecto se dejó sentado que tal reforma traía aparejada la implementación de recursos económicos, edilicios y muy especialmente informáticos y de comunicaciones.

Ubicados en el proceso de conocimiento típico propiciamos definitivamente la contemplación de los actos estrictamente jurisdiccionales, como lo señalamos y la adopción del sistema de oralidad por audiencias, que prácticamente hoy no se discute y que ha sido adoptado diversos códigos provinciales.

La oralidad y la presencia indispensable del juez en dichos actos procesales da preminencia al principio de inmediación, reconocido en el actual Código Civil y Comercial de la Nación (artículos 35 y 707), indican el verdadero rol del juez, que se va transformando de mero espectador a un verdadero director del proceso, tal como ocurre en la actualidad en los juzgados que instrumentan el proceso de esta manera y se recepta expresamente en el artículo 2 del Código Procesal de Jujuy.

Entendemos que la demanda, su contestación y eventualmente la reconvencción mantendrán la forma escrita, lo que no impide que se adopten por vía de reglamentación su presentación en el expediente en forma digital, tal como se permite en la actualidad debido a la pandemia que estamos sufriendo a la fecha en que efectuamos este trabajo.

Estas reglas de trabajo remoto se podrán extender a otros actos procesales por la misma vía reglamentaria, salvo las audiencias de prueba testimonial, que más abajo señalaremos y que deberán ser necesariamente presenciales.

Las audiencias imprescindibles deberán ser dos, la preliminar y la de vista de causa.

La audiencia preliminar resulta indispensable en primer lugar para que se conozcan mutuamente el juez y las partes, se intentará una conciliación, si ella resulta imposible se resolverán las excepciones previas si las hubiere, y se declarará la causa de puro derecho o su apertura a prueba, determinándose que hechos son los que estrictamente deberán estar sujetos a ella y eventualmente la designación de los peritos que correspondan

En esta instancia, el *Discovery* (al que nos referíamos en la introducción) permite ver el alcance probatorio de una manera que, si los letrados hubieran analizado extrajudicialmente sus probanzas, estarían más seguros de proponerlas o desecharlas.

Posteriormente a este acto procesal el juez dispondrá las pruebas que necesariamente se deben producir por vía documental como ser la informativa. Luego viene la principal actividad para la justa dilucidación del proceso como lo es la audiencia de vista de la causa.

Incluimos entre ellas a la prueba pericial, proponiendo que se presente unos diez días antes de la audiencia de vista de la causa, al solo efecto que las partes, sus

consultores técnicos y principalmente el juez la analicen, pero las preguntas u objeciones que se quieran efectuar deberán serlo en la referida audiencia.

Este acto procesal es seguramente el más importante del proceso pues en él se producirán la gran mayoría de las pruebas que serán valoradas por el juez en la sentencia definitiva. Es decir, se conjugarán los principios de inmediación y concentración procesal que hacen a la esencia del proceso oral.

La denominaremos audiencia de vista de la causa, por entender que esa es la más correcta, tal como lo hace el Código Procesal de Santa Fe, prefiriéndola de la designación usual de vista de causa, aunque algunos códigos procesales como el Civil Comercial y Tributario de Mendoza la titula audiencia final o el de Tierra del Fuego que la llama audiencia complementaria.

Decíamos de su importancia porque en ella se van a producir pruebas sustanciales como la pericial la testimonial y la de declaración de partes.

Desde ya que en ella resultará indelegable la presencia del juez, que ejercerá en este acto su verdadero carácter de director del proceso.

Resultará conveniente que el magistrado en primer lugar intente una nueva conciliación entre las partes, pues en esta oportunidad contará con mayores elementos de juicio pues ya habrá visto la prueba pericial u otras probanzas producidas en los autos. A su vez, los justiciables tendrán más en claro sus reales posibilidades de éxito o fracaso de sus respectivas pretensiones u oposiciones.

No lograda la conciliación deberán producirse las probanzas del caso, es en este momento en que la oralidad entra en juego en todas sus dimensiones, pues a través de ella y de la inmediación, el juez dictará sentencia sobre pruebas que han caído directamente sobre sus sentidos.

Este acto deberá ser video grabado, pero resultaría conveniente que las propuestas conciliatorias no lo sean.

La prueba testimonial al ser visualizada directamente por el juez tendrá un valor muy superior al de la actualidad, en que el magistrado se limita a leer lo que se encuentra transcrito en el acta correspondiente.

El juez valorará lo que ha visto en la prueba, no lo que ha leído de los dichos del testigo, en tal sentido enseña Falcón que podrá observar en forma directa lo que denomina “lenguaje del cuerpo”, es decir, captar los gestos, las miradas y la firmeza o las dudas de las declaraciones, todo lo cual resulta imposible en la sola lectura del acta.

Es que la comunicación es mucho más importante que las palabras que emitimos, estas forman una pequeña parte de nuestra expresividad como seres humanos. Las investigaciones demuestran que, en una presentación ante un grupo de personas, el 58% del impacto viene determinado por el lenguaje corporal (postura, gestos y contacto visual), el 35% por el tono de voz, y solo el 7% restante por el

contenido de la presentación, agregando también el escenario en que se desarrolla el proceso⁸.

Reiteramos la importancia de estas probanzas en forma directa por el juez, en base a lo expuesto.

En este punto es necesario recordar las enseñanzas del maestro Giuseppe Chiovenda al decir que “el proceso es oral cuando dicta sentencia sobre pruebas que han caído bajo sus ojos; como así también que “la oralidad es imprescindible al juez como el aire lo es necesario para respirar”⁹.

Vamos ahora a la prueba pericial que ha nuestro criterio ante lo dificultoso de los actuales conflictos, vinculados con complejos elementos científicos y técnicos resulta la prueba esencial del proceso, especialmente si hablamos de la pericia científica.

Hemos señalado que ésta probanza debería ser presentada con anterioridad a la audiencia de vista de la causa, para que en esa oportunidad los consultores técnicos, en forma verbal planteen las objeciones o conformidades que correspondan y sean respondidas de la misma manera por el o los peritos con la presencia directa del juez, quien las visualizara personalmente y, desde ya, como director del proceso, podrá efectuar las preguntas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, como así también solicitar las ampliaciones que estime convenientes.

La actual prueba de confesión, propiciamos que sea eliminada de nuestro Código Procesal, pues la experiencia de largos años en la justicia nos indica que no resulta efectiva, jamás hemos visto su utilidad. Solo juega en casos de confesión en rebeldía, cuando no se ha presentado la contraparte. Todo ello sin perjuicio del procedimiento engorroso que dispone la presentación del pliego media hora antes del acto y demás formalidades que han perdido vigencia en la actualidad.

En remplazo de la prueba confesional, resultaría conveniente que el magistrado utilice con mayor frecuencia la declaración de partes que se encuentra autorizada por los actuales artículos 36, inciso 4^a y 415 del Código Procesal. Procedimiento este mucho más sencillo y eficaz de la compleja prueba confesional.

El actual rol del juez como director del proceso le permitirá en ese acto proponer otras probanzas, y efectuar todas las actuaciones que considere necesarias para esclarecer los hechos y tener la certeza necesaria para dictar una sentencia justa, elemento necesario, como lo hemos dicho de la tutela judicial efectiva.

Finalizado el acto, los abogados deberán ofrecer su alegato, que preferimos que sea verbal, determinándose previamente su duración y, sin perjuicio de las medidas para mejor proveer, que podrá disponer el Tribunal, devendrá la sentencia definitiva que pondrá fin al proceso, debiendo legislarse los recursos procesales que correspondan al respecto.

⁸ FALCÓN, Enrique M. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial* t. III, p.26, Rubinzal-Culzoni, Editores; SPERANZA, Silvia -*El nuevo proceso civil por audiencias*, Revista de Derecho Procesal, 2019-2, Rubinzal Culzoni-Editores, p.47.

⁹ Chiovenda Giuseppe, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1940, vol. III, p. 153.

En la segunda instancia se deberá trabajar sobre la implementación de nuevas técnicas para la presentación de los agravios que correspondan, y siguiendo con la premisa del cambio de mentalidad respecto a la oralidad, la conveniencia de promover el informe “in voce” previsto en el artículo 264 del Código Procesal y que jamás en nuestro paso por el Tribunal de Apelación hemos visto que se haya utilizado. Ello ocurre seguramente por la falta de consustanciación de nuestros operadores judiciales sobre la oralidad¹⁰.

Antes de finalizar este acápite reiteramos, una vez más la imperiosa necesidad que la labor del tribunal sea estrictamente jurisdiccional separando de esta actividad las actuaciones administrativas que corresponde pasar a otra dependencia.

Conforme ello propiciamos el impulso de oficio, desplazando al actual sistema dispositivo, pero esto es un ideal que necesariamente debemos llegar, con el tiempo necesario para ir acomodando a los operadores jurídicos a un cambio de paradigma total que no podemos pensar que ocurra de un día para otro, pero sí llegar a él como premisa fundamental para el futuro proceso del mañana.

A continuación analizaremos algunas reformas que entendemos imprescindibles para la complementación global de nuestras ideas al respecto, destacando que nos limitaremos al proceso ejecutivo y al sucesorio, pues analizar todas los procesos civiles que deberán ser reformados exceden los límites del presente trabajo, sin perjuicio de remarcar que en tales modificaciones siempre deberán mantener las premisas acá indicadas, esto es la tutela judicial efectiva, las reglas del debido proceso, la inmediación, la oralidad y la simplificación de los trámites.

IV.- Reformas propuestas para otros tipos de procesos.-

a) Procesos de ejecución: En una ponencia que presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Septiembre de 2005 en Mendoza¹¹., dejamos señalado que la creación de los Tribunales de Ejecución es un viejo anhelo de los procesalistas expresado a través de trabajos doctrinarios y los citados anteproyectos que lamentablemente no tuvieron eco favorable en las autoridades políticas nacionales.

La creación de estos juzgados surge con total nitidez en atención al importante porcentaje de actuaciones judiciales que en ellos van a tramitar, que indudablemente van a descomprimir el gran número de causas actualmente radicadas en los procesos contradictorios de conocimiento en el fuero civil.

Para demostrar lo expuesto en el año 2003 en el Juzgado Nacional de Primera Instancia n° 27, en ese entonces a nuestro cargo, se realizó una estadística de la que surgió que el 65% de los expedientes en trámite eran ejecuciones.

Roland Arazi, que desde muchos años atrás viene bregando por estas ideas, fue el que nos inspiró a realizar tal tarea, pues él ya la había realizado en un Juzgado

¹⁰ PEYRANO, Jorge W., -*El informe in voce: Pieza de la paleontología procesal*, Revista Argentina de Derecho Procesal 2020-2 p.293, Rubinzal-Culzoni, Editores.

¹¹ XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Septiembre de 2005 en Mendoza - Libro de Ponencias, p. 333.

Civil y Comercial del Departamento de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, con similar resultado, destacando que lo que realmente agobia a los jueces no son los casos en que efectivamente ejercen su jurisdicción plena sino, sino los tramites desvinculados de ella, que en mayor o menor medida distraen su atención.

Señala, con total acierto que, en esos procesos, cuando no se oponen excepciones no existe actividad jurisdiccional en sentido estricto porque el juez no decide una cuestión litigiosa mediante un pronunciamiento judicial declarativo, constitutivo o de condena, pues el magistrado efectivamente en él no condena sino que en todo caso manda a llevar adelante una ejecución¹².

Dentro de esta temática sería muy conveniente efectivizar el proceso de estructura monitoria en estos tribunales de ejecución que constituye una modalidad novedosa y eminentemente práctica legislada en algunos modernos códigos procesales provinciales, como lo son, entre otros, los de las provincias de Entre Ríos, El Chaco, San Juan, Santa Cruz, Río Negro y La Pampa y propiciada también en los mencionados anteproyectos, para el actual proceso ejecutivo, siempre y cuando el documento en base al cual se demanda cumpla determinados recaudos, se tramitará por esta vía procesal.

En las ya mencionadas “Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial” también se propicia este tipo de proceso, fundándose en las experiencias obtenidas en la mayoría de los países de Latinoamérica y de Europa y se recuerda que este proceso consiste en un trámite simplificado que ante la presentación de determinados documentos a través de los cuales el juez otorga un título de ejecución judicial en forma rápida, económica y con escasa participación del órgano jurisdiccional, si el requerido no presenta oposición frente a la notificación de la decisión mediante la cual el juez ha admitido la pretensión. Destacándose que en la inmensa mayoría de los casos no se presentan esas oposiciones, lo que torna más aún necesaria su implementación.

En el supuesto caso en que se presenten oposiciones por parte del ejecutado, se deberán establecer estrictamente las excepciones admisibles, que deberán ser resueltas en forma inmediata por el juzgador.

Para el supuesto de efectuarse la subasta judicial propiciamos la simplicidad de los trámites y de ser posible que se realice en forma electrónica, para evitar los problemas que produce su realización personal.

Por último, es necesario señalar que estos tribunales de ejecución por la cantidad de expedientes que en ellos se tramitarán deberán contar con un mayor número de empleados de los de conocimiento y con los recaudos materiales necesarios para su pronta tramitación.

b) Proceso sucesorio: Este tipo de proceso debe ser reestructurado para evitar trámites que estrictamente no son jurisdiccionales y que pueden perfectamente quedar a cargo de los profesionales que en él intervienen o analizar su implementación a través de la Oficina Judicial que más abajo estudiaremos, en este trabajo nos limitaremos a sentar algunas premisas sustanciales, que deberán ser materia de un análisis profundizado en el futuro.

¹² PONCE, Carlos R. -*Tribunales de Ejecución*, Revista de Derecho Procesal 2001-1, p. 215.

Sabemos que el actual Código Civil y Comercial de la Nación, vigente a partir del 1° de Agosto de 2015 contiene numerosas normas procesales, entre las que se incluyen algunas referentes al este proceso a partir de su artículo 2278.

El proceso sucesorio necesariamente debe ser judicial, porque la determinación de quienes son herederos es estrictamente un acto jurisdiccional que debe ser efectuado por el juez a través de la declaratoria de herederos en las sucesiones “ab-intestato” o la aprobación del testamento en cuanto a sus formas en las testamentarias, tal como lo receiptó, en su parte final el artículo 2337 del citado Código Civil y Comercial de la Nación al establecer que ante la existencia de bienes registrables es ineludible obtener la declaratoria judicial de herederos¹³.

Por ello lo designamos como un proceso judicial, pero siempre en la inteligencia que no haya conflicto entre los herederos y sean todos ellos capaces y mayores de edad, ciertas tramitaciones bien podrían ser exceptuadas de este proceso tal como expresamente lo establece el artículo 698 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al dejar a los profesionales intervinientes la materialización de las diligencias posteriores a la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento en cuanto a sus formas, dándoles de esta manera a los abogados una jerarquía acorde con su categoría que va más allá de la simple declamación del artículo 58 de dicho cuerpo legal¹⁴.

Sin embargo, como lo afirma Falcón la falta de coordinación de esta norma con los organismos administrativos ha implicado en la actualidad sea letra muerta pues en muchas oportunidades ellos requieren la participación del Tribunal.

Agregando que este modelo de sucesión extrajudicial no es en realidad el que se entiende como sistema autónomo fuera de la jurisdicción ante un colegio o funcionario para la realización del trámite, recurriendo al juez solo en caso de conflicto. Este último modelo no está legislado en el código y aunque ha habido varios proyectos la lucha de intereses entre diversas corporaciones profesionales a impedido su materialización.

V. La oficina judicial.-

A lo largo de este trabajo hemos insistido sobre la necesidad de priorizar la tarea jurisdiccional del juez que en el proceso por audiencias resulta insustituible.

En dichos procesos el juez deberá insumir la mayor parte de su tarea en estar presente en esos actos, estudiar previamente a la perfección el caso y dictar resoluciones acorde con sus necesidades. Para que ello se logre debemos apartarlo de la enorme mayoría de actos administrativos que lleva consigo el proceso a través de la creación de la oficina judicial, como un cambio complementario al proceso por audiencias¹⁵.

¹³ CORDOBA, Florencia I. -*El nuevo procedimiento sucesorio*, Revista de Derecho Procesal, 2018-1, p.13, Rubinzal-Culzoni, Editores.

¹⁴ FALCÓN Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, concordado y anotado*, t. VI, p. 810. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

¹⁵ ARAZI, Roland, PAULETTI, Ana Clara y RAMÍREZ AMABLE, María V., *Oralidad y Proceso Civil*, p. 222, Rubinzal-Culzoni, Editores.

Las aludidas “Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial”, dentro del Programa Justicia 2020, señalan que no existe ninguna posibilidad de reforma a la justicia civil y comercial que pueda obtener resultados razonables, sin cambios esenciales en materia de gestión y organización, agregando textualmente que “Introducir la oralidad en el proceso civil exige dotar a los juzgados de una organización diferente que trabaje con otros métodos. Los sistemas que han implementado con éxito modelos de oralidad lo hicieron a partir de una clara división de funciones entre lo jurisdiccional a cargo de los jueces; y la gestión a cargo de órganos especialmente capacitados y dotados para ello. De modo que el juzgador no pierda tiempo en cuestiones no jurisdiccionales y que garantice el éxito de las audiencias. Este modelo permite al juez llevar adelante su tarea indelegable de modo eficaz y eficiente”.

Para llevar a cabo tal tarea de apoyo y soporte propicia la creación de dicha oficina judicial, lo cual no es novedad alguna pues ya ha sido estudiada y analizada en la doctrina judicial e incluida expresamente en el aludido Anteproyecto de Dres. Kaminker, González de la Vega, Beade, Sprovieri, Grillo Ciocchini, Salgado y Herrera, encuadrándola como una organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y Tribunales, con excepción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que provee, por vía reglamentaria, a su propia organización administrativa.

En el ámbito provincial también se ha avanzado en ese camino, citando al respecto el “Reglamento para el funcionamiento y constitución de la Oficina Judicial”, aprobado por el Superior Tribunal de la Provincia de Corrientes (Acuerdo 5-2020) y en la de Mendoza a través de la creación del Tribunal de Gestión Judicial Asociada (GEJUAS).

Los que hemos tenido a cargo juzgados de primera instancia en lo civil conocemos esa problemática perfectamente, pues gran parte de nuestro tiempo lo dedicábamos a temas directamente administrativos y ajenos a nuestra función jurisdiccional, señalando por ejemplo, tramitaciones netamente administrativas de los procesos sucesorios, incluso algunas, no pocas, de los contradictorios, y dentro del propio juzgado licencias del personal, control de los gastos indispensables para su funcionamiento, la agenda de audiencias, etc.

A la vez, ante la insuficiente infraestructura de nuestros edificios judiciales, deberá contar con salas de audiencias para distribuir las cuando los jueces la requieran.

La organización y las funciones administrativas deberán ser determinadas por vía reglamentaria por los superiores tribunales de cada jurisdicción.

VI. La tecnología.-

La irrupción de la pandemia por COVID 19 creó la necesidad de utilizar algunas herramientas electrónicas que han modificado sustancialmente al expediente soporte papel como se utilizaba hasta principios del 2020. El trámite remoto del

expediente requirió la presencia de otras vías de comunicación en el proceso, con distintos alcances según las diversas jurisdicciones de la Nación¹⁶.

Según la acordada 4/2020 de la Corte Suprema de la Nación a partir del 18 de marzo del 2020 toda presentación que realicen los letrados y demás intervinientes registrados en el expediente solamente podrá serlo en formato digital dentro del Sistema Informativo de Gestión Judicial (Lex 100).

Más allá de la desgraciada pandemia que actualmente sufrimos, es notorio que los hábitos de los habitantes de todos los países han cambiado y dieron lugar a un importante avance tecnológico, de la información y de los medios de comunicación.

Este hecho indudablemente ha influido en el proceso judicial, en el que prácticamente hoy en día ya no existe el expediente papel, pues todas las presentaciones se efectúan en formato digital y no solo los escritos judiciales, sino que también en el libramiento de oficios judiciales a organismos públicos y privados, notificaciones, etc.

Las herramientas electrónicas a la fecha son utilizadas por los jueces a través de la firma electrónica y digital y en la comunicación con las partes a través los medios disponibles, teléfono, correo electrónico, Whats App, etc

Todo ello, a nuestro criterio, ha venido para quedarse más allá de la pandemia, pero implica un cambio fundamental en el ordenamiento procesal, que a nuestro criterio, necesita una debida legislación al respecto como así también, por vía reglamentaria, una debida delimitación de los horarios para la incorporación de escritos y peticiones por vía informática.

Siguiendo el hilo de lo expuesto reiteramos que por tratarse de un proceso oral, las audiencias indefectiblemente deben servirse de la videograbación, ante la necesidad de que todos los operadores jurídicos puedan visualizarlas y analizarlas debidamente.

VII. Colofón.-

A lo largo de este trabajo hemos tratado de proponer una reforma judicial, que agilice el proceso con el respeto de las reglas de la defensa en juicio, lo cual no es sencillo teniendo en consideración nuestra pasiva cultura judicial y la falta de presupuestos económicos para tal finalidad.

Para ello pensamos que debe instrumentarse definitivamente el procedimiento por audiencias, en que se prioriza además de la oralidad y del principio de concentración procesal, la presencia directa del juez, indispensable en esos actos bajo pena de nulidad absoluta.

El rol pasivo del juez como simple espectador ya no tiene cabida en el moderno derecho procesal, que requiere un juez activo y verdadero director del proceso con las correspondientes facultades del caso.

Señalamos en detalle la importancia de esa presencia del magistrado en las dos audiencias principales, lo cual es indispensable para que forme la convicción

¹⁶ FALCÓN, Enrique M. -*Las audiencias en el proceso Civil. Conceptos y contenidos*, Revista de Derecho Procesal, 2020-2, p.21, Rubinzal-Culzoni, Editores.

necesaria para resolver el proceso en forma justa. Siempre hemos sostenido que si no llega a dicha convicción, la propia ley le otorga los elementos necesarios para llegar a ella mediante las medidas para mejor proveer que debe adoptar en tales circunstancias.

Recalamos que el juez debe conocer personalmente a las partes del proceso como así también ellas a quien los va a juzgar.

Hoy en día no se puede concebir un proceso de conocimiento sin la referida audiencia de vista de causa que además de respetar el fundamental principio de inmediación, logra también el de concentración judicial.

Pero para que todo ello sea posible, además de la reforma legislativa se requiere una nueva concientización de todos los operadores jurídicos, tal como lo señalamos precedentemente, ello seguramente llevará su tiempo, pues no hemos sido formados para este tipo de proceso oral.

Para que ello ocurra, además del tiempo necesario, será indispensable la capacitación de los profesionales, que no han sido educados para la oralidad, por ello hemos propiciado los alegatos verbales en la audiencia de vista de causa, cuya duración y formalidades deberá ser materia de reglamentación, como así también en la segunda instancia el informe “in voce”.

Otra necesidad para el nuevo proceso civil, como lo indicamos, y para que el juez se dedique en forma estricta a su función jurisdiccional es la eliminación de ciertas actividades meramente administrativa que actualmente tiene a su cargo, lo cual implica, también ese cambio de paradigma que sostenemos.

Con la esperanza que este trabajo sea un elemento más para lograr la tan ansiada reforma judicial del proceso civil en beneficio de todos los ciudadanos y para que ellos vuelvan a creer en nuestra justicia, es que hemos indicado las pautas que, a nuestro criterio, resultan indispensables para tal finalidad.

CAPITULO II

EL ROL DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL DEL MAÑANA

**Por Mario Masciotra(*17)
e Ignacio A. Falke(**18)**

Sumario: I. Prolegómeno. II. Breves anotaciones en torno al activismo judicial. III. Los operadores del proceso. Su rol con respecto al conflicto y sus ramificaciones según la decisión que se adopte. IV. Cambios de paradigmas. V. El Juez como director del proceso y su rol en la gestión del conflicto. V.1. A modo de introducción. V.2. Cada vez más lejos del “garantismo procesal”. Algunas anotaciones en torno al rol del Juez en el Anteproyecto. V.3. El proceso por audiencias. La consolidación de la intermediación y la oralidad. VI. Presupuestos necesarios para el ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes del juez. VI.1. Formación profesional. VI.2. Cambio de mentalidad. VI.3. Conciencia política. VII. Conclusión.

I. Prolegómeno

A los efectos de establecer un idea inicial en el abordaje propuesto y una demarcación antes de comenzar con el desarrollo, cabe puntualizar, en aras de una adecuada lectura, que abordaremos el rol del juez en el futuro proceso civil y comercial con base en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda vez que independientemente de que efectivamente se materialice su sanción o no, es de toda justicia, que las innovaciones que contiene dicho cuerpo sean receptadas en la reforma que eventualmente se lleve a cabo.

Ello así, toda vez que luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, es un imperativo que se impone la reforma de nuestro ordenamiento procesal, por cuanto ciertos institutos y roles quedaron vetustos ante el avance del derecho y las demandas sociales, tal el caso del rol del juez en la sustanciación del proceso.

Estamos convencidos que la administración de justicia puede mejorar. Y lo que resulta tan importante, es que esa sea la percepción general, la de un poder jurisdiccional compuesto en su totalidad por magistrados, funcionarios y empleados

^{17*} Profesor emérito de Derecho Procesal y Director honorario del Centro de Estudios Procesales de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la USL. Académico extranjero honorífico de la UNAM. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal "Cipriano Gómez Lara". Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

^{18**} Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, Director de la Revista "Institutas" de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la USAL y Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal "Cipriano Gómez Lara".

que, en su actividad, el justiciable, perciba, un obrar generalizado eficaz, de ordinario, comprometidos al servicio del bien común.

Lo afirmado en el párrafo precedente, no justifica los ataques a la honra que muchas veces apreciamos a

integrantes del Poder Judicial de distintos estamentos por el solo hecho de no estar conforme con algún decisorio jurisdiccional. Es que, estamos en una época donde parecería ser que el honor no se le confiere el valor que tiene realmente, y que no implica otra cosa -curiosamente- que la degradación de la dignidad humana bajo el paraguas de una legislación que no logra tutelar adecuadamente la honra¹⁹ contra la calumnia fácil.

En este contexto, además solemos escuchar a menudo, la necesidad de un aparente cambio revolucionario en la estructura del Poder Judicial. Sin embargo, no podemos dejar de advertir que los cambios estructurales supeditados a ideologías no solo no solucionan el problema, sino que tampoco perduran en el tiempo. Independientemente, claro, de las consecuencias negativas y peligrosas que pueden generar el devenir del tiempo.

Ello no implica que nuestra administración de justicia no merezca ser revisada, empero, dicho examen debe llevarse adelante en *post* del bien común, porque, en suma, el servicio de justicia es de y para los ciudadanos.

En definitiva, coincidimos que la gestión del proceso debe ser adaptado a los tiempos que corren con la finalidad mencionada. En dicho cambio legislativo, no debe entrarse en un vértigo reformista que lejos de optimizarla, la conviertan en una carga o en un perjuicio para quien deba acudir al Poder Judicial²⁰.

Cabe puntualizar, que -aunque parezca una simplificación- estamos frente a viejos y nuevos problemas, fruto de avances y nuevas demandas sociales, de modo que resulta imprescindible evitar la crítica fácil o la aclamación, porque este, será un punto que se encontrará nuevamente en debate en nuestra ciencia.

II. Breves anotaciones en torno al activismo judicial

La modernidad, no solo trajo consigo relaciones sociales y comerciales más complejas, y también y como consecuencia de ello, el derecho, debió ensanchar sus horizontes para cobijar todas esas complejidades, que indudablemente, trascienden y surten efectos en el proceso judicial. De modo tal, que es indudable, que administrar justicia en la sociedad moderna se convirtió en una tarea ardua e intrincada.

El activismo judicial, es el corolario de la concepción publicista del proceso civil mediante el cual se modifica la distribución o reparto de funciones entre el juez y los litigantes, con el inevitable incremento de los poderes-deberes de los magistrados, tal como lo proclamaba CHIOVENDA allá lejos en el tiempo.

¹⁹ Sobre el particular, ver CASSAGNE, Juan C. *-Fragmentos de Derecho administrativo. Entre la justicia, la economía y la política*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 113

²⁰ No puede perderse de vista, sin perjuicio de lo que ocurrió posteriormente, que entre los pilares de la reforma constitucional del año 1994 encontramos: 1) atenuar el sistema presidencialista, 2) fortalecer el Congreso, y -como consecuencia de las anteriores-, 3) perfeccionar el equilibrio de poderes

En un Estado moderno es un imperativo del interés público hacer justicia y el único medio éticamente aceptable para ese objetivo es el descubrimiento de la realidad de los hechos litigiosos, ejerciendo un rol activo y protagónico de la mano de las potestades que le confiere el catálogo adjetivo, por cuanto "un juez que abdique de tan sagrada misión no estará comprometido con el orden legal vigente ni con las garantías constitucionales y el pronunciamiento pecará de arbitrario"²¹. En este sentido, la oralidad que pregona el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resulta juiciosa y merece una particular ponderación.

Ese juez debe gozar de *poderes suficientes*, pero para que éstos sean ejercidos por *todos* los jueces y en *todos* los casos y a fin de que los magistrados se encuentren obligados a hacer uso de ellos, el cuerpo legal debe imponerlos como *deberes*, toda vez que si es facultativo se halla sujeto a la discrecionalidad o arbitrariedad de aquellos y genera el desconcierto -inseguridad jurídica- del litigante y afecta la garantía constitucional de la igualdad ante la ley²². También, todo ello, inexorablemente debe contar de un cambio cultural de todos los operadores jurídicos que invite a rever y a repensar la percepción que se tiene frente al conflicto, su gestión, y su solución.

Los buenos resultados, en general, son el corolario de una serie de factores. En el caso del servicio de justicia, no solo se debe observar la tarea del Juez como algo aislado de todas las demás circunstancias, toda vez que caemos peligrosamente, en la tentación de generalizar. Y toda generalización es injusta.

Entonces, entendemos razonable, que no cabe solo evaluar la tarea de un magistrado en abstracto, sino que también, para llegar a un adecuado análisis, debe ponerse sobre tablas las normas vigentes que le dan sustento al obrar del Juez y -junto con ellas- las estrategias desde el órgano administrador para dotar de eficacia a dichas normas.

En el año 1871, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en "Bradley vs. Fischer" sostuvo que es imperioso que todos los jueces de todos los tribunales que fueron designados para administrar y aplicar el derecho, se les permita llevar adelante su tarea bajo la protección de la ley, desde luego, con independencia y en plena libertad. Este ideario, de ordinario, no ampara al magistrado corrupto, sino que favorece al justiciable, toda vez que un buen servicio de justicia es en favor del ciudadano, cuyo interés principal debe radicar, es que todos y cada uno de los jueces -probos- lleven adelante sus funciones con independencia y sin temor a consecuencia alguna.

Es clave, en consecuencia, hacer nuestra la buena reflexión del Profesor Tomás – Ramón FERNÁNDEZ, en tanto señala que "*El Derecho y el juez se han convertido así en la referencia dominante de la vida social y política. Nunca como hoy se ha esperado tanto de aquél y de éste por la sociedad y por los individuos que la componen; nunca se les ha pedido tanto por unos y por otros*"²³.

²¹ MASCIOTRA, Mario -*La privación de poderes de los jueces y la omisión de su ejercicio constituye una violación a la Constitución*, ED., 192-773.

²² MASCIOTRA, Mario -*Poderes-Deberes del juez en el proceso civil*, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 14.

²³ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón -*Panorama del Derecho administrativo al comienzo de su tercera centuria*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 100.

Dicho de otro modo, una administración de justicia eficaz resulta imposible concebirse, sin el pleno ejercicio de libertades en su sentido más amplio y un catálogo de normas que sea conteste con un obrar activo, transparente y expedito.

III. Los operadores del proceso. Su rol con respecto al conflicto y sus ramificaciones según la decisión que se adopte.

El rol del juez y de las partes en el proceso está en plena y constante revisión y *aggiornamento* a las demandas sociales. En esta inteligencia entonces, resulta poco probable revisar con éxito el papel que lleva adelante el magistrado en un determinado proceso para arribar a un resultado eficaz sin modificar en forma concienzuda el papel de las partes.

Aquí, indudablemente entran a jugar dos normas del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que nos invitan a la reflexión. Su art. 6 precisa que “*Los intervinientes en el proceso actuarán con lealtad, buena fe y veracidad*”; y el art. 10 determina que “*Las partes, el juez, los terceros y aquellos cuya participación se requiera, deben cooperar para obtener, en tiempo razonable, una justa solución del conflicto. Su incumplimiento injustificado por una de las partes generará un indicio en su contra*”.

En efecto, un proceso judicial, implica intercambios, enfrentamientos de temperamentos, hechos contradictorios entre personas que poseen ópticas e interpretaciones normativas contradictorias. Nótese en consecuencia, que allí, y planteado en esos términos, se materializa la existencia de intereses jurídicos incompatibles, que se materializan en la convicción de cada parte que en relación a un mismo asunto debe adoptarse una conducta distinta con respecto a lo que debe darse, hacerse o no hacerse.

Desde luego, el conflicto así ubicado es, a todas luces, litigioso, y se halla en el plano jurisdiccional, por ende, coercitivo y de suyo en el plano estatal²⁴, cuyo continente, de ordinario, es el proceso judicial²⁵.

Sin embargo, resulta trascendental subrayar, que el Derecho -entendido este como bloque de legalidad vigente y aplicable- se tornará operativo por imperio del poder jurisdiccional administrando justicia, ante pretensiones opuestas que el mismo Derecho posibilita.

Por esa razón, y atento a la compleja realidad social en la que nos encontramos inmersos, es que debe ponerse el foco en estructuras procesales que apunten a pacificar y no a ahondar en mayor conflictividad. En este orden de ideas, entonces es fundamental concientizar a los operadores jurídicos, educandos, educadores y a la sociedad entera, que la misión suprema del abogado es solucionar los conflictos que le plantean, no litigar. El proceso judicial, es un mal necesario y que, al decir de GELSI BIDART hemos de procurar que cada vez sea “menos malo” y también

²⁴ Al respecto resulta sumamente interesante el tratamiento de Julien FREUND en su *Sociología del conflicto*, Ediciones Ejército, Madrid, 1992. Allí refiere, que el conflicto se transforma en litis, cuando pudiendo optarse por otros medios y proponer mecanismos menos costosos de solución, no lo hace. Ello significaría además de hacer a su defensa, traer beneficios al conjunto social.

²⁵ Recomendamos la lectura de FALCÓN, Enrique M., *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos, Negociación, Mediación, Conciliación*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2012, p. 16 y ss. y p. 411 y ss.

“menos necesario”²⁶, al que las partes deben recurrir una vez agotadas todas las instancias posibles. Si el abogado es un auxiliar de la Justicia y ésta, coadyuva a la paz social, la labor profesional debe preservar la misma, mediante el diálogo, la disuasión de los conflictos y el no abuso de la actividad jurisdiccional.

Nótese, que el litigio en exceso redundará, sin lugar a dudas, en un mayor deterioro de las relaciones sociales, y que atenta, desde luego, contra la mentada pacificación.

Es para recalcar, que en un proceso judicial clásico, a menudo percibimos que las partes tienen una mirada contrapuesta sobre un mismo hecho, a ambas les asiste derecho y jurisprudencia, lo que trae con sí, que independientemente del resultado final del contencioso ninguna relación de ninguna naturaleza, sea familiar o societaria resulta ileso luego que el poder jurisdiccional intervino, bajó el martillo, declarando a una de las partes vencedora por encima de la otra y con costas por aplicación del principio general de la derrota.

De ordinario, dando por sentado que esa decisión resultó ser el corolario de la debida sustanciación del proceso, respetando en un todo las garantías constitucionales de las partes, y la valoración de la prueba, la aplicación irrestricta de la norma jurídica y, eventualmente, la jurisprudencia aplicable al caso.

Aun así, nada alcanzará. La parte tendrá su propia valoración de los hechos y de la prueba. Dicho de otro modo, si bien acude a un tribunal para encontrarle solución a un determinado conflicto, va a efectuar su propio juicio sobre los acontecimientos y valorará desde su subjetividad el avance del contradictorio, teniendo una particular ponderación hacia el órgano jurisdiccional solo hacia los decisivos que le resulten favorables.

De modo tal, y para culminar este acápite, es que debe empezar a concebirse una exigencia que tiene dos caras. La primera, desde luego, a los jueces la máxima eficacia, no solo en el tenor de sus sentencias, sino también en las restantes decisiones que vayan adoptando en un determinado proceso judicial en su labor jurisdiccional. La segunda cara, en cambio, es para las partes -actora y demandada-, que deben ser protagonistas de un verdadero cambio cultural en la sustanciación del conflicto interponiendo la sapiencia que conlleva el *win-win*, por la clásica concepción que todavía se encuentra arraigada entre nosotros ganar/perder.

Dicho de otro modo, la efectiva y concreta responsabilidad de los magistrados se logra confiriendo un mayor control de su actividad jurisdiccional por parte de los sujetos procesales, pues la participación activa de las partes –en realidad, de los abogados, que revisten el carácter de apoderados o patrocinantes- equilibrará los poderes y deberes de los jueces y constituirá la garantía más idónea para impedir el ejercicio arbitrario e ilimitado de aquellos²⁷. Los abogados durante el proceso “*son los colaboradores necesarios del juez y sus vigilantes inspiradores*”²⁸. Es decir, la

²⁶ GELSI BIDART, Adolfo, *¿Acceso a la Justicia o al Poder Judicial?*, ponencia al IX Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Bs. As., oct. 1996.

²⁷ MASCOTRA, Mario -*Avances y retrocesos en el Derecho Procesal. La privación de poderes de los jueces y la omisión de su ejercicio constituyen una violación a la Constitución*”, La Ley, 23/5/2000, Suplemento Universidad del Salvador.

²⁸ PARRA QUIJANO, Jairo -*Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*”, Bogotá, Temis, 2004, p. 222.

eficacia de todos los operadores del proceso, a la postre, constituye un círculo virtuoso en pos de un mejor servicio de justicia.

IV. Cambios de paradigmas

No cabe duda entonces, que debemos transitar hacia una transformación de paradigmas que deje de lado la cultura de lo contencioso como principal herramienta en la gestión del conflicto, de manera que haya un salto cualitativo en la relación realidad normativa vs. práctica procesal y/o extra procesal y para ello, requiere de todos nosotros de un cambio cultural.

Si bien lo expuesto, es a todas luces una exhortación para todos los operadores de un conflicto, llevar adelante dicho paradigma puede resultar poco posible o cuanto menos infructuoso si no nos encontramos con un juez consustanciado con el pleito, próximo con las partes intervinientes y sus representantes y con el máximo compromiso hacia todos y cada uno de ellos.

En los arts. 2 y 3 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se invierte aquella premisa mediante la cual traza como principio general que el proceso civil es esencialmente escrito, y con excepción, oral, y solo reservado a algunos pocos actos procesales. En efecto, el art. 2 establece que: *“Se garantizará la intermediación del juez con las partes, los sujetos intervinientes y el material de conocimiento. A esos fines se concentrará la actividad procesal, la que se desarrollará en forma preferentemente oral y en audiencias. Los jueces presenciarán las declaraciones de las partes y de los testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en este Código, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente.”*; a su turno, el art. 3 prescribe que: *“El juez dirigirá el proceso de acuerdo con las disposiciones de este Código”*.

Invertir los principios e imponer la oralidad como regla, va a requerir no solo de sancionar un nuevo Código, pues de nada servirá esta impronta – a todas luces laudable –, si no es acompañada por una cabal política de Estado en materia judicial de reformas y transformaciones, toda vez que de no ser así, y de no repensarse el sistema de prestación jurisdiccional, la implementación de la oralidad, el proceso por audiencias, será un catálogo de ilusiones.

La finalidad de la Comisión redactora -reiteramos- plausible, puede terminar siendo un *boomerang* para los actuales jueces que deberán llevar adelante dicho mandato en tiempo y forma.

En efecto, instaurar un proceso judicial por audiencias, trae con sí, las modificaciones estructurales cuya competencia es del órgano administrador del poder jurisdiccional en acuerdo con aquellos que van a ser protagonistas de la aplicación de este nuevo sistema que, a la par, requerirá de los consensos necesarios en donde toda la comunidad jurídica asuma el nuevo rol que se le conferirá al juez, cuál será el papel de la parte abandonándose de algún modo ciertas notas del proceso adversarial para ir hacia uno más colaborativo.

V. El Juez como director del proceso y su rol en la gestión del conflicto

V.1. A modo de introducción

El Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, vino de la mano del proceso por audiencias, a consolidar los principios de oralidad y de inmediación, confiriéndole a lo escriturario un papel de reparto de notable importancia²⁹. FALCÓN, explica con su habitual claridad como nos estamos acercando hacia la oralidad en el proceso, poniendo, frente a nuestros ojos un verdadero cambio de paradigma, toda vez que un proceso eminentemente oral, deja en segundo plano, lo escriturario, exigiéndole, en consecuencia, a todos los operadores jurídicos otra preparación, incorporar herramientas y nuevas locaciones³⁰.

Tal como reza la Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación N° 496/2017. del 3/7/2017, la elaboración del Anteproyecto de CPCCN “... tiene como objetivo lograr una ley procesal más eficiente que procure promover la inmediación y la concentración como garantías de la transparencia de los procesos, que se adapte a los nuevos paradigmas sociales y culturales, como así también al nuevo CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, que privilegie la economía procesal y la bilateralidad y que garantice el acceso a la justicia...”.

Pues bien, este cuerpo normativo, resulta a todas luces, un verdadero imperativo para el Juez con el fin de que se pueda arribar a una solución al conflicto que se debate en un tiempo razonable y cuenta, desde el plano normativo, con todas las herramientas para lograr tales fines³¹.

V.2. Cada vez más lejos del “garantismo procesal”. Algunas anotaciones en torno al rol del Juez en el Anteproyecto

A modo de ejemplo, tres artículos del Anteproyecto, pintan de cuerpo entero lo que se pretenderá del Juez. En efecto, su art. 5 dice “- Impulso procesal oficioso. Promovido el proceso por la parte, el juez adoptará de oficio las medidas tendientes

²⁹ PONCE, señala que “El Poder Ejecutivo ha receptado esta directriz al crear el Programa Justicia 2020 en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dentro del cual elaboró Las bases para la Reforma Civil y Comercial, las cuales, como expresamente allí se señala, ‘parten de la premisa que la oralidad, implementada en un proceso por audiencias, con inmediación y concentración, transforma un sistema lento e ineficiente en uno más ágil, sencillo y accesible. El vocabulario judicial de los procesos escritos, anticuado y complejo, se transforma en uno comprensible para el público al incorporar la inmediación entre el juez, las partes, sus abogados y la prueba.’ Bajo esas directivas, se creó una Comisión redactora que, en momentos en que preparamos esta tarea, tomamos conocimiento de elaboración de un Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Este importante anteproyecto demuestra una encomiable tarea por la referida Comisión redactora, pues incorpora a nuestro Derecho positivo normas que consideramos esenciales...”; Cfr. PONCE, Carlos R. -Presupuestos básicos para la instrumentación de las nuevas formas de litigación, Revista de Derecho Procesal 2019-2, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 29.

³⁰ FALCÓN, Enrique M. -La comunicación efectiva, Revista de Derecho Procesal 2019-1, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2019, p.19.

³¹ Compartimos la aguda reflexión de GÓMEZ ALONSO de DÍAZ CORDERO y BERMEJO al señalar que “Un proceso transparente es uno respetuoso de la verdad, en una coordinación de saber y publicitar lo cierto como decidir también lo correcto. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Europa recepta en sus precedentes a la transparencia. Entiende a ésta como lo cierto, lo verdadero. Es otra aproximación a la buena fe referida y el respeto a la legalidad.”; Cfr. GÓMEZ ALONSO de DÍAZ CORDERO, María Lilia y BERMEJO, Patricia -El principio de transparencia en el Proyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Revista de Derecho Procesal 2020-1, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2020, ps.172 y 173.

a evitar su paralización y adelantará su trámite con la mayor celeridad posible”. El art. 7 prescribe “Economía, celeridad y concentración procesal. Los procedimientos serán rápidos y sencillos. El juez tomará las medidas necesarias para lograr la mayor economía en la realización del proceso. Los actos procesales se practicarán sin demora, tratando de abreviarse los plazos, ya sea por acuerdo de partes, por ley o por decisión judicial y de concentrar los actos procesales. Las audiencias no podrán aplazarse ni suspenderse, salvo por las razones que expresamente prevea este Código o por fuerza mayor.”. Por último, el artículo 9 reza “Adaptabilidad de las formas procesales. El juez podrá adaptar las formas, sin vulnerar el debido proceso legal, de oficio o a petición de parte”.

Ahora bien, a la luz de lo dispuesto en el art. 5 que indudablemente es el fiel reflejo del principio de oficiosidad, cabe al menos preguntarse, por ejemplo, si dicha norma no entra en colisión con parte de la regulación que se efectúa en materia de caducidad de instancia en los arts. 391 y siguientes.

Sin perjuicio de lo expuesto, no queda duda alguna, que en este cuerpo normativo, se dota al Juez de las herramientas necesarias para que haya un mejoramiento cualitativo en la resolución de los conflictos que se ventilan a diario en los tribunales.

El libro Primero, título primero, refleja un juez con un rol protagónico, que conduce y gestiona el conflicto que se le lleva a su conocimiento con partes protagonistas del proceso pero que abandonan ciertas prácticas -prejuicios- del proceso adversarial puede llegar a ser la piedra basal para un proceso colaborativo, justo, rápido y eficaz donde se materialice una plataforma real para el diálogo -eficiente y fructífero- entre todos los protagonistas.

Cabe hacer notar, que, de la mano de este nuevo rol del Juez, encontramos el desplazamiento del principio dispositivo, triunfando el principio oficiosidad. Aunque por momentos, como apuntamos, con alguna contradicción, que permite colegir, que el principio dispositivo no queda tan relegado como podría observarse liminarmente. Independientemente de ello, es razonable advertir de lo expuesto, que el modo fijado para la gestión del proceso bajo la dirección del Juez, se encuentra íntimamente vinculado con el resultado que se espera de la Jurisdicción³².

Pues bien, a continuación, abordaremos el rol del juez en el Anteproyecto de CPCCN desde la perspectiva de la intermediación y la oralidad como corolario de un proceso eminentemente oral -no puramente oral- toda vez que se escogió el proceso por audiencias como forma de llevar adelante este sistema eminentemente oral.

De modo que intermediación y oralidad son dos notas de vital importancia a la hora de analizar el futuro obrar de un juez en un proceso civil que, indudablemente, humaniza al proceso judicial y humaniza al magistrado que interviene en una determinada contienda.

³² BERIZONCE, Roberto O. *-Técnicas de tutela temprana y sistema de la oralidad*, Revista de Derecho Procesal 2019-1, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2019, p.383.

En esta cuestión, conjuntamente con los arts. 2 y 3 del Anteproyecto antes transcriptos,, reviste fundamental importancia, el art. 45, que en sus veinticuatro incisos regula celosamente los deberes de los jueces³³.

³³ Art. 45 del Anteproyecto de CPCCN: “- *Deberes de los jueces. Son deberes de los jueces: a) Actuar con absoluta independencia e imparcialidad durante todo el desarrollo del proceso; b) Asegurar la igualdad real de las partes; 21 c) Conducir el proceso activamente, ejerciendo su libertad de criterio para lograr la solución del litigio de manera justa, eficiente y con la mayor celeridad posible, para lo cual tomará de oficio todas las medidas necesarias para concentrar las actividades procesales y evitar su paralización; d) Asistir y dirigir personalmente las audiencias. La actividad procesal, salvo aquellos actos que el Código prevea que deben incorporarse por escrito, se desarrollará mediante audiencias, en las que la presencia ininterrumpida del juez es un requisito ineludible e indelegable y cuya inobservancia determinará nulidades absolutas y no convalidables. La nulidad puede ser deducida o declarada de oficio en cualquier oportunidad procesal; e) Dar al proceso el trámite que corresponda cuando el solicitado por la parte no resulte adecuado para la mejor solución del conflicto; f) Intentar la conciliación total o parcial del conflicto o incidente cuando lo estimare oportuno y conveniente. Las propuestas de conciliación no importarán prejuzgamiento. Asimismo, si las circunstancias lo justificaren, podrá derivar el juicio a mediación. Los términos de las actuaciones judiciales se suspenderán por TREINTA (30) días contados a partir de recibida la notificación por el mediador, a impulso de cualquiera de las partes. El proceso se reanudará una vez vencido dicho plazo, el cual podrá prorrogarse por acuerdo expreso; g) Hacer propuestas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria; h) Tomar las acciones positivas a su alcance, a los efectos de proteger a personas en situación de vulnerabilidad; i) Administrar la agenda de las audiencias, elaborada teniendo en cuenta el orden de radicación de los procesos, su complejidad y la necesidad de desarrollar la actividad jurisdiccional con suficiente agilidad. La agenda de las audiencias será de acceso público; 22 j) Rechazar in limine la pretensión cuando fuere manifiestamente improponible, o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste hubiere vencido; k) Intimar a su autor para subsanar las carencias dentro del plazo de DIEZ (10) días y bajo apercibimiento de tenerlo por desistido del proceso cuando la demanda carezca de los requisitos formales establecidos o resulte confusa; l) Integrar el proceso en caso de litisconsorcio necesario; m) Ordenar fundadamente las medidas de prueba necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; n) Disponer en cualquier momento la presencia de las partes, de los testigos y/o de los peritos; o) Rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifiestamente innecesarias, inconducentes o impertinentes; p) Ordenar subsanar los defectos u omisiones de que adolezca cualquier petición, antes de darle trámite y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades; q) Declarar de oficio las nulidades absolutas y disponer las diligencias que persigan evitar dichas nulidades; r) Imponer las sanciones disciplinarias correspondientes a los partícipes del proceso en los supuestos previstos en la legislación; s) Tomar las decisiones que resulten oportunas en las audiencias y decidir en principio las causas de acuerdo con el orden en que hayan quedado pendientes de resolución, salvo aquéllas que el juez estimare que deben contar con trámite prioritario por las características de la situación a tutelar; t) Dictar las resoluciones con sujeción a los siguientes plazos: 23 1) Las providencias simples, dentro de los TRES (3) días de presentadas las peticiones por las partes o del vencimiento del plazo para ello e inmediatamente, si deben ser dictadas en una audiencia o revistan carácter urgente; 2) Las sentencias interlocutorias y las homologatorias, cuando deban tener forma de tales, salvo disposición en contrario, dentro de los DIEZ (10) o QUINCE (15) días de quedar el expediente a despacho, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado; 3) Las sentencias definitivas en juicio ordinario por audiencias, salvo disposición en contrario, dentro de los CUARENTA (40) o SESENTA (60) días, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado. El plazo se computa, en el primer caso, desde que el llamamiento de autos para sentencia, dictado en el plazo de las providencias simples, quede firme; en el segundo, desde la fecha de sorteo del expediente, que se debe realizar dentro del plazo de QUINCE (15) días de quedar en estado de decidir; 4) Las sentencias definitivas en los procesos urgentes y en los procesos de amparo, dentro de los DIEZ (10) a QUINCE (15) días de quedar el expediente a despacho, según se trate de juez unipersonal o tribunal colegiado. u) Fundar toda decisión, bajo pena de nulidad, respetando el ordenamiento jurídico vigente y, como regla, el principio de congruencia. v) Corregir errores materiales o numéricos, aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión de las resoluciones acerca de las pretensiones discutidas en el litigio. w) Controlar el cumplimiento de las sentencias que reconocieran los derechos de personas en situación de vulnerabilidad, ya sea por edad, salud, género, origen, desplazamiento interno, recursos económicos, pertenencia a grupos minoritarios o*

V.3. El proceso por audiencias. La consolidación de la intermediación y la oralidad

A los ya mencionados arts. 2, 3 y 45, corresponde destacar el art. 90, toda vez que sus ocho incisos constituyen una profusa regulación en materia de reglas generales para la celebración de audiencias³⁴.

Resulta trascendental subrayar, que un proceso por audiencias va a estar compuesto de interrelaciones humanas -independientemente que asistan por sí o representando a personas jurídicas-. Dicho proceso pasará por distintas etapas y estará munido de opiniones y análisis contrapuestos, reflexiones, diálogos, concertación y toma de decisión.

Todo esto se cristalizará con la nueva gestión de los procesos que propone el Anteproyecto, consolidando la intermediación y la oralidad, confiriéndole, desde luego, un papel de trascendental importancia al juez.

La intermediación como primer pilar de un proceso por audiencias, en opinión de CHIOVENDA, “*consiste en que las partes se comunican directamente entre sí y con el juez que debe proveer, y el juez se comunica directamente con las partes y con las demás personas que intervienen en el proceso (testigos, etc.), mientras que según el principio opuesto, esta comunicación es indirecta*”³⁵.

Desde otra perspectiva, implica el encuentro frontal del juez y los litigantes. Dicho de otro modo, este contacto directo reviste enorme trascendencia, pues no sólo le confiere autoridad a las audiencias que aquél preside, sino que genera transparencia a su accionar.

En consecuencia, le permite al juez formar su convicción a medida que se produzca la prueba y se desarrolle el debate. Percibirá el rostro de los contendientes, se advertirá de sus gestos, reacciones y comportamientos: la mirada (no el mero sentido de la vista), la escucha (no el mero sentido del oído), la palabra (no la mera emisión de vocablos), sus inflexiones, su modulación, la textura de su voz y el

privación de la libertad. x) Expresarse, tanto en las audiencias como en las resoluciones, con un lenguaje claro.”

³⁴ El art 90, determina: “*Reglas generales. Las audiencias, salvo disposición en contrario, se ajustarán a las siguientes reglas: a) Se fijarán sin demora, serán videograbadas y no podrán transcribirse; b) La videograbación se incorporará al expediente electrónico y quedará a disposición de las partes; c) Serán públicas, bajo pena de nulidad. El juez podrá restringir el acceso a la audiencia, aun de oficio, mediante resolución fundada, cuando lo considere conveniente; d) Se realizarán en la sede judicial, excepto resolución fundada; e) Serán notificadas con anticipación no menor a DIEZ (10) días, salvo que existan causas justificadas; f) Para el caso excepcional en que proceda su suspensión se hará constar la causa respectiva y se fijará, en el acto, la fecha de su reanudación; g) Las convocatorias se considerarán hechas bajo apercibimiento de celebrarse con cualquiera de las partes que concurra o el apercibimiento que disponga este Código en forma especial; 40 h) Empezarán a la hora designada. Los citados sólo tendrán obligación de esperar TREINTA (30) minutos desde la hora fijada, transcurridos los cuales podrán retirarse si la audiencia no hubiere comenzado. El juez emitirá una constancia de lo sucedido.”*

³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe -*Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Reus, Madrid, 1922, t. II, vol. I, p. 174.

registro emocional (empatía, reconocimiento de sentimientos)³⁶. Las partes conocerán personalmente a quien decidirá la contienda.

Se facilita, como consecuencia de todo ello, la labor conciliatoria del Juez y en dicha inteligencia se halla facultado para proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria³⁷.

Los derechos sustantivos que son llevados a la judicatura deben verse tutelados, aunque dicha tutela no puede ser de cualquier modo. Antes bien debe transitar bajo el paraguas de la celeridad o, más propiamente, la garantía constitucional del plazo razonable, directriz, que resulta armónica con lo que dispone el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial en el Libro Primero, Título 1. Ello así, en tanto y en cuanto -a modo de ejemplo- se consagra: la *tutela judicial efectiva* (art. 1), la *inmediación, concentración y celeridad* (art. 2); el *impulso oficioso*; (art. 5); la *economía, celeridad e impulso procesal* (art. 7) y la *preclusión procesal* (art. 11).

El segundo pilar del proceso por audiencias es la oralidad. A nuestro juicio, este principio se encuentra íntimamente vinculado, con la garantía constitucional efectiva del "derecho a ser oído", y que, conjuntamente con el mandato constitucional asentado en el preámbulo de nuestra Carta Magna de "afianzar la justicia" son los pilares basales del sistema procesal que determinan el nivel de efectividad de la tutela judicial que se debe alcanzar en la prestación del servicio de justicia.

En su consecuencia, encontrará su máxima expresión con la instauración de un proceso por audiencias, presididas por el juez, que permitirá el encuentro frontal y continuo del magistrado con los litigantes y sus representantes³⁸, y la consecuente concreción de "*la intermediación del juez con las partes y el objeto de la pretensión procesal*"³⁹.

Además, posibilita el ejercicio real de los poderes del juez, al asegurarle una posición que le haga partícipe activo en la relación procesal y le asegura la autoridad

³⁶ Según Román GUBERN cuando se habla cara a cara una quinta parte del lenguaje es semántico y las cuatro quintas partes restantes son connotativas, son las miradas, el tono de la voz, el olor corporal, la gestualidad, el tacto, Diario "La Nación", 19/6/03.

³⁷ Del Informe nacional de oralidad efectiva publicado por el Programa Justicia 2020, al 30 de junio de 2019 se celebraron más de 28.000 audiencias, unas 18.900 preliminares y más de 9.500 de vista de causa, todas ellas con un cambio de paradigma fundamental: la presencia efectiva del juez. La tasa de conciliación alcanzó el 49%; en términos nominales implica que de los más de 12.600 juicios terminados en 14 jurisdicciones, en más de 6.000 finalizaron mediante acuerdos y no por sentencia judicial. Ello redundó en la disminución del tiempo de los procesos, destacándose que en el 68% su duración fue menor a dos años, y el 32% en menos de un año.

³⁸ "*En la voz viva hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, el modo de decir y tantas otras minúsculas circunstancias, las cuales modifican y desarrollan el sentido de las palabras generales, y nos suministran innumerables indicios en favor o en contra de lo que las palabras afirman*" PAGANO, M. -*Consideraciones sobre el proceso penal*, cap. XXI, citado en CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de E. Gómez Orbaneja y Rafael Greco, Valletta, Buenos Aires, 2005, vol. III, p. 125).

³⁹ El escrituralismo debe superarse construyendo un esquema de litigación donde pueda sostenerse diálogo civilizado, que se logra eficazmente solo dentro de un proceso oral, lo que en definitiva no es más que asegurar una justicia transparente, de cara al pueblo. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor -*El proceso oral y eficaz ante el milenario Tribunal de las Aguas de Valencia*, en <http://www.uv.es/coloquio/ponencias/3aguafai.pdf>.

necesaria para dirigir convenientemente el proceso y conducirlo hasta su resolución con la mayor celeridad compatible con una decisión justa⁴⁰.

VI. Presupuestos necesarios para el ejercicio real y efectivo de los poderes -deberes del juez

Está demostrado que el advenimiento de nuevos sistemas procesales y la consagración de institutos que funcionan adecuadamente en otros países son insuficientes y no transforman la realidad⁴¹, máxime teniendo en cuenta el acendrado arraigo de una formación jurídica liberal, que mostró siempre al proceso civil, como el supuesto de máxima aplicación del sistema dispositivo.

En atención a ello y teniendo en cuenta que el ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes instructorios y ordenatorios que actualmente y a pesar de encontrarse contemplados en el ordenamiento procesal vigente son escasamente ejecutados, estimamos imprescindible satisfacer -previo a todo cambio de sistema- los siguientes presupuestos liminares para garantizar en el marco de un proceso que privilegie la oralidad, la práctica efectiva de aquellos que conlleven a un servicio de justicia eficaz y transparente a través de un proceso que se desarrolle en un plazo razonable y concluya con un pronunciamiento justo.

VI.1. Formación profesional

El ejercicio de poderes deberes instructorios y ordenatorios de los jueces, sumado al necesario contralor de los letrados intervinientes, implica transformaciones organizativas y de roles para los cuales magistrados y abogados deben estar formados y preparados para llevar a cabo la labor que exige la producción probatoria, eje vertebral -en nuestra opinión- de un proceso civil eficaz.

El mejoramiento de la calidad académica de los profesionales es un objetivo indubitable y permanente de toda la comunidad educativa, por ello resulta imperioso vertebrar una reingeniería de la enseñanza universitaria, a tenor de las nuevas exigencias que demanda la sociedad actual. En esa inteligencia consideramos, que sin relegar de los principios que contiene la ilustración enciclopedista, debe modernizarse la misma, a partir de cinco ejes elementales: mayor exigencia a los educadores; modificar paradigmas: que el profesor no se limite a exponer, sino que además asuma el rol de tutor, que guíe y oriente a los alumnos y que el verdadero protagonista de la clase sea el educando no el educador (una especie de "aula

⁴⁰ Cabe una intervención activa del magistrado -no basta con "poner la cara", al decir de CALAMANDREI-, pues la verdadera eficacia de su participación exige una previa y exhaustiva lectura de las actuaciones, examinar el alcance y contenido de las pretensiones invocadas por las partes, meritar la plataforma fáctica invocada y las pruebas de que aquéllas intentan valerse. Sólo si cuenta con esta información, el juez podrá conducir en forma responsable, jerarquizada y eficiente las audiencias. En tales condiciones podrá procurar, en primer lugar, que las partes reajusten sus pretensiones y arribar a un acuerdo y si este no se concreta, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba y determinará la admisibilidad de las medidas probatorias. PÉREZ CORTÉS, Osvaldo J. *-El juez ¿Director del proceso? (A propósito de los deberes-facultades, la inmediatez y el deber de asistir a las audiencias)*, E. D., 96-889).

⁴¹ Para corroborar las experiencias en otros países, consultar: NIEVA FENOLL, Jordi *-La oralidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil: ¿se ha generado superficialidad y precipitación en la elaboración de resoluciones judiciales*, Revista Justicia 2007, p. 43; PEREIRA CAMPOS, Santiago *-La reforma de la justicia civil en Uruguay. Los procesos ordinarios civiles por audiencias*, en www.ceja.org.

invertida", al decir del pedagogo Nicholas Carr.)- ⁴²; desplazar metodologías vetustas; incorporar nuevos contenidos y renovar en forma sistémica la transmisión de los principios deontológicos. Las actividades y metodologías de trabajo deben ser diversificadas, a las exposiciones de los marcos teóricos, deben incluirse trabajos individuales y grupales, juego de roles ("*roll playing*"), dramatizaciones, videos, exhibiciones de filmes⁴³, foros de debate, talleres activos e integradores que permitan dar una visión en conjunto, incentivando el trabajo colectivo y el análisis crítico de las experiencias de los docentes.

Las clases expositivas son útiles para analizar los principios básicos que guían el encuadre jurídico de las situaciones fácticas y las premisas que rigen la actividad jurisdiccional; el método de casos es necesario para evitar que lo aprendido quede en términos puramente abstractos⁴⁴.

La nueva estructuración del proceso por audiencias impone incorporar en los programas académicos materias como oratoria forense, el arte de interrogar a los testigos y de preguntar en general; criterios científicos para la producción y evaluación de los diferentes medios de prueba, en definitiva exige una formación especial en la oralidad y con prácticas en la que el interesado participe haciendo lo que debe aprender⁴⁵. Por otra parte, la utilización de las nuevas tecnologías en el aula requiere modificaciones sustanciales en la propuesta pedagógica.

Siendo el abogado, el primer responsable en articular el encuadre jurídico del problema que se le plantea, debe transformarse en el primer mediador y conciliador de los intereses en juego, más allá de las imposiciones legales. En esa inteligencia, no puede faltar en la formación de los abogados del siglo XXI, la toma de conciencia y la adquisición de habilidades para colaborar activamente en la solución efectiva de problemas y conflictos con componentes jurídicos, sean individuales, colectivos o sociales, por lo que en los programas debe incluirse contenidos, tales como: argumentación y persuasión; negociación y mediación; teoría del conflicto, táctica y estrategia; planificación, etc.⁴⁶

Ninguna transformación que nos permita saltar el círculo de nuestro inmovilismo será posible si está ausente la ética de nuestros comportamientos. Debe tenerse en cuenta que el abogado no es un mero defensor de intereses particulares, es

⁴² El alumno debe ser actor activo, capaz de organizar el trabajo para indagar un problema, buscar soluciones, programar, articular conceptos, reflexionar sobre lo que descubre y aprende. Es imprescindible la práctica de clases activas a fin de que el educando obtenga un *pensamiento crítico* y *capacidades analítica, de síntesis y de evaluación*. Solo así se logrará generar la pasión por aprender. La participación del estudiante es vital a través de diálogos, debates, interacción entre los alumnos -como alguna vez fueron las clases de SÓCRATES-, no sólo para facilitar la comprensión, sino para hacer posible que elabore e incorpore deliberadamente a su sistema de pensamiento la habilidad aprendida u otra alternativa que él mismo prefiera, luego de ponerla a prueba y haciéndose responsable por ella ante sí mismo y ante los demás.

⁴³ El cine representa una atractiva forma de innovación educativa, pues facilita la comprensión de conocimientos abstractos, la retención de conceptos desarrolla la capacidad crítica del estudiante y potencia la interdisciplinariedad; una imagen dice más que mil palabras. GÓMEZ FRÓDE, Carina - *Cine y Derecho. Dos disciplinas interconectadas*, edición de autor, México, 2012, ps. 45-46.

⁴⁴ El sistema de casos diseñado por Christopher Columbus LANGDELL, Decano de la Escuela de Derecho de Harvard en 1870 entusiasma a los alumnos y los acerca a la realidad práctica de la ciencia jurídica. Constituye un complemento importante a la inexorable lectura de los libros de textos y el análisis y tratamiento de las normas integrativas de nuestro ordenamiento jurídico.

⁴⁵ "Oigo: olvido. Veo: recuerdo. Practico: entiendo". Antiguo proverbio chino.

⁴⁶ GUADAGNA, Rolando O. -*Capacitación profesional y entrenamiento de abogados*, Fundación JUS, La Plata, 2000, p. 18.

el obligado intermediario entre los particulares y el juez. La Justicia no podría funcionar sin la existencia de los profesionales de derecho. Esa actividad monopólica traducida en una función privilegiada, genera en consecuencia, una multiplicidad de deberes, cargas y obligaciones.

Resulta imperioso y necesario que los principios deontológicos que podríamos resumir en la lealtad, la dignidad y el decoro sean transmitidos sistemáticamente a los estudiantes con firmeza y profundidad, de tal manera que los egresados puedan satisfacer con plenitud, en el cumplimiento de tan ilustre y honorable profesión las exigencias que tiene el alto destino de estar al servicio de los semejantes y de la sociedad y no incurrir en responsabilidades e incumplimientos legales⁴⁷.

Existe un estrecho vínculo entre los problemas éticos y la independencia judicial, por ello en la medida que la enseñanza universitaria tenga aptitud para moldear el comportamiento de los jóvenes que asisten a sus aulas dentro de ciertos y determinados parámetros axiológicos, coadyuvaremos a la formación de futuros funcionarios y magistrados que demostrarán en el ejercicio de su cometido, hombría de bien, prudencia, serenidad de juicio, eficiencia, neutralidad, rectitud, integridad e independencia, presupuestos indispensables para afianzar la justicia.

La abogacía debe servir a la justicia y quienes nos consagramos a ella debemos ejercer la defensa de los derechos públicos y privados, conforme a las normas legales y sujetarnos a los principios de legitimidad, legalidad y equidad, pero fundamentalmente con estricto apego a las normas morales.

El cumplimiento de estos preceptos se hace insoslayable cuando el Código Civil y Comercial de la Nación prescribe que los derechos deben ser ejercidos de buena fe (art. 9) y no ampara el ejercicio abusivo del derecho (art. 10), y el CPCCN confiere a los jueces el poder-deber "de prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe" -art. 34, inc. 5º, ap. IV-, de los que se deriva el *deber de decir verdad* contemplado en el art. 6 del aludido Anteproyecto⁴⁸.

Por otra parte, debemos desterrar la concepción de que los diplomas universitarios tengan legitimidad temporal permanente, ELLO SIGNIFICA GENERAR ABOGADOS DE CARTÓN. Es ineludible que los graduados se encuentren obligados a renovar la validez de su título periódicamente, ya sea a través de una determinada práctica profesional o de contactos con el saber científico. Obligación similar les cabe a los integrantes del Poder judicial que deben tener la responsabilidad de realizar los cursos de perfeccionamiento y cumplir sus

⁴⁷ A las responsabilidades civiles que corresponden por impericia profesional o conducta negligente, debe adicionarse las responsabilidades penales contempladas en los arts. 156 (secreto profesional) y 271 (prevaricato) del Código Penal, las sanciones procesales o profesionales emergentes de la violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe que el art. 34 inc. 5º, ap. IV, del CPCCN impone a los jueces prevenir y sancionar, como asimismo las que surgen por incumplimiento de los deberes impuestos por las normas insertas en los Códigos de Ética de los Colegios de Abogados Departamentales y estatales.

⁴⁸ Consagrado en el art. 138.1 de la Ordenanza procesal alemana, reformada en el 2002, art. 86 Código General del Proceso colombiano, entre otros. Hace varias décadas COUTURE precisaba: "Existe un deber jurídico de expresar la verdad en el juicio civil. No se trata tan sólo de un precepto moral y de conducta, sino de una norma positiva...La infracción unilateral a ese deber se vigila por la contraparte, mediante el principio contradictorio y el juez la sanciona en la sentencia mediante las atribuciones que la ley le confiere". COUTURE, Eduardo J., *-El deber de decir verdad en el juicio civil*, La Ley, 9-30 con abundante legislación comparada que contienen textos expresos en tal sentido.

objetivos⁴⁹, integrando esta obligación, la conducta debida en el ejercicio del cargo, requerida por la Constitución a magistrados y funcionarios⁵⁰. Los Principios de Bangalore en su art. 6.3. prescriben que “*Un juez dará los pasos para mantener y aumentar sus conocimientos y habilidades y cualidades personales necesarias para el correcto desempeño de sus funciones judiciales*”⁵¹.

Se suele afirmar que el ser humano en general es bueno, pero vigilado y controlado seríamos mejores. De ahí que es liminar un sistema obligatorio de control de la actividad que despliegan los jueces y abogados en sus respectivas funciones. *Para los magistrados*: sistemas de auditorías generalizadas y periódicas –que pueden ser internas y/o externas- tendientes a determinar la eficacia y eficiencia de la gestión judicial de manera sistemática⁵², incluyendo un seguimiento constante mediante indicadores ciertos que evidencian el cuadro existente de situación y avance⁵³, y referente a los *letrados*, debe extinguirse el espíritu corporativo que reina en los tribunales de disciplina de los colegios de abogados para que se sancione con severidad a los profesionales que incurran en inconductas o mala praxis. No basta con erradicar la corrupción –lo cual no es poca cosa- sino que también es indispensable eliminar la mediocridad reinante en muchos sectores del ámbito forense, por lo que hay que bregar por una labor de excelencia.

VI.2. Cambio de mentalidad

Habida cuenta de nuestra frustrante experiencia, es imprescindible una real toma de conciencia de las innovaciones consagradas, con el consecuente cambio en las pautas culturales a fin de que éstas sean plenamente aceptadas por todos los operadores del derecho. La modernización es en primer lugar una transformación de la actitud mental.

Lo expresó con claridad MORELLO: “Si los operadores no cambian de mentalidad –como los políticos de promesas, fugándose de la realidad- y se aferran a sus hábitos en la comfortable rutina de lo establecido, que conocen y preservan

⁴⁹ Es imprescindible “mejorar la instrucción de los jueces en materia probatoria, saliendo de lo estrictamente procedimental y avanzando en el camino de las ciencias que suministran las máximas de experiencia que precisa el juzgador, como la psicología del testimonio o la semiótica textual”. NIEVA FENOLI, Jordi, *-Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras*, Revista Justicia 2012, p. 120. Nociones tales como memoria, codificación, retención, recuperación, registro, mentira, veracidad, exactitud, carga cognitiva, contextualización, orden secuencial, orden temporal inverso, relato, narración, contradicción, contenido verbal, señales paraverbales, control intersubjetivo, etcétera, no pueden ser ignoradas por los operadores jurídicos. MEROI, Andrea A. *-La prueba por declaración y la reforma procesal civil*, Revista Derecho Procesal 2019-1, Sta. Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 219.

⁵⁰ Así lo prevé para los funcionarios y magistrados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley N° 31 de Organización del Consejo de la Magistratura y creación del Centro de Formación y Capacitación Judicial, sancionada el 28.5.1998, E. D., Legislación Argentina, 1998-A-1537,

⁵¹ Los *Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial* fueron aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su resolución E/CN.4/2003/65/anexo, en La Haya, en noviembre de 2002 y fueron adoptados el 10 de enero de 2003, habiéndose adherido la SCJN mediante acordada n° 5/2009.

⁵² Según enseñan los especialistas en planeamiento estratégico, el Poder Judicial presenta una cultura organizacional de “reinos” cuya estrategia no parece incluir la buena atención al usuario, ni la rapidez de atención, ni el tiempo del usuario. PIAGGI, Ana L., “Capacitación de Magistrados y Abogados”, Revista Plenario, publicación de la Asoc. de Abogados de Bs. As., n° 48, oct.nov.dic.99.

⁵³ En España existe un sistema de auditoría interno, a cargo de un Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial. En la Provincia de Río Negro además de funcionar un auditor judicial interno, se ha encomendado a la Fundación Fores la realización de una auditoría periódica de desempeño externa.

contra viento y marea, ningún *aggionarmiento sólo legal* traerá beneficios”⁵⁴. En su incansable e inagotable labor docente, nos insistió que “nuestra cultura democrática no ha podido superar las nubes del corporativismo en los que estamos instalados...Ni cambios de planes de estudios; ni habilitación profesional o voluntario test de competencia para poder ejercer la profesión, ni alteración de ferias y horarios, hábitos y vectores, ni someternos a llamados periódicos de resultados y actualización, ni acentuar deberes y responsabilidades”⁵⁵. En el mismo sentido, se ha dicho que “abogados y jueces; profesores y la mente del pueblo en general, son poco afectos a las mudanzas de los criterios de organización que conocemos o a las que estamos acostumbrados, por distintas razones. Una es la pereza mental de trabajar para construir un sistema nuevo, ya que si se abandona un modo de ver y resolver los conflictos, necesariamente debe reemplazarse por otro”⁵⁶.

Puntualizó CAPPELLETTI hace más de medio siglo que no debemos reiterar la hipocresía de mantener la vigencia de un código que proclama principios abstractos que no ha tenido mayores intenciones de materializarlos en la realidad, acentuada aún más por la práctica forense⁵⁷. Debemos abandonar posturas tradicionales, en las que hemos vegetado por décadas y generaciones. Los tiempos de hoy exigen nuestro real y sincero protagonismo. Sólo quienes acepten el desafío serán capaces de generar la transformación que ambicionamos. Debemos torcer el brazo a la conservadora clase forense y judicial, y al “no se va a poder”.

Pero eso sí, partiendo del presupuesto elemental, que el accionar comienza asumiendo deberes y responsabilidades, es decir, que debemos ser –los abogados, los magistrados y los docentes⁵⁸- los primeros en involucrarnos en el cambio de mentalidad.

VI. 3. Conciencia política

Es imprescindible la voluntad de innovar, el impulso político y su permanencia de hacer y mejorar; de qué sirven los congresos científicos, las iniciativas legislativas, la depuradora, profunda y paciente labor de nuestros estudiosos e investigadores, si los responsables de canalizar e instrumentar los proyectos conscientemente elaborados, se muestran indiferentes e ignorantes.

Los dirigentes políticos, empresariales y sindicales, los docentes y estudiantes, los abogados y magistrados, los funcionarios y empleados, debemos tomar conciencia de que no podemos seguir como estamos y de la necesidad urgente de vertebrar una POLITICA JUDICIAL, que conforme UN PROGRAMA INTEGRAL DE REFORMAS PARA LA JUSTICIA, en carácter de *política de Estado*, es decir, *una política pública, que trascienda gobiernos e ideologías políticas* a fin de que en el proceso civil se implemente la oralidad, y especialmente la intermediación, con el

⁵⁴ MORELLO, Augusto M. –*Formación del justiciable para los temas de la justicia, con particular referencia al proceso civil por audiencias*, E. D, 197-614.

⁵⁵ MORELLO, Augusto M. –*Un pacto de estado para la justicia*, La Ley, 2001-C-1303.

⁵⁶ ETCHEVERRY, Raúl A. –*Necesidad de una reforma legislativa para un sistema claro, orgánico y coherente de los entes de organización y autogestión*, La Ley, 2009-B-1168.

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro –*Libertad individual y justicia social en el proceso civil italiano*, en "Proceso, ideología y sociedad", trad. Santiago SENTÍS MELENDO y Tomás A. BANZHAF, Bs. As., EJE, 1974, p. 104.

⁵⁸ La Ministra de Educación de Finlandia –país reconocido por su excelencia educativa- y preguntada en una conferencia de prensa sobre los ejes en que se fundamenta la educación en su país, contestó: tres son las claves: los profesores, los profesores, los profesores.

consecuente ejercicio real de los poderes-deberes instructorios y ordenatorios conferidos al juez, que deberá planificarse y materializarse en sintonía, armónica, coetánea y responsablemente, pues caso contrario toda reforma desemboca en un fracaso y en una nueva frustración social.

Dicha reforma deberá incluir inexorablemente la reestructuración del Consejo de Magistratura, cuya demora en la realización de los concursos y la excesiva politización -por su deformada integración- no satisface sus objetivos liminares tendientes a asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia (art. 114, inc. 6º, Const. Nacional)⁵⁹.

VII. Conclusión

Para finalizar recurrimos a las sabias enseñanzas del Maestro Francesco CARNELUTTI quien, a mediados del siglo pasado, proclamaba que la concreción de una justicia eficaz, rápida y transparente exigía tres presupuestos esenciales: 1. Un ordenamiento adjetivo suficientemente *aggiornado* que contemple los institutos procesales más actuales. 2. Una infraestructura adecuada con los adelantos más modernos. 3. Excelencia del factor humano. Este es el elemento vertebral, no es casual que el Maestro COLMO nos advirtiera "dadme buenos jueces que aun con malas leyes te daré una buena justicia"⁶⁰, y en la misma sintonía, BIDART CAMPOS puntualizará "un buen juez siempre hará justicia: con ley, sin ley y aún con mala ley"⁶¹.

Si el sistema judicial garantiza un número adecuado de órganos jurisdiccionales a fin de atender la multiplicidad de conflictos judiciales que se han incrementado en las últimas décadas -ante la omisión desidiosa de los gobernantes que ignorando la dramática situación de los litigantes afectan gravemente derechos humanos fundamentales, como son el acceso a la justicia y la duración razonable de los procesos-, y los magistrados cuentan con insumos tecnológicos e infraestructura apropiada para el desarrollo de su labor y gozan de la suficiente preparación y formación para el ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes que el actual ordenamiento procesal les confiere y les impone, y asumen un rol preponderante a fin de abandonar la delegación de funciones y el escrituralismo, especialmente en la etapa probatoria de esencial relevancia en el proceso civil, y conjugarlos con los principios de intermediación, concentración, celeridad, economía, proporcionalidad, buena fe y deber de colaboración de las partes, estamos convencidos de concretar un servicio de justicia accesible sin exclusiones, adecuado, eficiente, eficaz y efectivo, y al menor costo, que proporcione seguridad, legalidad y paz social, sin descuidar los valores de libertad individual y justicia social.

⁵⁹ Es de pública notoriedad la falencia en la selección de jueces probos, idóneos e independientes, como en la casi nula apertura de procedimientos de remoción de magistrados que incurren en mal desempeño de su cometido.

⁶⁰ COLMO, Angel -*La justicia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1957, p. 64.

⁶¹ BIDART CAMPOS, Germán J. -*Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Bs. As., Ediar, 1968, p. 32.

CAPITULO III

MODIFICACIONES POR ACORDADAS Y RESOLUCIONES CON INCIDENCIA EN EL CPCCN TENDIENTES A ENCAMINAR CON LA DIGITALIZACIÓN, LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO.

Por Eduardo SIRKIN (*62)

Sumario: 1. Días hábiles, inhábiles y feriados. 2. La incorporación de escritos al sistema digital y presencialidad. 3. Pandemia y modificaciones por acordadas de la CSJN. Días de nota. 4. Operatoria de ingreso y asignación de causas y comunicaciones por oficio. 5. Los protocolos anexos y distintas formas de notificación ante la emergencia pandémica. 6. Lugares y formas para acceder a la documentación electrónica. Conclusiones.

Teniendo en cuenta que el CPCCN rige desde el 01-FEB-1968 por ley 17.454, con las sucesivas modificaciones, la CSJN en ejercicio de sus potestades, además del R.J.N.⁽⁶³⁾, ante la pandemia desatada por el Covid-19 o Coronavirus, dictó una serie de Acordadas durante 2020 y 2021⁽⁶⁴⁾.

1. Días hábiles, inhábiles y feriados.

Así fue que la n° 4/2020 dispuso declarar inhábiles los días 16 al 31 de marzo de 2020 (⁶⁵) para las actuaciones judiciales de todos los tribunales que integren el Poder Judicial de la Nación. Asimismo, ordenó suspender la atención al público salvo casos especiales y que a partir del 18-3-2020 todas las presentaciones que se realicen en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal serán completamente en formato digital a través del IEJ. (⁶⁶).

⁶²Profesor Adjunto Consulto de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la UBA. Ex Subdirector del Departamento de Derecho Procesal de dicha Facultad. Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Presidente de la Comisión de Derecho Procesal de la AABA. Director y Docente del Curso de Iniciación Profesional Área Procesal Civil y Comercial de dicha Entidad. Designado Miembro Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro de la Sección Procesal de la primera Comisión de 26 Juristas del país, designada por el Ministerio de Justicia de la Nación para el Digesto Jurídico Nacional. Ex Profesor de Derecho Procesal en la Carrera de Derecho de Alta Tecnología en la Universidad Católica Argentina. Designado Profesor Honorario de la Universidad Abierta Interamericana desde noviembre 2014. Distinguido por el Rector y el C.S. de la U.B.A. por su docencia durante 50 años ininterrumpidos en la Facultad de Derecho.

⁶³ CSJN. Acordada S/N del 17-12-1952 (Fallos: 224:575) y sucesivas actualizaciones.

⁶⁴ Las Acordadas de la CSJN están publicadas en: <https://www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-resoluciones/acordadas-de-la-corte-suprema>.

⁶⁵ CSJN. Acordada 4/2020 del 16-3-2020. Declarar inhábiles los días 16 a 31 de marzo del presente para las actuaciones judiciales ante todos los tribunales que integren el Poder Judicial de la Nación. Disponer que los tribunales aseguren una prestación mínima de servicio de justicia durante el plazo establecido. Suspender la atención al público salvo para las actuaciones procesales en la que resulte indispensable la presencia de letrados y/o las partes. Establecer que los asuntos que no admitan demoras, las partes podrán solicitar habilitación de días y horas inhábiles. tras rija la suspensión de clases el otorgamiento de una licencia especial, con goce de haberes, a los padres, madres, tutores o adoptantes a cargo de menores. Disponer que a partir del 18 de marzo del 2020, todas las presentaciones que se realicen en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal serán completamente en formato digital a través del IEJ.

⁶⁶ IEJ. Consulta de Identificación Judicial. Llamado Sistema.

Nos hemos referido a los días inhábiles, feriados, de nota, escritos judiciales y modificaciones al CPCCN vía acordadas de la CSJN, pudiendo presentar confusión la utilización de los términos días inhábiles y feriados, “ya que en numerosas ocasiones dan lugar a interpretaciones dispares, cuando deberían ser unívocas, ya que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Reglamento para la Justicia Nacional determina cuáles son días hábiles e inhábiles.

Esa es la razón de ser, por la cual al dictar alguna acordada por situación especial declarando inhábil algún día, es común confundirlo con un feriado judicial, no obstante que, por su redacción al mantener la vigencia de las diligencias cumplidas, se podrían referir en realidad a un asueto decretado, teniendo las ferias de enero y julio su apropiada denominación.

La ley 25.488 que entró en vigencia el 22 de mayo de 2002, modificó el más común de los medios de notificación o sea el previsto en el art. 133 del CPCCN al establecer que si algún martes o viernes fuese feriado se operará la notificación el inmediato día de nota, dejando de lado la terminología anterior del “siguiente hábil” que había establecido la ley 17.454.

Ello dio lugar a disquisiciones semánticas respecto a la diferencia –a nuestro juicio inexistente- entre los llamados días inhábiles y los feriados judiciales.

En lo que respecta al tiempo de los actos procesales según el código de rito, se practicarán en días y horas hábiles bajo pena de nulidad, estableciendo cuales son el artículo 152.

El Reglamento para la Justicia Nacional (*RJN*), no califica la inhabilidad de los días, ni dice expresamente qué días son inhábiles, sino que señala el comportamiento de los tribunales en esos días. De esto se infiere que, días inhábiles son aquellos en que no hay actividad tribunalicia, como resultado de una sintaxis por demás objetable.

Se deduce que son días hábiles todos los del año, exceptuados los inhábiles, aunque parezca perogrullada. Son *días inhábiles*, los no laborables, incluyendo las festividades; los del mes de enero; los días de la feria de julio y los que se declaren feriados judiciales. Es hábil el día en que se dicte asueto.

En realidad, la diferenciación entre “día feriado” y “día inhábil” podrá tener virtualidad desde un punto de vista extraprocesal, pues conforme se ha dicho, nadie desconoce por ejemplo que el 2 de enero es inhábil para la administración de justicia, pero desde el punto de vista de la actividad ajena a la judicial es perfectamente hábil -v.gr. administración pública; comercio o industria; actividad privada en general-, siendo indiferente a los fines estrictamente procesales y de cómputo de plazos, pues tanto un feriado nacional como la feria de enero es inhábil a esos fines. ⁽⁶⁷⁾

Reitero que las disposiciones pertinentes del Reglamento para la Justicia Nacional, Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 17 de

⁶⁷ SIRKIN, Eduardo -*Acerca de los plazos de días hábiles en el CCyCN y en el CPCCN*, eIDial.com - DC2607

diciembre de 1952, texto actualizado por sucesivas acordadas, individualizado como R.J.N. son: arts.; 2; 3 4;5;6 y 7 y del CPCCN: art. 152; 153 y 154.

La atribución de sinónimos a los términos “feriado” e “inhábil”, fue clarificada en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, *Sala “F”* en su composición del año 1981 interpretando, que en ambos casos estamos en presencia de “feriados judiciales” es decir días durante los cuales se suspende la actividad específica tribunalicia “inhábiles” para la Administración de justicia, que podrán o no coincidir con los “feriados nacionales” (68)

2. La incorporación de escritos al sistema digital y presencialidad.

La CSJN reglamentó algunas normas del CPCCN en algunos casos en demasía, sometiendo los trámites procesales al sistema digital, la incorporación de los escritos en ese formato en el Sistema; la validez brindada a las presentaciones bajo responsabilidad del letrado interviniente como declaración jurada y el cambio en la operatoria ante el impedimento de circulación; acceso físico y temor a los contagios.

En la Acordada 31/2020 (69) a la que me referiré más adelante se modificó el sistema disponiendo que el letrado quedará en custodia de la documentación original y de los escritos que su patrocinado firme ológrafamente para acompañarlos en caso que les sea requerido.

Todo será digital, salvo la notificación del traslado de demanda y otros actos pendientes de adaptación al Sistema informático.

Se ha mantenido sin modificación la Acordada 36/2013 70 que reguló el domicilio electrónico y sistema de notificaciones por medios electrónicos.

Se han complementado con el devenir de sucesivas actuaciones, la exigencia a las partes en procesos iniciados con anterioridad, de digitalizar la documentación y escritos, a partir de la Acordada 31/2020 (71) para facilitar el trámite.

No es óbice, para que se realicen oralmente las audiencias vía Zoom; Rest Api; Jitsi Meet, videoconferencia de la CSJN o el Sistema que lo permita, por supuesto grabándose la misma en video y teniendo acceso los intervinientes al mismo.

También, la aplicación del sistema mixto de presencialidad de testigos con recepción vía Zoom u otro medio con participación de funcionarios, partes, letrados, peritos y demás operadores según sea el caso.

3. Pandemia y modificaciones por acordadas de la CSJN. Días de nota.

68 CN CIV Sala F :“Zambano de Flores, Lidia c/ Waldorf, Soc. en Com. por Accs, ” 30-12-1980, publicado en: L.L. 1981-C-564; E.D. 93-340)

69 CSJN. Acordada 31/20 del 27-7-2020. <https://www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-resoluciones/acordadas-de-la-corte-suprema>

70 CSJN Acordada 36/2013 del 1-10-2013 DOMICILIO ELECTRONICO. Expediente N° 7630/11. Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos. Aplicación.

71 CSJN. Acordada 31/20 pag. 20 ANEXO II I, 3. Lo expedientes anteriores al dictado de aquella (Acordada 4/2020); a los que puedan integrarse digitalmente las piezas correspondientes, para facultar la continuidad del trámite y su resolución, por disposición del tribunal, podrán ser considerados de igual manera.

Por Acordada 5/2020, la CSJN se dispuso que a partir del primero de marzo de 2020 la ampliación del horario para dejar nota en los términos del art. 133 los martes y viernes hasta la 20 hs. en virtud de lo establecido en el art. 152 del CPCCN.⁽⁷²⁾ Todo ello dentro del proceso de cambio y modernización de la prestación del servicio de justicia y entre otros fundamentos los de la Acordada 3/2015 que extendió el régimen de la Acordada 8/2020 respecto de la aplicación del régimen de nota electrónica en lugar del Libro previsto en el CPCCN.

Sin perjuicio de apuntar nuevamente, que en la Acordada 5/20 que lleva fecha 19 de marzo de 2020 y rige desde el primero de marzo de 2020 cuando el funcionamiento del Sistema y acceso físico a los Tribunales, era normal, no deja de llamar la atención que manteniéndose el horario de 07:30 a 13:30 se amplíe el horario para impedir quedar notificados hasta las 20 hs. para dejar nota, cuando los fines el art. 133 son para ello, salvo que sea ampliado el horario judicial en una situación de crisis, que, hasta el momento no se ha dispuesto.

Es una obviedad, que uno de los principios procesales es el de preclusión y su derivación a la perentoriedad de los términos, de forma tal que, ante su conclusión, no se puede modificar, suspender ni prorrogar.

⁷² CSJN. Acordada 5/2020. En Buenos Aires, a los 19 días del mes de marzo del año 2020, los señores Ministros que suscriben la presente, CONSIDERARON: 1) Que dentro del proceso de cambio y modernización en la prestación del servicio de justicia y en el marco del Plan de Fortalecimiento Institucional que el Poder Judicial de la Nación viene desarrollando, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en uso de las facultades que le otorga la Constitución Nacional y en razón de la sanción de las leyes No. 26.685 y 26.856, ha dictado las siguientes acordadas: 31/2011, 31/2012, 8/2012, 29/2012, 14/2013, 15/2013, 24/2013, 35/2013, 36/2013, 38/2013, 43/2013, 21/2014, 6/2014 Y 11/2014; Y la resolución 2998/2014, por medio de las cuales se ha procedido a reglamentar distintos aspectos vinculados al uso de tecnologías electrónicas y digitales y su gradual implementación en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, a partir de la puesta en marcha del Sistema de Gestión Judicial, Lex 100.

2) Que la Acordada 3/2015 dispuso extender el régimen que estableció la acordada 8/2012, respecto de la aplicación del Libro de Asistencia por medio de una constancia en la línea de actuaciones del programa electrónico de gestión de causas, tanto de manera presencial como remota.

3) Que el Colegio Público de Capital Federal, la Unión de Empleados de Justicia de la Nación y la Cámara Federal de Posadas, solicitaron extender el horario para dejar nota hasta las 20 hs., los días martes y viernes.

4) Que en este contexto, y teniendo en cuenta las solicitudes indicadas, se considera conveniente y factible la ampliación del horario para dejar nota de manera remota, en los términos del artículo 133 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación los días martes y viernes hasta las 20 hs., ello en virtud de lo establecido por el artículo 152 del código citado.

5) Que ello facilitara la tarea a los letrados y autorizados en las causas y posibilitara la descongestión informática que se produce los martes y viernes, mejorando además la performance del Sistema Informático de Gestión Judicial.

6) Que la presente medida se dicta en ejercicio de las competencias propias de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación como cabeza de este poder del Estado (art. 108 de la Constitución Nacional, cuyas atribuciones se encuentran ampliamente desarrolladas en los antecedentes que cita la Acordada N° 4/2000, considerandos 1 al 7) por cuanto el dictado de sentencias, acordadas y resoluciones resulta un acto propio del Poder Judicial, en tanto el Tribunal tiene las facultades de dictar su reglamento interior (art. 113 de la Constitución Nacional). Por ello, ACORDARON:

Disponer que, a partir del primer día hábil de marzo de 2020 se extenderá el horario para dejar nota digital remota, en los términos del artículo 133 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, hasta las 20 hs.

Todo lo cual dispusieron, ordenando que se comunique, se publique en la página web del Tribunal, en el Boletín Oficial, en la página del CIJ y se registre en el libro correspondiente, por ante mí, que doy fe.

Con mayor razón si en las Acordadas se ha dispuesto:

“Mantener el horario de atención al público para los tribunales de feria de lunes viernes desde las 09:30 hasta las 13:30 horas.”⁽⁷³⁾ Esa omisión implica una contradicción y/o modificación de lo dispuesto en el art. 152 del CPCCN⁽⁷⁴⁾ atento a que expresa: “..Son horas hábiles las comprendidas dentro del horario establecido por la Corte Suprema para el funcionamiento de los tribunales...” y en la misma norma se aclara que ;”... pero respecto de las diligencias que los jueces, funcionarios o empleados deben practicar fuera de la oficina, son horas hábiles las que median entre las siete y las veinte.

Finalmente se seguiría alterando lo dispuesto en el art. 288 del Código Civil y Comercial, en cuanto a que exige la validación por medio electrónico de la firma digital, y la Acordada 4/2020 la ha sustituido por firma electrónica.⁽⁷⁵⁾

Sabemos que, durante las Ferias judiciales, las presentaciones deben contener los fundamentos suficientes para convencer al juez de la urgencia y necesidad de su tratamiento para que el mismo disponga la habilitación de la feria. Pero en el curso de 2020, mediante Acordadas de la CSJN y Resoluciones de Superintendencia de las Cámaras se ha ido agilizando la posibilidad de transferencias bancarias para el pago de alimentos, honorarios, habilitando la Feria Extraordinaria a los fines de la determinación de los mismos y su cobro.⁽⁷⁶⁾

Tenemos en cuenta que, si se habilitó la Feria, dependiendo del trámite y estado del proceso nos habíamos encontrado con distintos medios de notificación.

a) Si el expediente estaba en trámite, la notificación procede mediante el Sistema electrónico al domicilio electrónico constituido, atento a que el mismo mantiene su vigencia hasta tanto no sea modificado y notificado en los términos del art. 42 del CPCCN.⁽⁷⁷⁾

b) Si se trataba de una demanda, por Acordada 12/2020 de la CSJN se impuso un Procedimiento de recepción de demanda, interposición de recursos directos, recursos de queja ante Cámara, regulándose en el ANEXO el Procedimiento de

⁷³ CSJN Acordada 14/20 del 11-5-20

⁷⁴ CPCCN Art. 152.- Días y horas hábiles. Las actuaciones y diligencias judiciales se practicarán en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad. Son días hábiles todos los del año, con excepción de los que determine el Reglamento para la Justicia Nacional. Son horas hábiles las comprendidas dentro del horario establecido por la Corte Suprema para el funcionamiento de los tribunales; pero respecto de las diligencias que los jueces, funcionarios o empleados deben practicar fuera de la oficina, son horas hábiles las que median entre las siete y las veinte.

⁷⁵ C.C.y C. ARTÍCULO 288.- Firma. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento

⁷⁶ CNCIV Sala J, 16-6-20 en autos: R.A.M. c. M.C.C. s/ Ejecución de Acuerdo. Exped. 42015/2016

⁷⁷ CPCCN Art. 42.- Subsistencia de los domicilios. Los domicilios a que se refieren los artículos anteriores subsistirán para los efectos legales hasta la terminación del juicio o su archivo, mientras no se constituyan o denuncien otros. Cuando no existieren los edificios, quedaren deshabitados o desaparecieren, o se alterare o suprimiere su numeración, y no se hubiese constituido o denunciado un nuevo domicilio, con el informe del notificador se observará lo dispuesto en la primera o segunda parte del artículo anterior, según se trate, respectivamente, del domicilio legal o del real. Todo cambio de domicilio deberá notificarse por cédula a la otra parte. Mientras esta diligencia no se hubiese cumplido, se tendrá por subsistente el anterior.

recepción de demandas, interposición de recursos directos y recursos de queja ante Cámaras.

c) Las cámaras debían remitir desde la cuenta de correo oficial de su Secretaría General Dirección Superintendencia, la cuenta de la General de Seguridad Informática usuarios@pjn.gov.ar, la nómina de mesas de entradas las que se deberá asignar una cuenta de correo de acuerdo con lo consignado en el punto el funcionario que será responsable de su administración con la indicación de su correo electrónico personal oficial.

4. Operatoria de ingreso y asignación de causas y comunicaciones por oficio

Por la Acordada 31/2020 la CSJN dispuso mantener la operatoria del ingreso y asignación de causas dispuesto en la Acordada 12/2020 y los que surgen de la Acordada 11/2020 hasta tanto se concrete la puesta en marcha integral del Sistema de Ingreso Web de Causas establecido en la Acordada 16/2016.

El Sistema devolverá como acuse de recibo de la solicitud de asignación una misiva de respuesta automática explicativa del modo de consulta del resultado de la asignación, a través del módulo de Consulta Web de Causas en el cual, con el código de usuario, el letrado desplegará los expedientes relacionados con su persona no iniciados para tomar conocimiento del número d expediente asignado y su radicación. Luego, podrá incorporar el escrito de demanda y todo otro documento que corresponda, en el marco de lo dispuesto por la Acordada 4/2020 ⁽⁷⁸⁾

En la página, en la solapa de “Mis expedientes” se accede a “Radicaciones” y allí informa sobre las causas iniciadas en los últimos siete días y los que aún no fueren iniciados por el Tribunal.

Sin perjuicio que continúan adhiriéndose empresas públicas y privadas al sistema DEOX ⁽⁷⁹⁾ es conveniente consultar en la página, atento a que diariamente es alimentada esa Sección, con lo cual se agilizan los trámites considerablemente.

En el ANEXO de la Acordada 12/2020 se reguló el trámite, la necesidad en su caso de presentación en formato papel, y demás actos. Su vigencia se estableció a partir del 20 de abril de 2020. ⁽⁸⁰⁾

El juez que corresponda ameritará la procedencia de la urgencia y en su caso corra traslado de la demanda para ser notificada en el domicilio denunciado del o los demandados mediante cédula formato papel.

El Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha suplido parte de la omisión en su Resolución n° 454/20 del 30-04-2020 que cuando fuera necesario expedir algún instrumento en soporte papel para ser entregado a su destinatario o se requiera la realización de algún acto procesal en forma presencial (que no haya podido realizarse en forma remota), deberá canalizarse a través de la respectiva Sala, en el lugar que designe la Superintendencia, previa asignación de turno

⁷⁸ CSJN. ACORDADA 31/2020. ANEXO II. IV. Teletrabajo. 1) pag 24

⁷⁹ DEOX (Diligenciamiento Electrónico de Oficios)

⁸⁰ <https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=122037>

Asimismo, que todas aquellas diligencias que no puedan ser atendidas en forma remota, deberán serlo por los juzgados de guardia y en segunda instancia, en el modo indicado.

Se dispuso también librar oficio a la Administración General del Poder Judicial de la Nación, a fin de que provea elementos de seguridad e higiene al personal de la Oficina de Mandamientos y Notificaciones, especialmente para el caso en que deban realizarse diligencias en procesos en trámite por ante la Justicia Nacional en lo Civil, en establecimientos donde pueda existir alto riesgo de contagio de COVID-19

Las facultades emergen de las Acordadas de la CSJN 3/75; 19/80; 9/90 y complementaria 51/88. (81) en cuanto a que las resoluciones que dicte cada fuero y que fijen normas en el diligenciamiento de los mandamientos o notificaciones de ese fuero, serán cumplidas aprobadas que fueren, por el Tribunal de Superintendencia.

5. Los protocolos anexos y distintas formas de notificación ante la emergencia pandémica.

Por Acordada 14/2020 (82) se implementó mediante Anexos los siguientes protocolos:

5º) Aprobar los siguientes protocolos: "PROTOCOLO PAUTAS PARA LA TRAMITACIÓN DE CAUSAS JUDICIALES DURANTE LA FERIA EXTRAORDINARIA"; "PROTOCOLO REFERIDO LA CONVOCATORIA DE FUNCIONARIOS EMPLEADOS"; "PROTOCOLO PARA FORMULAR CONSULTAS EN EL PODER JUDICIAL"; "PROTOCOLO DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN, HIGIENE SEGURIDAD PARA EL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN POR LA PANDEMIA DE COVID-19", que como anexos integran la Acordada citada.

Respecto a presentaciones en Juzgados de Familia en la inteligencia que están sobrepasados, ante las urgencias de ambos lados del mostrador y las imposibilidades de acceder personalmente, como se debe actuar en forma remota por vía electrónica, por ejemplo, las notificaciones de traslado pueden variantes, como por ejemplo: Si es un reclamo nuevo, en algunos casos se ha dispuesto la notificación del traslado en el domicilio electrónico constituido en otra causa entre las mismas partes, no obstante su improcedencia, razones de buena fe, y solidaridad familiar, ameritan su eficacia, salvo que el cliente haya decidido continuar con otro letrado y pudiese no enterarse de dicha notificación lo que perjudicaría entre otras razones la aludida eficacia.

Dicha postura fue rechazada por la Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al considerar improcedente la notificación de la demanda al correo electrónico constituido por el accionado en otro expediente en trámite en el mismo juzgado no tratándose de un incidente del proceso principal y la notificación debe efectuarse por cédula al domicilio físico. (83)

81 CSJN Acordada 3/75 Organización y funcionamiento de la oficina de mandamientos y notificaciones para la justicia nacional de la capital federal dictada: 28-02-1975 b.o.: 12-iii-1975 (respecto de la oficina de notificaciones rige el reglamento aprobado por acordadas 19/80 y 9/90) norma complementaria. - retiro diario de cédulas diligenciadas Acordada 51/88, del 13-xii-1988.- Conforme con el artículo 48 del decreto-ley 1285, la Corte Suprema de Justicia nombra y remueve al personal de la oficina y reglamenta su organización y funcionamiento.

82 https://www.eldial.com/nuevo/actualidad_coronavirus.asp#Acordadas

83 CACyC de LA PLATA (Buenos Aires) SALA SEGUNDA. Citar elDial.cm – AABAD4

Sin perjuicio de ello, se ha dispuesto la notificación por WhatsApp de la demanda de alimentos invocando un enfoque con perspectiva de género disponiendo la flexibilización de las normas procesales y a fin de compatibilizar el estado sanitario actual de aislamiento obligatorio con el interés superior del niño, recurriendo a nuevas tecnologías para garantizar la efectiva comunicación del reclamo alimentario y el ejercicio pleno del derecho de defensa del demandado. (84) A su vez, en un Juzgado de Familia de San Isidro entre otras decisiones, se dispuso notificar la demanda de alimentos en el domicilio electrónico constituido por el demandado en otra actuación del mismo juzgado fijándole un plazo de 5 (cinco) días para responder, disponiendo la acumulación del nuevo expediente al de medidas cautelares en trámite. (85) Finalmente en la Justicia Nacional en lo Civil la jueza titular del juzgado n° 8 estableció la “flexibilización de las reglas procedimentales vigentes, por resultar ello imprescindible para el efectivo cumplimiento del deber asistencial alimentario por parte de los progenitores respecto a sus hijas” y en aplicación analógica del art. 548 del Código Civil y Comercial que le otorga validez a la interpelación al obligado alimentario por medio fehaciente, dispuso la habilitación de la notificación de la medida cautelar dispuesta través de la mensajería instantánea “WhatsApp”(86).

Pero las soluciones no resultan uniformes. Así se entendió que:

a) la notificación del traslado de la demanda por Carta Documento no cumple con las normas procesales ante el impedimento de acompañar documentación y la falta de certeza en su entrega o falta de ella por rechazo u otra causa y por cuanto el empleo del Correo no es comparable al Oficial Notificador que da fe de la diligencia, una vez que le informan que el requerido viva allí, con aviso de ley, no necesitando la firma de recepción.

b) la notificación del traslado de demanda mediante Acta Notarial, está prevista en el CPCCCN y procedente ante la habilitación del ejercicio profesional de los Escribanos, sin perjuicio de su elevado costo, las dificultades se presentan si el o los demandados se domicilian fuera de la jurisdicción territorial del Juzgado.

c) la notificación en el domicilio constituido electrónicamente en otro expediente independiente del principal, aunque fuese acumulado, al tener vida propia, procesalmente es cuestionable la notificación que allí se curse, corriendo riesgo de su invalidación.

d) la notificación por WhatsApp con adjunción de copias fotográficas, podría no ser eficaz atento a las posibilidades, trucos y decisiones de los usuarios que pretendan en su utilización no mostrar la recepción de mensajes, tornando ineficaz el

⁸⁴ Juzgado de Paz de General LA Madrid (Buenos Aires) 2-4-20. Citar elDial.com – AABB1D

⁸⁵ Juzgado de Familia n° 1 de San Isidro 24-4-2020 expediente n° ASI-2212-2020. Mónica Urbancic de Baxter. Jueza.

⁸⁶ Juzgado Nacional en lo Civil n° 8 C, F A c/ B, B s/ALIMENTOS - 27-4-2020 Dra. Lucila Inés Córdoba. “...dispongo la flexibilización de las reglas procedimentales vigentes, por resultar ello imprescindible para el efectivo cumplimiento del deber asistencial alimentario por parte de los progenitores respecto a sus hijas. Por tales fundamentales y en aplicación analógica de la norma prevista en el art. 548 del Código Civil y Comercial de la Nación que le otorga validez a la interpelación al obligado alimentario por medio fehaciente, establezco la habilitación de la notificación de la medida cautelar dispuesta través de la mensajería instantánea “WhatsApp”...” elDial.com - AABBAF

envío y aun habiendo sido ordenado, no poder acreditar su recepción por el destinatario.

Aplaudo la creatividad de los magistrados, aún en situaciones que procesalmente merecen reparo, si la finalidad de la comunicación se cumple, dependiendo de la buena fe y la voluntad de afectado.

En la Justicia Nacional en lo Civil, patrimonial, muchos jueces han celebrado audiencias preliminares y de vista de causa, mediante sistema oficial con excelentes resultados. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, decidió autorizar a la letrada de la actora a notificar la medida cautelar y el traslado conferido por WhatsApp al número denunciado en el escrito inicial, debiendo acreditar la recepción del mensaje. ⁽⁸⁷⁾

Lo mismo ha sucedido en la provincia de Buenos Aires. Así, en el Juzgado de primera instancia en lo Civil y Comercial n° 9 de San Martín, Provincia de Buenos Aires, el juez celebró decenas de audiencias remotas, y acuerdos conciliatorios homologados hasta la fecha. En el Juzgado de Familia n° 1 de Tigre, Provincia de Buenos Aires, la titular, ha celebrado audiencias y encuentros virtuales con idéntica eficacia. ⁽⁸⁸⁾ En San Isidro, la titular del Juzgado de Familia n°1, dispuso la notificación en el doncillo electrónico constituido en un conflicto acumulándolo al que estaba en trámite, comunicando la cautelar de aumento de cuota alimentaria. El 2 de abril de 2020 el Juez de Paz de General Lamadrid dispuso la notificación por WhatsApp de la iniciación del trámite del juicio por Alimentos, manteniendo la suspensión de los plazos⁽⁸⁹⁾. En la causa “P. M., J G. s/muerte por causa dudosa” Nro. 13.510/2020, de trámite por ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 1, Secretaria 2, de San Isidro se receptaron declaraciones testimoniales por vía telefónica.

Para finalizar recordemos entonces que todo litigante que deja un escrito, tiene el deber de concurrir al Tribunal para enterarse de su proveído, aun cuando la providencia que se dicte sea de las enumeradas en el art. 135 del CPCCN, quedando notificada por ministerio de la ley.

Algunos aspectos relevantes de la Acordada 31/2020 además de los consignados supra, a mi juicio son:

a) La prueba documental original que se acompañe deberá ser incorporada en formato digital con firma electrónica, cuando no posea otra, electrónica digital previamente impuesta. El presentante la reservará y conservará en su poder y custodia debiendo presentarla bajo su responsabilidad a solicitud del tribunal.

b) Cuando la parte actúe con patrocinio letrado, éste deberá realizar las presentaciones en soporte exclusivamente digital incorporando el escrito con su

⁸⁷ CNCIV Sala M. 01-07-2020 autos: C.L.D. c./ S.,V.J. / MEDIDAS PRECAUTORIAS, Exped. N° 17347/2020

⁸⁸ Expte. N°: INC-13680-2019 - "A. D. s/ Incidente de selección de postulantes" – JUZGADO DE FAMILIA N° 1 DE TIGRE (Buenos Aires) – 18/05/2020. Dra. Sandra Fabiana Veloso elDial.com - AABC0A.-OTRO: Expte. N° TG-7391-2019 - "S. J. V. s/ Determinación de la capacidad jurídica" – JUZGADO DE FAMILIA N° 1 DE TIGRE (Buenos Aires) – 20/07/2020 (Sentencia firme) publicado el 4-8-20. en el que celebró la entrevista personal y evaluación en forma telemática. elDial.com - AABD75.

⁸⁹ Juzgado de Paz de General LA Madrid (Buenos Aires) 2-4-20. Dra. Mónica Urbancic de Baxter, elDial.com – AABB1D

firma electrónica, en el marco de lo dispuesto en la Acordada 4/2020, de igual manera que con los documentos, los escritos deberán estar suscritos previamente de manera ológrafa por el patrocinado. El presentante la reservará y conservará en su poder y custodia, debiendo presentarla bajo su responsabilidad y a solicitud del tribunal.

c) En los casos en que el tribunal lo establezca, por cuestiones fundadas y extraordinarias, podrá requerir a la parte que presente el documento original en soporte material.

d) Se considerará fecha cierta de inicio de la demanda o de cualquier otra presentación el día en que el letrado, u otros sujeto legitimado, presente efectivamente de manera electrónica ante el Juzgado o tribunal el correspondiente escrito

e) Las presentaciones que se realicen fuera del horario de funcionamiento de los tribunales, establecido en cada jurisdicción, se tendrán por presentadas en la primera hora del día hábil posterior.

f) Directivas dirigidas a los letrados y otros intervinientes sobre la forma de presentación de los documentos informáticos:

Un archivo único por el escrito de demanda.

Un archivo único por el escrito de contestación de demanda.

Un archivo único por cada escrito que se presente posteriormente con una descripción clara de su contenido.

Un archivo que contenga agrupadamente la documental que se desee adjunta. En caso de ser necesario mayor cantidad de archivos, deberán agruparlos por tipo y detallar claramente en su descripción el contenido y en su caso número de orden sobre el total.

Se deberá ajustar en la configuración del dispositivo de digitalización la calidad de imagen a los fines que el peso informático del archivo sea el menor posible.

Recordar que el máximo peso por archivo es de 5 MB.

Recomendar la obtención y aplicación de software libre para compilar, reunir y organizar diversos documentos en un solo archivo a subir como así también ajustar su peso.

6. Lugares y formas para acceder a la documentación electrónica. Conclusiones.

El Software que puede ser obtenido en la página del Poder Judicial: <https://www.pjn.gov.ar/>. Sin desmedro del indicado, me permito reiterar y sugerir la utilización de : CamScanner aplicación gratuita sencilla de utilizar disponible en Google y en Apple. Verificar la correcta disposición y legibilidad de los archivos previo a ser incorporados al sistema. Establecer que, ante un conjunto de escritos o adjuntos de difícil tratamiento por parte del juzgado, este podrá despachar su observación o rechazo solicitando que total o parcialmente vuelva a ser incorporado al sistema.

Atento con el acuerdo brindado por la Administración Nacional de la Seguridad Social –ANSES- los traslados de demanda serán notificados por medios electrónicos.

Incluir en esa modalidad, a todo demandado que sea Persona Jurídica.

Elevación de los recursos de apelación, con y sin asignación de sala desde el juzgado de radicación, sin intervención de la Mesa de Entradas.

Relevar de la obligación de tomar audiencias con acuerdo de partes.

En las audiencias en las que se disponga realizar de manera semi presencial o remota, con aplicación de sistemas electrónicos de video audiencia, estas deberán observar medidas que aseguren su sustanciación en convocatoria y obtener, previo a su disposición, el acuerdo de partes para su celebración.

Sistema de turnos, previa solicitud con motivos fundados, con duración que no exceda los quince minutos.

Puesta en marcha del Portal de Ayuda para ciudadanos, abogados y otros usuarios en el Sistema Informático de Gestión Judicial.

Todos los organismos y otras entidades que habitualmente proveen de información en el marco de las causas en trámite en el Poder Judicial de la Nación, la obligación de incorporarse al Sistema de Diligenciamiento Electrónico de Oficios – DEOX- dispuesto por la Acordada 15/2020 ⁽⁹⁰⁾

Presentación electrónica del Formulario 3003/56 ante la Oficina de Registro de Juicios Universales, dependiente del Archivo General de ese Alto Tribunal.

Algunos de éstos temas también los he abordado el 01-07-2020 por Google meet en el PRIMER CONGRESO de DERECHO DE FAMILIA, SUCESIONES, PROCESAL CIVIL y COMERCIAL en el MARCO DE LA EMERGENCIA producido por la PANDEMIA provocada por el Covid 19 (91)

Concluyendo, traigo a colación que ya se discutía procesalmente del quite de máculas y demás obstáculos en la tramitación de los procesos con participación de juristas de todo el país en 1965 se propugnó la oralidad en materia penal y civil, en las Primeras Jornadas de la Justicia, a las que asistí.

Estuvieron los posteriormente designados autores del proyecto que devino en la Ley 17.454 los Procesalistas Dres. Lino Enrique Palacio, Carlos Alberto Ayarragaray y Carlos J. Colombo y los Camaristas Civiles Dres. Néstor Domingo Cichero, María Luisa Anastasi de Walger y José Julián Carneiro.

Fueron comentadas por Raymundo L. Fernández ⁽⁹²⁾ quien hiciera una evaluación de las distintas posturas. En el CPCCN se incorporó el Proceso Sumario como posteriormente fuera considerado proceso por audiencia, en razón de sus disposiciones en especial el art. 489 como asimismo el art. 639 del CPCCN con intención de dar solución en la primera llamada audiencia preliminar.

Es sabido que era el proceso de conocimiento más abreviado y las intenciones de los autores, quedaron colapsadas ante la inquietud ´según comentarios- formulada

⁹⁰ CSJN. ACORDADA 15/20 del 22-5-2020. Disponer que a partir del día 1 de junio de 2020 y de forma progresiva, los oficios a organismos públicos o privados que se libran de manera reiterada y habitual, se tramitarán únicamente en forma digital. Aprobar a tal fin el Reglamento para el Diligenciamiento Electrónico de Oficios con Entidades Externas al Poder Judicial -DEOX- que como Anexo integra la presente. Encomendar a la Comisión Nacional de Gestión Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la elaboración y coordinación del plan de implementación progresiva del servicio que aquí se dispone.

⁹¹ Primer Congreso de Derecho de Familia, Derecho de las Sucesiones y Derecho Procesal Civil y Comercial de la Nación en el Marco de la Emergencia producido por la Pandemia provocada por el Covid 19. Por Zoom Google Meet del 01-JUL-2020 Directores: Osvaldo Felipe Pitrau y Omar L. Díaz Solimine. Presidentes: Osvaldo Felipe Pitrau Lucila Córdoba: Exponentes: Juan Manuel Converset; Eduardo Sirkin; Agustina Errecart; Alejandra Bassi; Sebastián Nannini; Santiago Villagrán; Osvaldo Felipe Pitrau y Lucila Córdoba.

⁹² RAYMUNDO L. FERNÁNDEZ -*La oralidad y las Primeras Jornadas de la Justicia, 1965*, La Ley Nro. 119, pág. 1205

por el PEN a un prestigioso procesalista para agilizar, sobre qué proceso era conveniente suprimir y ante la respuesta del Ordinario, al parecer entendieron mal y suprimieron el sumario en la reforma por ley 25.488 que entró en vigencia el 22 de mayo de 2002.⁹³

Sin perjuicio de apoyar el expediente electrónico, una manera de precaución es, conservar copia de las audiencias, sea por grabación u otro sistema, a fin de evitar que por extravío, en el Sistema, se pierda un medio probatorio al no hallarla el personal de la Oficina de Sistemas y Tecnología.⁹⁴

Es de esperar, que con el tiempo y dependiendo de la legislación vigente, el expediente electrónico se inicie, tramite y concluya por la vía digital, en pos de la agilidad tan declamada, con intermediación de los magistrados y la participación activa de los abogados como hasta ahora.

⁹³ Ley 25.488 Publicada en el Boletín Oficial del 22-nov-2001.

⁹⁴ CNCIV – SALA L -13/08/2021 Expte – N° 63149/2012 – “G P M c/ Metrovías SA y otros s/daños y perjuicios” “Respecto a la filmación, si bien atento las particularidades del caso, no resulta de aplicación el procedimiento de reconstrucción previsto por el art. 129 del Cód. Procesal, evidente resulta que, a los fines de tener por extraviada la prueba, no basta la mera mención de que el personal de la Oficina de Sistemas y Tecnología de esta Cámara no pudo hallarla, dado que se deberá adjuntar en autos la aludida respuesta. A su vez, se deberá librar oficio al Consejo de la Magistratura - Dirección General de Tecnología-, a fin de que busque el registro y en su caso lo acompañe. Con su resultado, y de ser infructuoso, no queda más que designar una nueva audiencia a fin de que declare la testigo S, pues, pese a las manifestaciones de la apelante, resulta el único modo de reconstruir la probanza..”. elDial.com - AAC6B3.

CAPITULO IV ¿CON LA PANDEMIA EL EXPEDIENTE DIGITAL VINO PARA QUEDARSE?

Por Héctor Eduardo Leguisamón(*95)

Sumario: I) Consideraciones preliminares. – II) La notificación electrónica en el ámbito nacional. – III) El expediente electrónico en la órbita nacional. – IV) Colofón.

I. Consideraciones preliminares

Desde que hace más de veinte años se comenzó a postular la utilización de medios electrónicos para la actividad jurídica, y, algo menos, directamente el expediente electrónico, por mi cercanía con el tema dada mi condición de profesor titular especializado en educación a distancia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina, siempre sostuve que la educación a distancia nunca podría sustituir a la modalidad presencial tradicional (y lamentablemente la pandemia lo ha demostrado en todos los niveles de la enseñanza, inclusive con clases por zoom que tampoco son suficientes para sustituir a las tradicionales clases presenciales), ni los libros como tampoco los expedientes en soporte papel tal como los conocemos, podrían ser reemplazados por los *e-books* y ni los expedientes virtuales o informáticos, y es que precisamente con los libros o los expedientes en soporte papel el lector puede volver la lectura hacia atrás o adelantarla dando vuelta las páginas, marcando con un señalador o un doblar de la hoja la que le interesa para retornar luego o, incluso, con uno o más dedos de una mano, o destacar su contenido con el subrayado de un lápiz o directamente con un resaltador, cosas que se tornan más que complicadas y confusas con los medios virtuales al tener que únicamente ir para arriba o para abajo en la misma pantalla o tener que cambiar de ventana –mucho más complicado y confuso si las ventanas abiertas son varias-, y de allí es que los archivos que se encuentran en el sistema informático sean objeto de impresión para luego en soporte papel trabajar con el contenido de ellos.

Así fue como en el orden nacional se sancionó la ley 26.685 (B.O. 7/7/2011) que autorizó genéricamente la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales (art. 1°).

A partir de esa norma legislativa, aprovechando pero también excediendo las autorizaciones o delegaciones que otorga la ley, no sólo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino también los máximos tribunales de muchas provincias, se han convertido en legisladores invadiendo la incumbencia constitucional del Poder Legislativo local, y fueron dictando una profusa –y confusa- serie de acordadas,

*95 Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad del Museo Social Argentino). Profesor de la carrera de Especialización en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de UBA. Director del Suplemento de Derecho Procesal de elDial.com Biblioteca Jurídica On Line". Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

acuerdos y de resoluciones según la respectiva denominación de cada ámbito judicial, que se aceleró e incrementó luego de la pandemia, disposiciones que realmente constituyen un “entramado normativo”, pues se trata de un entrecruzamiento o conjunto de normas dictadas precisamente por la misma Corte Suprema federal o los supremos tribunales provinciales –que muchas veces que se contradicen-, a lo que se suma la necesidad en caso de que ésta se mantenga un plazo prolongado –como aconteció y continúa aconteciendo- lo que hace difícil conocer acabadamente e interpretar unívocamente no sólo por los organismos judiciales, sino, y es lo más importante, por los abogados.

Si los primeros incurren en un error de fundamentación podrá ser revisado mediante un recurso de revocatoria con apelación en subsidio o de apelación directa, en cambio, si se trata de los segundos incurren en mala *praxis* profesional. Creo que el de la cuarentena obligatoria no era ni es el momento para experimentar con nuevas reglamentaciones de presentaciones y notificaciones electrónicas y mucho menos establecer directamente el expediente electrónico, pues aunque fuera imprescindible encontrar vías para el restablecimiento de la actividad judicial, con lo básico habría bastado hasta que se regularizara la situación sanitaria y social que posibilitaría que todos los operadores jurídicos, incluidos los empleados que se ocupan de la informática, y también los justiciables, estuvieran en condiciones reales de concurrir a sus lugares de trabajo para la debida y conveniente discusión e implementación de las reformas.

Ese “entramado normativo” parece la legislación española heredada en la época de la colonia en tanto las reglas de procedimiento estaban desordenadas, eran confusas y contradictorias, además de complicadas, plagadas de solemnidades y vericuetos (Leyes de Partidas, Recopilación de Indias, Nueva Recopilación, Novísima Recopilación, reales cédulas, etc.)⁹⁶. Tanto es así que se ha dicho que se trataría de un “derecho procesal informático”, perdiéndose de vista que el derecho procesal es uno solo, único, sea civil o penal, y que en realidad la situación actual es generada por la actuación indebida de los máximos tribunales en cada territorio al modificar inconstitucionalmente –y, además, sin ningún adecuado análisis y debate previo como está previsto para la sanción de las leyes- los códigos procesales que fueron justamente sancionados por leyes y que, por ende, únicamente pueden ser modificados por leyes.

Esto ha motivado que se haya dicho también que el expediente electrónico así devenido durante la pandemia ha venido para quedarse, tema que constituye el objeto de este trabajo como lo anticipa su título.

II. La notificación electrónica en el ámbito nacional

⁹⁶ Se caracterizaba a la legislación española heredada con estas palabras: “Leyes recopiladas unas en muchos voluminosos códigos cuya inteligencia necesita ser auxiliada por los comentarios; leyes multiplicadas y aun contradictorias, sin que sea siempre fácil designar cuál es la última; leyes dispersas otras que contienen la legislación de dos siglos y medio y que sin embargo son desconocidas del pueblo a quienes obligan, y aun por los mismos jurisconsultos y magistrados; leyes inaplicables como lo son las represivas con sus penas crueles o extravagantes; leyes que dejan ancha puerta a los pleitos; leyes que prolongan los litigios, pues en los alegatos, los letrados necesitan extenderse profusamente a fin de demostrar que existe una ley para el caso” (conf. IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, *La organización judicial argentina (Ensayo histórico) – Época colonial y antecedentes patrios hasta 1853*, ps. 255/257, La Plata, 1938). Para ampliar ver LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *La evolución del derecho procesal nacional desde la gesta de mayo de 1810*, elDial DCC0A.

En el ámbito nacional la Corte Suprema de Justicia de la Nación reglamentó el uso del domicilio electrónico constituido e instauró el Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos (SNE) disponiendo su gradual implementación en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en primer lugar (Acordadas 3/2012, 29/2012, 35/2012, 36/2012, y 43/2013 de la C.S.J.N.), y luego se extendió a todo el Poder Judicial de la Nación de manera también gradual (Acordada 38/2013 de la C.S.J.N.), y, finalmente, por Acordada 3/2015 de la C.S.J.N. del 19/2/2015 se extendió a todos los procesos en trámite en el Poder Judicial de la Nación con aplicación obligatoria y exclusiva.

Si bien el cimero tribunal nacional lo hizo en virtud de la ya citada ley 26.685, sin mengua de señalar que no de manera conjunta con el Consejo de la Magistratura de la Nación como lo dispone el art. 2 de dicha ley, como ya referí, en realidad se convirtió –como otros muchos máximos tribunales provinciales- en legislador por cuanto una cosa es implementar y reglamentar el *domicilio electrónico constituido* y las *notificaciones electrónicas*, y otra muy distinta es modificar el C.P.C.C.N. Esto último es lo que en mi parecer ha hecho la Corte Suprema puesto que al disponer en el art. 4 de la Acordada 31/2011 que “Todas las notificaciones de providencias, resoluciones sentencias que deban practicarse personalmente o por cédula, se realizarán en el código de usuario que el beneficiario deberá haber constituido como domicilio electrónico...”, ha suprimido el *domicilio procesal físico* del C.P.C.C.N. al quedar sin ningún efecto sus arts. 40, 1^{er} párr., 1^a parte, y 2^o párr., 41, 1^{er} párr., y 42 en lo relativo al *domicilio procesal físico*. Y tampoco es del caso aplicar las disposiciones de estos últimos artículos al *domicilio electrónico constituido* puesto que la ley 26.685 “autorizó la utilización” de comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales, pero no modificó el C.P.C.C.N. ni tampoco determinó que la falta de constitución de *domicilio electrónico* o de su cambio (v.gr., en caso de sustitución de letrado patrocinante o apoderado) tendrá los mismos efectos que respecto del *domicilio procesal físico*.

Ahora bien, más allá de ello y en cuanto a la finalidad de este trabajo, cabe decir que en el anexo I de la Acordada 31/2011 se dispone: “A los fines de gestionar y verificar las notificaciones recibidas en el repositorio del usuario, se deberá ingresar a través del código de usuario y la contraseña otorgados de acuerdo con el procedimiento descripto”.

Esto significa que el abogado en lugar de recibir las cédulas de notificación en un solo momento –salvo excepciones- en su estudio jurídico, debe necesariamente ingresar varias veces por día a la página web, para verificar en el “repositorio” si ha recibido alguna notificación electrónica –algunas veces recibe un “aviso de cortesía” por mail de que le fue remitida, pero la ausencia del aviso no ocasiona la nulidad de la notificación, o también aparece en el portal junto a las resoluciones dictadas aunque en ocasiones no lo están-, pero claro está que podría hacerlo una sola vez, pero la pregunta es ¿a qué hora debe hacerlo? Lógicamente que conviene ingresar a última hora de la jornada, porque en horas pico muchas veces se colapsa el sistema por la cantidad de accesos y no se puede ingresar (como sucede con frecuencia con la página web del Poder Judicial de la Nación al intentar simplemente consultar una causa en horas pico). Ello sin contar con que el sistema directamente no esté accesible, o que el abogado tenga el infortunio de que se produzca un corte del suministro de energía eléctrica que afecte a su estudio jurídico o que tenga inconvenientes con su servidor de Internet, ¿qué debe hacer?, ¿ir a un locutorio, si es

que todavía existe alguno cerca?, es absurdo y nada adecuado a un ejercicio de la profesión para la defensa plena de los intereses de los justiciables, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es obvio que tales circunstancias no podrían ser informadas por la Dirección de Sistemas de la Corte Suprema, la cual tiene el deber de “Informar acerca de posibles indisponibilidades del servicio o fecha y hora exacta en que una notificación quedó disponible. Dichos informes se harán a solicitud del tribunal” (acápito III –art. 8, inc. f- de la Acordada 31/2011), y aunque se diera el caso, de todas maneras ocasionará peticiones o planteamientos con la consiguiente dilación en el trámite del proceso.

Cabe destacar que tampoco está reglamentado cuándo se debe considerar cumplida la notificación electrónica efectuada en un día u hora inhábil. Es obvio que se trata de un acto procesal que se practica fuera de la sede del tribunal, y, por ende, se debería realizar en días y horas hábiles, es decir estas últimas las que median entre las 7 y las 20 hs. según lo prescripto por el art. 152, 2º párr., *in fine*, del C.P.C.C.N., pero resulta ser que, a diferencia de lo que ocurre con los actos procesales convencionales –cédulas, mandamientos, etc.- que así se deben practicar respecto de los cuales es necesario la habilitación expresa de día y hora inhábil según el art. 153 del mismo Código adjetivo, ya que de lo contrario no serán diligenciados por los auxiliares de la justicia, el envío de una notificación electrónica se puede realizar cualquier día de la semana y en todo horario⁹⁷. Sin perjuicio de que sería deseable que esta circunstancia sea determinada por la Corte Suprema (como se hizo con los escritos electrónicos presentados después de las 13,30 hs. en el punto II-2 del Anexo II de la Acordada 31/20 de la CSJN del 27/7/2020 al disponer que se consideran presentados a la primer hora del siguiente día hábil), en mi opinión, entiendo que con el mismo criterio y por razones de seguridad jurídica y por imperio de la garantía constitucional del debido proceso legal y defensa en juicio la notificación electrónica recibida en un día u hora inhábil se debe tener por cumplida al próximo día hábil y/o en la primera hora hábil siguiente, y, en consecuencia, el plazo procesal que corresponda comenzará a correr, al día siguiente hábil, puesto que, de lo contrario, el litigante notificado de hecho perdería un día del plazo para cumplir el acto procesal pertinente, lo cual daría lugar a actitudes reñidas con los principios de buena fe, probidad y lealtad procesal.

III. El expediente electrónico en la órbita nacional

En el ejido nacional la acordada 11/2014 de la CSJN del 29/4/2014 dispuso que tanto las partes como los auxiliares de la justicia debían adjuntar copias digitales de sus presentaciones en el marco de los procesos judiciales –ello sin perjuicio de lo previsto en los ordenamientos procesales pertinentes- (art. 3).

A su vez la Acordada 3/2015 de la CSJN del 19/2/2015 estableció que las copias digitalizadas subidas por los letrados tendrían carácter de declaración jurada en cuanto su autenticidad (art. 4), como, asimismo, que “será obligatorio el ingreso de copias digitales dentro de las 24 hs. de presentación del escrito en soporte papel. El ingreso oportuno de las copias digitales eximirá de presentar copias en papel en todos los supuestos en los que la legislación de que se trate imponga tal deber y su incumplimiento acarreará el apercibimiento que allí se establece. Para el caso en que las partes soliciten notificarse personalmente, las copias estarán disponibles en la

⁹⁷ Desconozco el motivo, pero da para pensar que se trata de un defecto de programación del sistema informático por falta de correcta indicación al programador.

consulta web de causas y en el sistema de notificación electrónica” (art. 5), como, asimismo, que el ingreso a la página web del Poder Judicial de la Nación de los escritos de mero trámite exime de presentar el original en papel, debiendo el tribunal dejar constancia en el expediente (art. 6) –que según el anexo II de la misma acordada consiste en la fecha y hora, parte que dejó el escrito y firma del funcionario-, y también que todas las presentaciones *in forma pauperis* serán digitalizadas e incorporadas al Sistema de Gestión Judicial Lex 100 inmediatamente por el secretario o prosecretario que tome contacto con el escrito (art. 7).

La *praxis* forense no evidenció un fiel cumplimiento de tal acordada, puesto que en muchos juzgados y cámaras de apelaciones directamente no permitían la presentación de copias en soporte papel según la carga procesal –no deber como dice la Acordada 3/2015- impuesta por el art. 120 del C.P.C.C.N., exigiendo que fuesen ingresadas digitalmente, y si no se cumplía con ello, intimaban a la parte incumplidora a hacerlo dentro de las 24 hs. bajo apercibimiento de lo dispuesto en dicho art. 120, habiéndose advertido reiteradamente que el apercibimiento consistía, insólitamente, en intimar nuevamente a que se digitalizaran las copias. Sin embargo, dado que el Sistema de Gestión Judicial Lex 100 no funcionaba correctamente, en muchas ocasiones no era posible proceder a ingresar las copias digitales o bien, cuando lo era, la copia digitalizada no aparecía en la página web –en la generalidad de los casos motivadas por errores humanos del personal del juzgado-, situaciones que era conveniente ponerlas de manifiesto por escrito en el expediente –con lo cual el sistema perdía su finalidad de tornar más ágil la tramitación del proceso- para evitar pérdidas de derechos de tenerse por no presentado y ordenarse el desglose del escrito en soporte papel. En esta dirección es que según lo dictaminado por la Comisión de Proyectos Informáticos el 10/6/2016 y aprobado el 22/6/2016 por el Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se debía brindar una interpretación flexible respecto de la carga procesal de subir las copias digitales dentro de las 24 hs, conforme las disposiciones del art. 120 del C.P.C.C.N. en pos de la supervivencia del derecho.

Lo dispuesto en los arts. 6 y 7 de la mentada Acordada 3/2015 tampoco se advertía que se cumpliera en la práctica tribunalicia por parte del personal de los juzgados, puesto que de por sí aunque se tratara de un escrito de mero trámite –que por tanto no requería de presentación de su copia-, de todas maneras era necesaria su presentación en soporte papel no siendo suficiente el solo ingreso del escrito digitalizado en el Sistema de Gestión Judicial, toda vez que lejos de ser digitalizado e incorporado a este último por el personal del juzgado, generalmente se ordenaba digitalizar e incorporar el escrito presentado en soporte papel bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado.

Resulta importante puntualizar que por el art. 11 de la Acordada 3/2015 de la CSJN del 19/2/2015 se estableció que el libro de asistencia en papel se reemplazaba por un registro digital dentro del Sistema de Gestión Judicial debiendo el tribunal asentarlos en el expediente en soporte papel conforme lo dispuesto en el anexo II, por el cual la constancia en el expediente de que se había dejado nota electrónica, en vías de disminuir el consumo de papel, se realizaría mediante un sello dejando nota manual, debiendo quedar asentado: fecha y hora, la parte que dejó nota y la firma del funcionario; sin embargo esto directamente no se cumplía y, en su lugar, si era necesario verificar si había dejado nota digital se realizaba la corroboración del sistema informático dejándose constancia de su existencia o inexistencia, lo cual se sigue haciendo actualmente. La Acordada 5/2020 de la CSJN del 19/3/2020 –ya

durante la pandemia- amplió hasta las 20 hs. el horario para dejar nota digital remota.

En síntesis, los escritos debían ser presentados en soporte papel mientras que sus copias debían ser subidas digitalizadas en el sistema informático.

Con la llegada de la pandemia del coronavirus Covid 19, al mismo tiempo que por el art. 1° de la Acordada 4/2020 de la CSJN del 16/3/2020 se declararon inhábiles los días 16 al 31 de marzo de ese año –luego llamada “feria judicial extraordinaria” por Acordada 6/2020 y posteriores que la prorrogaron-, por el art. 11 de la misma Acordada 4/2020 se dispuso que a partir del 18 de marzo del mismo 2020 –con excepción de las presentaciones iniciales que no podían ser objeto de ingreso digital-, todas las presentaciones que se realizaran en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal serían completamente en formato digital a través del IEJ (Identificación Electrónica Judicial), registrada en cada una de las causas, presentaciones que deberían estar firmadas electrónicamente por el presentante y tendrían el valor de Declaración Jurada en cuanto a su autenticidad, serían autosuficientes y no debería emitirse copia en formato papel. Este requisito de firma electrónica se cumplía mediante la remisión de un escrito por el propio sistema informático.

Para morigerar en algo la paralización de la Justicia Nacional generada por la “feria judicial extraordinaria” y su consecuente impacto en justiciables y abogados, se estableció –por acertado pedido del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal- que se habilite la feria para que se ordenen a través del sistema informático las libranzas que sean exclusivamente de manera electrónica de los pagos por alimentos, por indemnizaciones por despido, accidentes de trabajo y accidentes de tránsito como por honorarios profesionales de todos los procesos, siempre que en todos estos supuestos hayan sido dados en pago, en tanto lo permita el estado de las causas y así lo considere procedente el juez natural de forma remota (art. 2 de la Acordada 9/2020 de la CSJN) –situación que demoró en ponerse en práctica por inconvenientes técnicos del Banco de la Nación Argentina pues sólo admitía libranzas judiciales electrónicas en concepto de “capital no imponible” o “anticipo de gastos”-.

Levantada finalmente de manera total la “feria judicial extraordinaria” por el art. 10 de la Acordada 27/2020 de la CSJN del 20/7/2020, todos los tribunales nacionales y federales se encontraron funcionando sin feria ni suspensión de plazos (más allá de algunas resoluciones dictadas por las cámaras de apelaciones de los distintos fueros) a partir del 4 de agosto de 2020.

En lo que hace al objeto de este trabajo, pocos días después de la Acordada 27/2020 mencionada en el párrafo anterior, la CSJN dictó la Acordada 31/2020 del 27/7/2020 que en su art. 8 aprobó el “Protocolo de actuación para el Poder Judicial de la Nación” en cuyo Anexo I se mantuvieron el “Procedimiento de recepción de demandas, interposición de recursos directos y de queja” aprobado por Acordada 12/2020, el “Reglamento para el diligenciamiento electrónico de oficios con entidades externas al Poder Judicial –DEOX-” y el “Procedimiento para la incorporación al módulo de diligenciamiento electrónico de oficios con entidades externas al Poder Judicial –DEOX-” aprobados por la Acordada 15/2020 y el punto dispositivo 11 de la Acordada 4/2020 relativo a la presentación únicamente en formato digital firmadas electrónicamente.

Asimismo, en el Anexo II de la misma Acordada 31/2020, titulado “Protocolo de actuación”, se extendió la aplicación exclusiva del Sistema Informático de Gestión Judicial con prescindencia del soporte material para todas las funciones ya reglamentadas por la misma Corte Suprema en el marco de la ley 26.685 y se dispuso en el punto I bajo la denominación de “Expediente Electrónico / Digital” que todas las presentaciones de los sujetos procesales legitimados en los expedientes se deben realizar exclusivamente de manera electrónica con firma electrónica o digital (subpunto 1); toda decisión de los magistrados o funcionarios intervinientes en las causas deben ser suscriptas exclusivamente de manera electrónica a través del Sistema Informático de Gestión Judicial, no debiéndose emitir copia en soporte papel bajo ninguna circunstancia (subpunto 2); los expedientes iniciados a partir del dictado de la Acordada 4/2020 se los considera y deben integrarse de manera totalmente digital, mientras que los expedientes anteriores a los que puedan integrarse digitalmente las piezas correspondientes, para facultar la continuidad del trámite y su resolución, por disposición del tribunal, podrán ser considerados de igual manera (subpunto 3); la prueba documental original que se acompañe debe ser incorporada en formato digital con firma electrónica, cuando no posea otra, debiendo el presentante conservarla en su poder y custodia, y presentarla bajo su responsabilidad a solicitud del tribunal (subpunto 4); cuando la parte actúe con patrocinio letrado –por su propio derecho-, el abogado patrocinante debe realizar las presentaciones exclusivamente en soporte digital incorporando el escrito con su firma electrónica previamente suscripto en soporte papel de manera ológrafa por el patrocinado, debiendo también conservarlo en su poder y custodia, y presentarlo bajo su responsabilidad a solicitud del tribunal (subpunto 5); asimismo, en el punto II denominado “Cómputo”, se determinó que se considera fecha cierta de inicio de la demanda o de cualquier otra presentación el día en que el letrado u otro sujeto legitimado presente efectivamente de manera electrónica el correspondiente escrito, siendo que las presentaciones efectuadas fuera del horario de funcionamiento de los tribunales se tendrán por presentadas en la primera hora del día hábil posterior; y en el punto III, se establecen directivas dirigidas a los letrados y otros intervinientes sobre la forma de presentación de los documentos informáticos. Es obvio, entonces, que no hace falta subir una copia digitalizada del escrito presentado pues ya es posible bajar una copia del mismo escrito digitalizado del sistema informático.

Esto significa que coexisten, por un lado, el expediente mixto y, por el otro, el expediente supuestamente electrónico o digital. El expediente mixto porque continúa en soporte papel lo que así estuviera actuado más allá de que algunos tribunales innecesariamente dispongan que se digitalicen habitualmente la demanda y contestaciones de demanda para –según se dice- facilitar la gestión informática, agregándose al expediente electrónico las actuaciones digitales posteriores a la Acordada 4/2020 del 16/3/2020; mientras que el expediente supuestamente electrónico o digital precisamente los iniciados a partir de la mentada Acordada 4/2020, y digo “supuestamente” pues hay muchas actuaciones que no pueden ser originalmente electrónicas como lo son, por ejemplo, las cédulas de notificación del traslado de la demanda o cualquiera otra que posteriormente deba ser dirigida a un domicilio real, aunque luego se las digitalice, originalmente fueron libradas en soporte papel, de la misma forma que los oficios y sus contestaciones que no se pueden realizar vía DEOX.

IV. Colofón

El expediente digital es una deseable meta ideal, pero los adelantos tecnológicos no resultan adecuados en la actualidad para desarrollar un proceso judicial 100% virtual. De por sí es verdaderamente impensable un proceso de rendición de cuentas 100% virtual debido a la documentación que necesariamente se debe presentar. Pero de todas maneras resultaría imposible –al menos por ahora- por los actos procesales que se deben desarrollar fuera de la sede del juzgado, como ser justamente las notificaciones. Quizá en el futuro cuando sea realidad la “teletransportación” de la serie de culto “Viaje a las estrellas” (“*Star trek*”) creada por Gene Roddenberry y que debutó en 1966, pues si bien se desarrollaba en los siglos XXIII y XXIV era impensado que pudieran existir las tablets, hologramas, comunicadores inalámbricos o con *bluetooth*, pantallas de video gigantes, minicomputadoras o notebooks, etc., sobre lo que pueden dar cuenta millones de fanáticos (llamados *Trekkies* o *Trekkers*) –dentro de los que me encuentro-, pero, sin embargo, contamos con tales elementos en la segunda mitad del siglo XX y lo que va del corriente siglo XXI, pero por ahora no.

No hay duda que los sistemas de notificaciones electrónicas agilizan la tramitación de un expediente judicial, como también que las presentaciones electrónicas evidencian un gran ahorro de tiempo y dinero para los letrados en tanto no tienen que comparecer a cada uno de los tribunales a efectuar la presentación de escritos en soporte papel ni examinar el expediente como era tradicionalmente, mientras que para los juzgados, por su lado, también implican un ahorro de tiempo en la atención de los profesionales en mesa de entradas siendo que los empleados pueden ser utilizados en otras funciones, pero, como contrapartida, resulta que muchas veces el sistema informático no funciona adecuadamente –o, incluso, como dije anteriormente, puede existir un problema del servidor de Internet del abogado o directamente un corte de energía eléctrica en su estudio o domicilio- y no le permite hacer la presentación electrónica, situación que se vuelve acuciante si en ese día vence el plazo para realizar la presentación electrónica.

Se advierte en la *praxis* diaria que para resolver cuestiones importantes o complejas es necesario el expediente físico, por ejemplo, para el dictado de las sentencias definitivas, las constancias informáticas no son suficientes, o sin llegar a tal extremo, una cuestión complicada que requiera analizar distintas presentaciones efectuadas tiempo atrás; más de un juez ha reconocido que para resolver ha debido imprimir las presentaciones electrónicas que no se encontraban en soporte papel –obviamente después las desechó, pero lo significativo es que si esa resolución debió ser revisada, se tuvieron que volver a imprimir las mismas presentaciones electrónicas-.

De hecho, cuando media una apelación, más allá que innecesariamente se ordena la digitalización de escritos anteriores para facilitar la gestión de los autos de manera remota conforme la Acordada 31/2020 de la CSJN, invariablemente las cámaras de apelaciones piden la elevación del expediente físico; y por su lado, los abogados litigantes –como el autor de estas líneas- para realizar los planteos importantes o complejos necesariamente también tenemos que contar con la carpeta del caso que tenemos en el estudio, a la cual, a diferencia del expediente electrónico judicial, le seguimos agregando copias impresas de las presentaciones electrónicas que se van realizando.

Con las constancias registradas informáticamente no es suficiente porque además de lo dicho *supra* en las consideraciones preliminares, es necesario abrir

unas cuantas ventanas con documentos que tornan la cuestión muy confusa y difícil de analizar debidamente, lo que provoca que fácilmente se incurra en error.

Por otro lado, también sucede que no se proveen muchos escritos electrónicos, pues quedan en las “bandejas informáticas” por desatención o desgano del personal en revisarlas; si fueran en soporte papel es más difícil que se pasen por alto de despachar porque el escrito se ve dentro de un expediente físico o sobre un escritorio o dentro de una canastilla, el informático no.

En el sistema informático Lex 100 del ámbito nacional muchas veces al intentar hacer una presentación electrónica se aprecia que hay escritos pendientes y si se desea enviar el nuevo igual se puede hacer, mientras que los anteriores siguen sin proveerse. Obviamente esto duplica o a veces triplica la tarea de enviar la presentación electrónica para el letrado aunque no tenga que concurrir al tribunal, como también la de proveerla para el tribunal aunque sea con un “estese a lo proveído con fecha...”.

Para producir una peritación caligráfica es necesario el original del documento dubitado, no es suficiente su digitalización, porque tampoco se puede hacer el examen pericial sobre una fotocopia del documento, de manera que si fue presentado en formato digital, necesariamente se debe presentar el documento original, pero el problema deviene si se trata de un expediente 100% en formato digital, pues entonces en dónde se ubicará el documento original y posteriormente el cuerpo de escritura que debió formarse para la producción la producción de la prueba, pues no existe un expediente en soporte papel al cual agregarlos.

Lo mismo cabe cuestionarse con los escritos originales en soporte papel firmados por un litigante que actúa por derecho propio cuya exhibición se le requiere, o también directamente con las necesarias cédulas de notificación en soporte papel dirigidas a los domicilios reales que son devueltas al juzgado por la oficina de notificaciones –las cédulas ley 22.172 puede conservarlas el letrado que las diligenció, pero si le es exigida la presentación del original, se estará en el mismo problema-.

En lo que hace a las notificaciones electrónicas, en muchas oportunidades no es posible enviar una notificación electrónica porque por error humano del personal del juzgado oportunamente no se vinculó el domicilio electrónico de la parte contraria cuando efectivamente lo constituyó, mientras que en otros casos se ha detectado que habiendo estado vinculado tal domicilio electrónico de la parte, luego resulta desvinculado. En ambos supuestos, con pérdida de tiempo del abogado y dispendio jurisdiccional, se debe solicitar que se proceda a la vinculación de dicho domicilio electrónico para que luego sea proveído y efectivamente cumplido.

En otras oportunidades se ha apreciado que en el portal de notificaciones no se encuentra la resolución o el escrito electrónico que debe ser acompañado con la notificación electrónica, mientras que sí lo están en el portal de consultas, razón por la cual obviamente no es posible enviar la notificación electrónica, debiéndose efectuar un pedido para que tales actuaciones se encuentren registradas para luego poder librar la cédula electrónica en debida forma.

Estos son tan sólo algunos ejemplos de los problemas o contrariedades que genera el expediente informático o digital en el estado actual de la tecnología, pero la *praxis* judicial diaria nos da muchas más muestras de su por ahora inconveniencia.

CAPITULO V

INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Por Enrique M. Falcón(*98)

Sumario: 1. Introducción. 2. La inteligencia artificial. Orígenes y concepto. 3. Los autómatas. 4. Inteligencia artificial y Derecho Procesal. Los tipos de inteligencia artificial. 5. Las etapas de la electrónica en el campo jurídico. 6. La inteligencia artificial débil y los sistemas cerrados. 7. La inteligencia artificial y la prueba en el proceso. a) La prueba documental en el expediente digital. b) Informes. c) Prueba pericial. d) Pruebas por declaración. e) Reconocimiento judicial e inspección ocular. f) Prueba científica. g) Conclusión sobre la IA y la prueba. 8. La etapa de la inteligencia artificial fuerte o IA general. 9. Redes neuronales y otros aspectos. 10. Las etapas posteriores. 11. La inteligencia artificial y el Derecho Procesal Electrónico. 12. La nueva formación del abogado.

1. Introducción.

Cuando hablamos de inteligencia artificial nos encontramos con innumerables, problemas, de los cuales uno es fundamental, pues no sabemos exactamente que lo que queremos decir con la voz inteligencia. El diccionario de “Oxford Lenguajes” nos dice que es la “Facultad de la mente que permite aprender, entender, razonar, tomar decisiones y formarse una idea determinada de la realidad” y el Diccionario de la Real Academia Española va en el mismo sentido, pero distribuyendo los conceptos: “Capacidad para entender o comprender, 2. Capacidad para resolver problemas, 3. Conocimiento, comprensión, acto de entender, 4. Sentido en que se puede tomar una proposición, un dicho o una expresión, 5. Habilidad, destreza y experiencia.

Además se agrega a esta diversidad de ideas el hecho de que la inteligencia y el entendimiento, la comprensión y otros atributos que se le asignan a la inteligencia son para algunos autores temas distintos y para otros representan lo mismo. En este caso habría primero que aclarar si nos vamos a referir a la inteligencia desde el punto de vista filosófico⁹⁹, psicológico, puramente pragmático, o determinaremos una serie de parámetros o programas para fijar el concepto. Es interesante que quienes se ocupan de la inteligencia artificial dan por sentado este primer paso y de allí se pasa a que ciertos dispositivos que emulan la mente humana constituyen la inteligencia artificial, aspecto que también puede discutirse. Resulta claro, de todos modos, que es la Psicología la que actualmente se ocupa de la inteligencia en particular.

Galimberti, examinando la inteligencia desde el punto de vista psicológico nos dice: No existe una definición unívoca de inteligencia, pero, como veremos, cada definición refleja la orientación de la línea de pensamiento que la formula. Esquemáticamente las diferentes definiciones pueden subdividirse en tres grupos: 1]

⁹⁸ Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Ex profesor Titular Regular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Co-fundador y presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Director del Instituto de Derecho Procesal de la Academia citada.

⁹⁹ La línea filosófica sobre la inteligencia puede consultarse en FERRATER MORA, J. -*Diccionario de Filosofía (E-J)*, Nueva edición actualizada por la Cátedra Ferrater Mora, bajo la dirección de Josep-María Terricabras, Ariel Filosofía, Barcelona 2001, pp. 1872-1875.

definiciones generales, en las que la inteligencia se ve como ese proceso que permite al hombre o al animal dotado de estructura cerebral evolucionada resolver nuevos problemas que implican una reestructuración de la relación de adaptación con el ambiente; 2] definiciones específicas, que consideran la inteligencia como un conjunto de procesos mentales específicamente humanos que abarcan el razonamiento lógico, la capacidad de formular valoraciones, la capacidad de perseguir un fin incluso a largo plazo, eligiendo los medios apropiados, la capacidad de autocorrección y autocrítica; 3] definiciones operativas, nacidas por la dificultad de desembocar en una definición unívoca de inteligencia, por lo que se prefiere someter algunos aspectos a determinados tests cuya solución define, en cada ocasión, el comportamiento inteligente. Este tercer grupo de definiciones no se refiere a la inteligencia en su conjunto, ni mucho menos la mide, sino que se ocupa sólo de los aspectos previamente establecidos sobre los cuales se construyó el test⁽¹⁰⁰⁾. Además, las concepciones de la inteligencia dependen de la orientación cultural y de la estructura metodológica adoptadas por las diferentes corrientes de pensamiento, correspondientes a las distintas concepciones filosóficas que vienen de los comienzos del pensamiento griego, hasta los más recientes esfuerzos de la Neurociencia, debiéndose tener en cuenta el objetivo de la comprobación hacia donde se dirige.

Se ha señalado también que “en cualquiera de sus formas o variedades, la inteligencia está asociada a la resolución de problemas y es evidente que estos abundan en nuestras vidas”⁽¹⁰¹⁾. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, en la evolución del estudio de la inteligencia humana, se había tratado de definir la misma a partir de los datos obtenidos mediante test de inteligencia dedicados algunos al estudio de la inteligencia en general y otros relacionados con los estratos de la inteligencia. Estos estudios se denominan de “análisis factorial”. Y si bien los test pueden resultar útiles debe considerarse especialmente que a partir de Howard Gardner se consideraron otros elementos que se habían dejado de lado. Este autor presentó la teoría de las inteligencias múltiples, sistema “no factorial”, distinguiendo las inteligencias en lógico-matemática, lingüística, musical, espacial, interpersonal,

¹⁰⁰ GALIMBERTI, Umberto -*Diccionario de Psicología*, traducido por María Emilia G. de Quevedo, Siglo XXI editores S.A., México 2002.p. 621. Por su parte, COON manifiesta que “Tal vez la mayoría de los psicólogos estén de acuerdo con la descripción general que hizo David Wechsler de la inteligencia como la capacidad global de actuar con un propósito, de pensar racionalmente y de enfrentarse de manera efectiva con el ambiente”. En una encuesta aplicada a 1.020 expertos sobre la inteligencia, se consideraron para medir la inteligencia las pruebas de aptitudes especiales, las pruebas de aptitudes múltiples y las pruebas de inteligencia. “Por lo menos tres cuartas partes de ellos estuvieron de acuerdo en que los elementos de la lista son importantes para la definición de inteligencia (según Snyderman y Rothman, 1987 “Survey of expert opinion on intelligence and aptitude testing” en *American Psychologist* 42 (2), 137-144). “Aparte de esto, hay tanto desacuerdo que muchos psicólogos acepten simplemente una definición operacional de la inteligencia. (Definimos un concepto operacionalmente cuando establecemos los procedimientos usados para medirlo). Al seleccionar los reactivos de una prueba, un psicólogo está diciendo de forma muy directa: ‘Esto es lo que considero inteligencia’. Una prueba que mide la memoria, el razonamiento y la fluidez verbal ofrece una función muy diferente de inteligencia que una que mide la fuerza con que se cierra el puño, el tamaño de los zapatos, la longitud de la nariz o la mejor puntuación de una persona en el Pac-Man” (COON, Dennis -*Psicología. Exploración y aplicaciones*, 8ª Edición-International Tompson Editores, trad. de Jorge Alberto Velázquez Arellano, supervisión técnica María Elena Ortiz Salinas, México 1999, p. 382).

¹⁰¹ TRIGLIA, Adrián; REGADER, Bertrand y GACÍA-ALLEN, Jonathan -*¿Qué es la inteligencia? Del CI a las inteligencias múltiples*, Empse Edapp SLy Editorial Salvat SL, Barcelona, España 2019, p. 10

intrapersonal y corporal-cinestésica⁽¹⁰²⁾. Más tarde, en otro trabajo agregó la Inteligencia naturalista. Todo ello sin dejar de lado la *inteligencia emocional*⁽¹⁰³⁾.

Sin extendernos mucho más tendríamos también que considerar si la conciencia tiene alguna relación con la inteligencia, o con mayor precisión si la utilización de la inteligencia requiere alguna conciencia para formar su estructura final. Por cierto, que la conciencia es esencial para las restantes funciones del cerebro. Si no estamos conscientes no podemos aprehender ni el entorno ni nuestro interior. Pero aquí entraríamos en el camino de la conciencia, que también es indeterminado y desconocido, por lo que existe, por el momento, una imposibilidad de examinar la misma en el campo de la Inteligencia Artificial. Lo cierto es que parece difícil el hecho de que, si la inteligencia artificial llega a tener alguna conciencia, la misma sea como la del humano, más bien será una conciencia que se acomode a su entidad, ya que no parece que un algoritmo u otro modelo artificial de simular la inteligencia pueda incluirle la conciencia tal cual la conocemos.

A ello debemos agregarle también los problemas de la cognición. “Cuando las personas comprenden el discurso, los mensajes hablados o impresos no se copian meramente en sus mentes. “Más bien, la mente humana construye en forma activa diversos tipos de representaciones cognitivas (esto es, códigos, rasgos, significados, conjuntos estructurados de elementos) que interpretan el *input* lingüístico. Estas representaciones cognitivas pueden incluir palabras, sintaxis, semántica oracional, actos de habla, patrones de diálogo, estructuras retóricas, pragmática, mundos reales e imaginarios y muchos otros niveles... Cada tipo de representación cognitiva es funcionalmente importante durante los procesos de la comprensión y la producción del texto y el habla. Durante los últimos 25 años, los psicólogos cognitivos exploraron cómo la mente humana representa la información en diversos tipos de representaciones. Descubrieron que algunas de estas representaciones cognitivas no son equivalentes a las representaciones simbólicas propuestas por muchos lingüistas formales, lógicos y científicos de la computación. Por ejemplo, supóngase que un par de esposos está enfrascado en una acalorada discusión y que la mujer exclama dramáticamente: “¡Si no te vas, mi ropa se va a Boston!”. Un lógico tradicional construiría una “tabla de verdad” que especifique los valores de verdad de todas las combinaciones de que el marido se vaya o que no se vaya, y de que la ropa vaya o no a Boston. En un esfuerzo por “comprender” este acto de habla, un programa computacional emplearía algún tiempo de procesamiento en determinar exactamente que ropas podrían terminar yendo a Boston”⁽¹⁰⁴⁾.

¹⁰² GARDNER, Howard -*Estructuras de la mente. La teoría de las inteligencias múltiples (Frames of Mind*, 1983), Fondo de Cultura Económica, México 2016.

¹⁰³ La dicotomía emocional/racional se aproxima a la distinción popular entre “corazón” y “cabeza”; saber que algo está bien “en el corazón de uno” es una clase de convicción diferente -en cierto modo una clase de certidumbre más profunda- que pensar lo mismo de la mente racional. Existe un declive constante en el índice del control racional-a-emocional sobre la mente; cuanto más intenso es el sentimiento, más dominante se vuelve la mente emocional, y más ineficaz la racional. Esta es una combinación que parece surgir de eones de la ventaja evolutiva de que las emociones y las intuiciones guían nuestra respuesta instantánea en situaciones en las que nuestra vida está en peligro, y en las que detenerse a reflexionar en lo que debemos hacer podría costarnos la vida (GOLEMAN, Daniel -*La inteligencia emocional*, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 1996, p. 27). El estudio de las emociones y cómo condicionan nuestra conducta es hoy uno de los capítulos particulares de la Neurociencia (COTRUFO, Tiziana y UREÑA BARES, Jesús Mariano -*El cerebro y las emociones*, Empse Edapp SLy Editorial Salvat SL, Barcelona, España, 2018).

¹⁰⁴ GRAESSER, Arthur C.; GERNSBACHER, Morton A. y GOLDMAN, Susan R. -*Cognición*, en Teuen A. van DIJK (compilador) “El discurso como estructura y proceso”, trad. José Angel Álvarez, Gedisa Editorial, Barcelona, 2001, pág. 417.

Tal vez deba agregarse a esta cuestión, la *memoria* y su relación con la inteligencia, la que es variable, pues se puede ser inteligente sin tener buena memoria y no ser inteligente y tener una extraordinaria memoria. Sin embargo, debido a que la inteligencia procesa los elementos “la psicología experimental ha estudiado extensivamente las características de la memoria, mientras que la psicología correlacional ha actualizado las principales propiedades de la inteligencia. El acercamiento entre ambos enfoques se basa en el análisis de las relaciones entre un concepto nuclear de la memoria -- la memoria de trabajo -- y el principal ingrediente del concepto psicométrico de inteligencia -- el factor g (*o inteligencia general, es un parámetro o indicador de habilidades cognitivas e inteligencia humana*). Las evidencias disponibles sugieren que las diferencias individuales en g podrían ser explicadas por los conceptos cognitivos de capacidad y de velocidad asociados a la memoria de trabajo. Esas evidencias sugieren nuevos modos de mejorar la inteligencia -- y, por tanto, los correlatos asociados a ella -- a través del incremento de la capacidad del sistema para procesar información de manera eficiente”⁽¹⁰⁵⁾. Ciertamente que dependeremos de la memoria para poder realizar algunas actividades de la inteligencia, junto con otros elementos como la percepción. Resulta pues que la memoria puede plantearse como uno de los elementos de la inteligencia. Ahora, en lo que hace a la inteligencia artificial, el sistema informático nos muestra un ejemplo muy interesante en el que puede haber una memoria mucho mayor a la humana totalmente diferenciada de la inteligencia. Y en este aspecto hay que diferenciar claramente la memoria artificial de la humana⁽¹⁰⁶⁾.

¹⁰⁵ COLOM, Roberto y FLORES-MENDOZA, Carmen - *Inteligencia y memoria de trabajo: la relación entre factor g, complejidad cognitiva y capacidad de procesamiento*, SciELO - Scientific Electronic Library Online, Instituto de Psicología, Universidade de Brasília, Abril 2001, publicación online 27/11/2001.

¹⁰⁶ GARCÍA GARCÍA, Emilio -*Somos nuestra memoria*, Emse Edapp SL y Editorial Salvat SL. Barcelona 2018, dice al respecto: “En la década de 1980, D. WEGNER ya había teorizado sobre los procesos de delegación de la memoria. En este sentido, propuso el concepto de «memoria transactiva», que tiene lugar cuando en un grupo de trabajo, una persona se despreocupa de aprender y retener los conocimientos que otra persona del grupo posee. La memoria transactiva es, pues, una delegación de la memoria personal para optimizar la resolución de problemas y la toma de decisiones. Estos procesos de delegación son muy frecuentes y han estado muy presentes durante toda nuestra historia, desde la delegación en el experto cazador, que sería el equivalente de hace 100.000 años a la que hoy hacemos en el experto mecánico para que repare nuestro coche, lo que nos supone una mayor eficiencia, a cambio de la pérdida de competencias personales. En cualquier caso, son muchos los que consideran que la delegación en las memorias especializadas de los miembros del grupo son positivas desde el momento en que incrementan la eficacia y rendimiento del conjunto. Sin embargo, cuando confiamos en internet no estamos delegando en otra persona, en una inteligencia natural. La memoria externa y artificial es muy distinta de la personal biológica; como son muy diferentes el cerebro digital de un ordenador y el cerebro vivo de una persona. El cerebro digital absorbe la información, la guarda de inmediato en su memoria, y la recupera íntegramente, cuantas veces se quiera, sin modificación alguna (excepto cuando se transfieren o fallan algunos sistemas, agregamos). En cambio, el cerebro humano continuamente está elaborando la información, reconstruyendo los recuerdos. Cuando traemos a la memoria de trabajo una memoria guardada a largo plazo, se establecen nuevas conexiones en un contexto de experiencia distinto y siempre novedoso. El cerebro que recuerda ya no es el mismo que elaboró los recuerdos. Por otra parte, las conexiones de la red no se parecen en absoluto a las conexiones neuronales. Nuestro yo, nuestra personalidad, se sustenta en nuestras memorias. Los conocimientos y habilidades que el cerebro está continuamente elaborando en la asimilación de la cultura generan a su vez nuevos productos culturales en continua realimentación cerebro-mente-cultura. Dado que los mecanismos subyacentes a ambas memorias son tan diferentes, es normal que el abuso del artificial acabe provocando disfunciones en el natural. Actualmente podemos hablar de una sobrecarga cognitiva de nuestras memorias de trabajo, y esto comporta problemas, porque no controlar la atención y focalizarla en problemas superfluos dificultan los procesos de memoria y aprendizaje, tal y como avalan algunos estudios recientes” (págs. 125 a 127). El concepto de memoria transactiva fue desarrollado por el psicólogo Daniel WEGNER, de la

Pues bien, como todo lo desconocido y percibido se nos aparece y se presenta como algo existente, tendremos que dar una definición de inteligencia que será arbitraria. El hecho de que sea arbitraria no significa que sea ni buena ni mala, ni cierta ni incierta, sino que representa sólo un anclaje preliminar para ir creando camino al andar. Así entendemos que *la inteligencia es la capacidad de comprender nuestro entorno y nuestro interior y obrar física o intelectualmente en consecuencia, de la manera más adecuada conforme con nuestras capacidades*. De aquí pasamos, de la inteligencia animal o la de las plantas, que requiere un estudio especial, a otro nivel, el de una inteligencia similar a la humana, que va desde la construcción de la misma en sistemas electrónicos hasta la esperanza de la simbiosis humano máquina y la replicación.

2. La inteligencia artificial. Orígenes y concepto.

No se sabe exactamente en qué momento apareció la inteligencia artificial, porque no resulta muy claro qué queremos significar cuando hablamos de ella. Es cierto que el término inteligencia artificial fue inventado por John McCarthy en 1956, con motivo de un seminario de dos meses (que organizó en Dartmouth College en Hanover, New Hampshire, EE. UU.) y que tuvo el mérito de hacer conocer a académicos estadounidenses la teoría de los autómatas, las redes neuronales y la inteligencia y dar al término "Inteligencia Artificial" (IA) el acta de nacimiento como el nombre oficial del nuevo campo de investigación. Desde entonces, la IA se ha establecido y evolucionado; hoy en día es reconocida como una rama autónoma, aunque vinculada a la informática, las matemáticas, la psicología, las ciencias cognitivas, la neurobiología y la filosofía.

Claro que, igual como hemos dicho de la inteligencia y la conciencia, no resulta tan fácil establecer en qué consiste la IA. Existen numerosas definiciones y concepciones técnicas y generales al respecto. Siguiendo el modelo que hemos presentado podemos definirla como el conjunto de las funciones cognitivas de percibir, razonar, aprender, resolver problemas realizadas por un sistema, es decir la capacidad de ese sistema para desenvolverse en la realidad de modo similar al que lo hacen los seres humanos, con la diferencia de que por un lado no puede alcanzar (por el momento) la cantidad de elaboraciones y posibilidades que tiene el cerebro humano, pero por otro lado es más rápida, precisa y eficaz en las tareas que se le asignan⁽¹⁰⁷⁾.

Universidad de Harvard, teoría según la cual no sólo almacenamos datos en nuestro propio cerebro, sino que también lo hacemos usando el de otras personas.

¹⁰⁷ También puede definirse la IA actual como programas de computadora capaces de hacer cosas que requieren el uso de inteligencia cuando las realizan las personas (BEST, J.B. -*Cognitive Psychology*, St. Paul, MN West, 1995, citado por COON, Psicología, cit. p. 362. Otra definición nos dice: "La inteligencia artificial (IA) se refiere a sistemas que muestran un comportamiento inteligente al analizar su entorno y tomar acciones, con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos. Los sistemas basados en IA pueden estar puramente basados en software, actuando en el mundo virtual (por ejemplo, asistentes de voz, análisis de imágenes software, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz) o la inteligencia artificial pueden integrarse en dispositivos de

Por el momento considero que la IA no es una inteligencia en sentido propio, sino que es un conjunto de actividades que realizan máquinas hoy computacionales conforme determinados y muy diversos algoritmos y programas insertos en un sistema informático, y aunque muchos suponen que con la evolución de los programas llegará un momento en el cual reemplacen a la humanidad, ello todavía corresponde, por mucho tiempo, a las películas y novelas de ficción, porque por el momento no tenemos la tecnología necesaria para obtener esos resultados y, además, porque la realización de tal tarea requiere un notable costo para llegar a ella, sin perjuicio de que en un tiempo futuro resultará más económico tener robots inteligentes para actuar en el sistema judicial. Pero debe reconocerse que aún la IA débil (la que utilizamos actualmente) y otras herramientas tecnológicas surgidas de la Informática, nos permiten hacer cosas en un tiempo y con una información de la que antes no disponíamos.

Aunque es materia aparentemente ajena al Derecho, al entrar en el campo de la Inteligencia Artificial debemos saber también qué significa algoritmo. En Matemáticas un Algoritmo es un conjunto de instrucciones o reglas definidas y no-ambiguas (es decir que tienen un significado único), ordenadas y finitas que permite, típicamente, solucionar un problema, realizar un cómputo, procesar datos y llevar a cabo otras tareas o actividades. Los algoritmos son los que permiten el funcionamiento de las computadoras que usamos normalmente. La precisión de las reglas del algoritmo y la “no-ambigüedad”, resultan esenciales para la IA, pero también le fijan un límite.

3. Los autómatas.

En el campo de los orígenes de esta IA, debemos tener en cuenta que, si bien el término inteligencia artificial nació en 1956, la idea de construir aparatos y máquinas que puedan realizar las tareas que hace el humano es antiquísima, y esto nos lleva a los autómatas.

Un autómata es una máquina que puede imitar la figura y los movimientos de un ser animado, aunque no es necesario que se parezca a un ser humano. La tarea en que se encuentra involucrado la realiza de manera automática y se puede programar para realizar ciertas operaciones sustituyendo a veces a los seres humanos en tareas pesadas o peligrosas, pero también en sistemas repetitivos. En la actualidad los autómatas están dotados de sensores que les permiten realizar movimientos detectando sectores en los que no tienen que actuar o realizan soldaduras en instrumentos muy pequeños y otras tareas especializadas. Pero también se aplican a modelos más complejos como los que se insertan en las naves espaciales que deben resolver a grandes distancias, problemas inmediatos relativos a su misión, tal como las tareas que realizó la Nave de la misión *New Horizons* en un viaje espacial no tripulado de la NASA de casi 10 años destinado a explorar Plutón, sus satélites y asteroides del cinturón de Kuiper.

Volviendo a la historia, se recuerda como los primeros autómatas a las estatuas de algunos de dioses o reyes que despedían fuego por los ojos, como era el

hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones de Internet de las cosas)” (Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Artificial Intelligence for Europe, Brussels, 25.4.2018 COM(2018) 237 final).

caso de una estatua de Osiris (aprox. Siglo XIV aC). En Grecia encontramos los autómatas de Arquímedes con articulaciones móviles en base al movimiento del agua. En el año 805 apareció un libro llamado de “Los mecanismos ingeniosos” que cita más de un centenar de estos tipos de autómatas. Esta tarea continuó con diversos artífices entre los que encontramos a Leonardo da Vinci (siglo XV) al que se le asignan por lo menos dos autómatas, uno de los cuales actualmente construido según sus descripciones tenía figura humana y podía mover los brazos, girar la cabeza y sentarse. El segundo, mucho más complejo, se trató de un león mecánico construido a petición de del rey de Francia. Muchos otros ingenieros, científicos y filósofos (como Descartes) crearon otros importantes ingenios. Pero fue en el siglo XVIII, con motivo de los avances en materia de relojería se llega a la que se considera la época donde mejores y más perfectos autómatas se realizaron de la historia. De esa época, también hay que destacar el inicio de la revolución industrial que dio lugar a la automatización de diversas tareas.

Una de las invenciones más ambiciosas fue la de los autómatas jugadores de ajedrez todos tendientes a vencer la mente humana, lo que no se logró hasta la aparición de la informática que fue creciendo en este aspecto hasta que Deep Blue, luego de perder contra el campeón del mundo de ajedrez Kasparov, en una segunda serie en 1997 lo derrotó. En 2016 Lee Se-dol, campeón mundial de Go, perdió su primera partida contra el programa AlphaGo de Google DeepMind el miércoles 9 de marzo en Seúl. Pero estos programas no pueden resolver problemas que no sean de los previstos en los juegos indicados. En los últimos años, los científicos han hecho grandes progresos tratando conseguir computadoras que “piensen” y aprendan de una manera parecida a las personas, con el objetivo final de que la inteligencia artificial pueda algún día ayudar a los seres humanos en campos como la salud y la investigación científica.

En este campo, tal vez con alguna limitación, es necesario recordar el test o prueba de Turing. La misma consiste en un examen de la capacidad de una máquina para tener un comportamiento inteligente que simulando un ser humano no pueda distinguirse en una conversación en lenguaje natural por un observador de dicha conversación, aunque dicho observador/evaluador sepa que uno de los dos conversadores es una máquina. Debido a la complicación que el tono de la conversación podría traer, Turing entendió que el examen debía hacerse a través de un teclado o por escrito⁽¹⁰⁸⁾. Si el evaluador no detectaba cuál era la máquina y cuál

¹⁰⁸ 1. El juego de la imitación. Propongo considerar la pregunta: "¿Pueden pensar las máquinas?" Esto debería comenzar con definiciones del significado de los términos "máquina" y "pensar". Las definiciones pueden ser enmarcado para reflejar en la medida de lo posible el uso normal de las palabras, pero esta actitud es peligroso, si el significado de las palabras "máquina" y "pensar" es entendido como se utilizan comúnmente, es difícil escapar a la conclusión de que el significado y la respuesta a la pregunta "¿Pueden pensar las máquinas?" se busca en un encuesta estadística como una encuesta de Gallup. Pero esto es absurdo. En lugar de intentar tal definición Reemplazaré la pregunta por otra, que está estrechamente relacionada con ella expresada en palabras relativamente inequívocas. La nueva forma del problema se puede describir en términos de un juego que llamamos el 'juego de imitación ". Se juega con tres personas, un hombre (A), una mujer (B) y un interrogador (C) que puede ser de cualquier sexo. El interrogador permanece en una habitación separada frente a los otros dos. El objeto del juego para el interrogador es determinar cuál de los otros dos es el hombre y cuál es la mujer. Los conoce por las etiquetas X e Y, y en el Al final del juego, dice "X es A e Y es B" o "X es B e Y es A." El interrogador puede hacer preguntas a A y B así: C: ¿Podría X decirme el largo de su cabello? Ahora suponga que X es en realidad A, entonces A debe responder. El objetivo de A en el juego es intentar provocar que C realice una identificación incorrecta. Por tanto, su respuesta podría ser: "Mi cabello tiene tejas, y los mechones más largos miden alrededor de nueve pulgadas de largo". Para que los tonos de voz no ayuden al interrogador, las respuestas deben escribirse, o mejor aún, ser mecanografiadas. La disposición ideal es tener una teleimpresora que se comuniquen entre las dos

el humano en un tiempo limitado, la máquina habría pasado la prueba. Por supuesto no se requería que la máquina respondiese las preguntas correctamente, sino sólo como las haría un humano, inclusive con los mismos errores, pues no se estaba evaluando el conocimiento de la máquina sobre los temas, sino sobre el hecho de simular humanidad. Distintas variaciones se fueron realizando en el tiempo con mayor o menor éxito. De hecho, en distintas pruebas posteriores hasta la actualidad el test de Turing ha sido superado, pero ello no quiere decir que la herramienta superadora del cerebro humano porque todas las pruebas que se realizan, inclusive las computadoras superadoras de los campeones de Ajedrez y de Go, como ya hemos señalado, no pueden trasladar esa superioridad relacionada con las matemáticas a otros aspectos de la vida, y tampoco esas máquinas comprenden lo que están haciendo.

Saltando etapas y para coronar estos avances el 17 de Octubre de 2017, expertos de varios sectores y altos funcionarios de la ONU se dieron cita en la sede de Naciones Unidas para discutir sobre cómo los avances tecnológicos pueden influir en el alcance de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. En esa oportunidad Amina Mohammed, vicesecretaria general de la ONU, compartió una charla con Sophia, un robot inteligente (de tipo femenino) desarrollada por la compañía Hanson Robotics, que es capaz de interactuar con humanos, hablar, responder preguntas e incluso hacer gestos, sin embargo a pesar de parecer que tenga un pensamiento propio, Sophia dice frases, de las cuales no comprende nada de lo que dice, sino que el software analiza todo lo que hay en su entorno y lo que escucha, para después con la red poder buscar información para crear la mejor respuesta posible o tomar la actitud más correcta de acuerdo con las reglas de su programa y la información guardada.

4. Inteligencia artificial y Derecho Procesal. Los tipos de inteligencia artificial.

Y bien ¿cómo estamos en el Derecho?

Aunque en varios países han comenzado a trabajar aplicando algunas variantes de la inteligencia artificial en el ámbito del sistema jurídico, tanto en el caso de los tribunales como en el de los abogados, en Argentina recién se muestran algunos avances preliminares⁽¹⁰⁹⁾. De cualquier modo, la incursión de la IA en el

habitaciones. Alternativamente, la pregunta y las respuestas pueden repetirse mediante un intermediario. El objetivo del juego para el tercer jugador (B) es ayudar al interrogador. Probablemente, la mejor estrategia para ella sea dar respuestas veraces. Ella puede agregar cosas como "¡Yo soy la mujer, no le escuches!" a sus respuestas, pero no servirá de nada ya que el hombre puede hacer comentarios similares. Ahora hacemos la pregunta: "¿Qué pasará cuando una máquina tome el papel de A en este ¿El interrogador decidirá erróneamente con tanta frecuencia cuando el juego se juega así como ¿Qué hace cuando el juego se juega entre un hombre y una mujer? Estas preguntas reemplazan nuestro original, "¿Pueden pensar las máquinas?" (TURING, A. M. - *Computing machinery and intelligence, Mind*, Volume LIX, Issue 236, October 1950, pp. 433-460).

¹⁰⁹ Esos avances se destacan en diversos trabajos que plantean no sólo caminos de la inteligencia artificial, sino problemas y confusiones que presenta la misma. Sobre el particular pueden verse los trabajos publicados en la Revista de Derecho Procesal, editorial Rubinzal Culzoni (2021-1): Meroi, Andrea A. -*Gestión del proceso e inteligencia artificial: entre ilusiones utópicas y pesadillas distópicas*, p.83; Cosentino, Guillermo Rafael -*Justicia del conocimiento*, 131; Bérnago Scarso, Alejandro y Cattaneo Araoz, Facundo J. -*Gestión judicial: entre la poesía y las buenas intenciones*, p. 151; Degano, Germán Augusto -*Proceso eficaz e inteligencia artificial*, p. 167. Ya con anterioridad sobre la inteligencia artificial y la informática en Derecho, se han realizado numerosos trabajos. Entre ellos podemos citar como ejemplo: VV.AA.- La Ley -Thompson Reuters -*Prueba informática en el Derecho Penal* (Delitos informáticos: valoración de las pruebas de cargo e importancia para el

Derecho Penal argentino por: Milagros Amarante, pág. 3; *Análisis de la jurisprudencia argentina sobre delitos informáticos y prueba digital: período 2010-2011* por: Carla Paola Delle Donne, pág. 7; *Preservación y valoración de la prueba informática e identificación de IP* por: Hugo A. Vaninetti, Pág. 18; *Prueba anticipada de secuestro de documentos informáticos* por: Juan Manuel Hitters y Estanislao José Calvo Marcilese, pág. 23; *El secuestro de documentación informática como prueba anticipada* por: Gustavo Calvino, pág. 28; *Valoración de la prueba en cuestiones informáticas* por: Karina Soria Olmedo, Luis Alberto Chammas y Santiago Quarneti, pág. 31; *Evidencia digital y prueba; informática* por: Eduardo Molina Quiroga, pág. 35; *Procedimientos relacionados a la prueba informática: Importancia de la computación forense* por: Nicolás Mautner Aronin, pág. 46). Adaro, Mario - *La formación de las abogadas y los abogados ante la digitalización del proceso* - LA LEY 31/08/2020 , p. 4 - La Ley Online-AR/DOC/2881/2020; Bonina, Nicolás - *Inteligencia artificial y derecho. ¿Las máquinas van a reemplazar a los abogados?* - LA LEY Online- AR/DOC/3809/2020; Núñez, Javier F. -*Inteligencia artificial: experiencias y propuestas de regulación en el derecho comparado* - SJA 15/07/2020 ,3 La Ley Online -AR/DOC/1730/2020; Schapira, Débora - *Inteligencia artificial, un reto para la educación* - Sup. Innovación y Derecho 2020 (noviembre) , p. 8 - LA LEY 2020-F - AR/DOC/3508/2020. Otros trabajos que se pueden consultar: Gil Domínguez, Andrés - *Inteligencia artificial, transhumanismo y posthumanismo*, Rubinzal Culzoni Online, RC D 2038/2019; Sande, Tomas, *Derecho Digital: innovación legal e inteligencia artificial*, Rubinzal Culzoni, Online, RC D 2891/2020.; Chumbita, Sebastián -*Inteligencia artificial y proceso de revisión*, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, 2020-1-621. López de Mántaras, Ramón “*El futuro de la IA: hacia inteligencias artificiales realmente inteligentes*”, en Open, Madrid, BBVA, 2018. En DERECHO TECNOLÓGICO- VV.AA. en *Inteligencia artificial y Derecho, un reto social*, Director Horacio R. Granero (UCA Facultad de Derecho), FIADI; elDial.com. VV.AA. -UCA, FIADI, elDial.com -*Inteligencia artificial y Derecho, un reto social* (Director Académico Horacio Granero), Editorial Albremática S.A., Buenos Aires 2020. *Apuntes acerca del jurista y las nuevas tecnologías*, por Claudio P. Grosso, p. 13; *Inteligencia Artificial y justicia Predictiva (¿puede la inteligencia artificial determinar si tengo razón -o no en un juicio?)*, por Horacio Roberto Granero, p. 23; *Justicia para el siglo XXI*, por Bibiana B. Luz Clara, p. 59; *¿Discrecionalidad judicial o discrecionalidad artificial?-El nuevo dilema para hacer Justicia*, por Gerardo Raúl Mosquera, p. 69; *Decisiones generadas por inteligencia artificial para la resolución de conflictos y Estado de Derecho (de lege ferenda)*, por Ricardo Tomas Oliveira Moyano, p. 77; *Inteligencia Artificial y Responsabilidad Civil de Buscadores de Internet*, por Gustavo Ariel Atta, p.89; *El error del chatbot inteligente genera responsabilidades patrimoniales al titular del sitio web*, por Bernardo Carlino , p. 103; *La inteligencia artificial como aliada de la medicina*, por Camila Maranessi , p. 113; *Inteligencia Artificial, relación de consumo y responsabilidad jurídica de las plataformas de economía colaborativa*; por José María Sabat Martínez, p.125; *Límites a la tecnología: la ética en los algoritmos*, por Patricia Reyes Olmedo, p. 139; *La Inteligencia Artificial al servicio del marketing. Límites al tratamiento de datos personales*, por María de los Ángeles Tedesco, p. 155; *Sistemas biométricos y machine learning: sus desafíos*, por Susana Eloiza Mender Bini, p. 165; *La privacidad de la Inteligencia Artificial. Un derecho que los humanos pierden y los robots podrían ganar*, por Sebastián A. Gamen, p. 187; *Inteligencia artificial y tratamiento automatizado de datos personales*, por Juan Darío Veltani y Romina Soledad Iannello, p. 199; *El acto administrativo automático y el presupuesto voluntad*, por Gustavo Sá Zeichen, p.209; *Inteligencia artificial en el derecho tributario: ¿recaudar más pagando menos?*, por Roberto Daniel Murmis, p.223; *Inteligencia artificial y asistencia al ciudadano, redefiniendo la citizen experience*, por Macarena Belén Mansilla, p. 239; *Las dos caras de un algoritmo: Reflexiones para las agencias de competencia en tiempos de cambio*, por Gustavo Rodríguez García, p. 251; *Inteligencia artificial: implicancias y desafíos desde el derecho internacional privado*, por Yasmin Aguada, Carolina Harrington y Laura Martina Jeifetz, p. 263; *Del otoño de la inteligencia artificial (y sus algoritmos) y su necesaria regulación. Soluciones desde el derecho internacional público*, por Federico Di Sarno Liporace, p. 277; *Inteligencia artificial y nuevas tecnologías: hacia un replanteo del sistema de enjuiciamiento*, por Irina Natacha Gedwillo, p. 297; *Sistema ApremIA. La Inteligencia Artificial aplicada a los juicios de apremio*, por Carlos Martín Aznar, p. 311; *¿Es necesario regular los algoritmos o la inteligencia artificial?*, por Elba Aurora Mansilla, Jaquelina Carina Angélica Ortiz y Athina Nerea Ibarra Mansilla, p. 329; *Reflexiones sobre la inteligencia artificial desde la perspectiva jurídica*, por Carlos Alberto Fossaceca y Pilar Moreyra, p. 343; Capítulo 25. *Inteligencia artificial, marco legal argentino y su gobernanza*, por Cristian David Alberto Castello, p. 355; *Del peligro a la oportunidad. Gestión lógico jurídica de la inteligencia artificial*, por María Fernanda Carolo, p. 367 y Capítulo 27. *Inteligencia Artificial y Derecho de los Robots*, por Luis Alberto Valente, p. 379. Cabrera, Romina Florencia *Inteligencia artificial y su impacto en la justicia*, Revista Científica de la Universidad de Salamanca, España, Indexada; SAIJ: DACF200122; Id. -*Nuevas perspectivas de la Inteligencia Artificial aplicada al Proceso*, www.saij.gov.ar, Id SAIJ: DACF210100; Argerich, Guillermo y Jorge, Juan -*¿Hacia el determinismo*

campo del Derecho recién está en las primeras etapas. Ciertamente es que, aún en las primeras etapas pueden producir un aceleramiento exponencial en algunos de los trámites. Pero el robot-juez que pueda resolver todo tipo de conflictos jurídicos, está lejos, muy lejos.

Para poder entrar en esta materia de manera más o menos ordenada debemos primero ver los tipos de inteligencia artificial que se consideran y cuál es su alcance. Normalmente se distingue la inteligencia artificial (IA) en inteligencia artificial *débil* e inteligencia artificial *fuerte*. Quien introdujo esta distinción entre IA débil y fuerte fue el filósofo John Searle en un artículo crítico con la IA publicado en 1980⁽¹¹⁰⁾. La débil es la que proviene de una programación limitada que permite articular sistemas que se centran específicamente en una tarea estrecha, que es lo que desde tiempo inmemorial se realizó, como hemos visto, a través de autómatas, que en cierta manera progresaron con la aparición de la informática y el uso de computadoras

Por su parte la inteligencia artificial fuerte también llamada Inteligencia artificial general es la que iguala o excede la inteligencia humana promedio, es decir, la inteligencia de una máquina que puede realizar con éxito cualquier tarea intelectual de cualquier ser humano, con una velocidad y precisión muy superior. Esta inteligencia artificial, inclusive puede aprender más allá de la programación dada y se considera que puede construir máquinas como ella, inclusive de su mismo tipo, es decir ser autoreplicante.

En la actualidad todas las manifestaciones existentes de IA son débiles y específicas, y las fronteras entre la actuación automática y la inteligencia artificial débil contienen una zona gris intermedia que ubica las actividades que se van desarrollando que no corresponden específicamente a uno u otro sector. Sin embargo, existe un paso previo a la inteligencia artificial débil que se confunde con ella, que son las automatizaciones y actividades repetitivas (como las indicaciones que por teléfono o por internet realizan los programas informáticos para contestar diversas preguntas, los traductores de idiomas, etc.)⁽¹¹¹⁾.

arbitral? La inteligencia artificial en la toma de decisiones, LA LEY 2020-A - 812, Id SAIJ: DACF200024; Cooke, Ezequiel -*La digitalización en el Poder Judicial: el anticipo de la despapelización definitiva*, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF200139.; KOHAN, Paula E.- *Algunos pensamientos sobre las implicancias del uso de la Inteligencia Artificial en la justicia*, -17 de Agosto de 2021, www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF210150. De manera general puede verse también “Inteligencia artificial-una mirada multidisciplinaria” (X encuentro interacadémico 2021), Manuel A. Solanet, 1ª edición compendiada, CABA 2021, en la cual cabe mencionar el trabajo del Académico Alberto B. BIANCHI “La inteligencia artificial en el mundo jurídico actual”(implicaciones, aplicaciones y posibilidades), p. 198.

¹¹⁰ SEARLE, J. R., *Minds, Brains, and Programs*, Behavioral and Brain Sciences, 1980-3, pp. 417–424 y *The Chinese Room Revisited*, Behavioral and Brain Science, 1982-5, pp. 345–348, donde se pronuncia en contra de la posibilidad de la inteligencia artificial fuerte. Las conclusiones de Searle sobre este tema han sido gravemente criticadas por los sostenedores de la IA fuerte o general.

¹¹¹ Más allá de la discusión sobre la posibilidad o no de la inteligencia artificial general, creo que son atinadas las palabras de Ferrús “En definitiva, contrariamente a lo que algunos optimistas tecnológicos dicen, en mi opinión, estamos muy lejos de diseñar Inteligencias Artificiales de tipo general e incluso albergo dudas acerca de su factibilidad. En cualquier caso, por muy inteligentes que lleguen a ser las futuras inteligencias artificiales, de hecho, siempre serán distintas a las inteligencias humanas ya que el desarrollo mental que requiere toda inteligencia compleja depende de las interacciones con el entorno y estas interacciones dependen a su vez del cuerpo, en particular del sistema perceptivo y del sistema motor. Ello, unido al hecho de que las máquinas no siguen procesos de socialización y culturización, incide todavía más en la idea de que, por muy sofisticadas que lleguen a ser, serán inteligencias necesariamente distintas a las nuestras. Recordemos que son inteligencias ajenas a la humana y, por lo tanto, ajenas a los valores y necesidades humanas, y eso debería hacernos reflexionar sobre posibles limitaciones éticas al desarrollo de la Inteligencia Artificial” (Ferrús,

Otra forma de clasificar la inteligencia artificial es la de distinguir entre inteligencia artificial convencional (o deductiva) y la inteligencia artificial computacional (o inductiva). La primera está basada en el análisis formal y estadístico del comportamiento humano ante diferentes problemas, mediante el razonamiento basado en casos, sistemas expertos, cálculo de sistemas probabilísticos, crear comportamientos propios y resuelve problemas complejos dando la solución a los mismos. Por su parte la inteligencia artificial computacional se refiere al desarrollo y aprendizaje interactivo con base en datos empíricos.

En el campo del Derecho la IA, fue muy posterior a los planteos técnicos sobre la materia hasta una fecha indefinida de las últimas décadas del siglo pasado. Esta tarea se viene desarrollando de manera conjunta con la informática computarizada. En los primeros momentos se tomó como guía las agendas judiciales, más tarde las bases de datos de jurisprudencia y legislación pasaron a tener cada vez más importancia, a ello se agregó la doctrina digital, la firma digital, luego la notificación electrónica, el expediente digital, el procedimiento digital a través de video conferencias, resoluciones automáticas y acciones automatizadas, etc. La inteligencia artificial, a los fines del Derecho y con apoyo en la Informática, en consecuencia, puede dividirse en etapas que tienen alguna distinción con la inteligencia artificial en otras materias como las derivadas de las ciencias y técnicas duras experimentales. Veamos esas etapas.

5. Las etapas de la electrónica en el campo jurídico.

La electrónica, en el campo jurídico pasó por diversas etapas, donde se fueron utilizando y aplicando los distintos conocimientos y elementos informáticos para realizar las tareas en el campo del Derecho. Hay una primera etapa en la que se comienza a diferenciar las diversas actividades que pueden realizar las computadoras tendientes a simplificar las tareas. Y en ese período encontramos: la informática jurídica *Operacional*, dedicada a la *gestión* de juzgados, estudios jurídicos y cámaras legislativas (ordenación, agendas); la informática jurídica *Registral*, relacionada con los registros de la propiedad, de penados, etc. Una segunda etapa la constituye la informática jurídica *Decisional*, con la resolución automática de casos repetitivos (ya sea por planteos grabados que se aplican sobre formularios (como podrían ser los de las cédulas de notificación), desarrollos jurídicos estándares (como las presentaciones sobre un mismo tema, donde sólo hay que cambiar los sujetos, domicilios o documentos), y la informática jurídica *Documental*, relacionada con los Bancos de Datos Jurídicos, incorporados actualmente a la WEB.

Las dos primeras entran dentro de la categoría de informática jurídica de *gestión*, mientras que las últimas serían la informática jurídica de *ayuda a la decisión*. Este modelo combinado con el Internet y la Comunicación que se desarrolló prontamente, dieron lugar a la posibilidad de utilizar todos estos elementos para integrarlos a la Gestión Judicial (y naturalmente a la actividad de los abogados), comenzando por las notificaciones electrónicas, siguiendo con la subasta electrónica, la incorporación electrónica de escritos y copias, el procedimiento a través del expediente judicial, con audiencias y video-conferencias, zoom y otras modalidades, es decir los trámites a distancia que se potenciaron durante la

pandemia de COVID-19 (del año 2019) con motivo del aislamiento y la extensa feria de los tribunales en Argentina. En este aspecto cabe destacar que, además de los distintos avances producidos la Suprema Corte de Buenos Aires por acuerdo 3991/2020 agregó al "Reglamento para la notificación por medios electrónicos" (ac.3845/17), la automatización, cuando correspondiere, de las notificaciones que deban cursarse de manera electrónica a los domicilios de igual carácter (at. 1º) y finalmente dictando mediante Acuerdo 3976/20 el "Reglamento para los Escritos, Resoluciones, Actuaciones, Diligencias y Expedientes judiciales", cumpliendo así un paso más, dentro de la primera parte de ingreso a la inteligencia artificial débil. Lo mismo hubo realizado en el orden nacional la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la actividad en el marco del Programa de Fortalecimiento Institucional del Poder Judicial de la Nación, dictó numerosas Acordadas entre las que se destacan la 16/2016, 4 y 14 de 2020 y sus complementarias llevando el desarrollo al expediente digital. El mismo camino han seguido las provincias, cada una con su propio modelo.

6. La inteligencia artificial débil y los sistemas cerrados.

Pasada la primera etapa, y sin abandonar la utilidad de sus prestaciones, mejoradas en mucho por el avance de la electrónica computacional, viene el paso a la etapa inicial o débil de la Inteligencia Artificial (IA), que en algunos países han desarrollado en los aspectos básicos donde tiene plena aplicación, por ejemplo Brasil en las ejecuciones fiscales⁽¹¹²⁾, que recientemente han sido replicadas en la Argentina. Esta IA es limitada y va tomando actividades que realizan los seres humanos, pero sin una conciencia, simplemente con el cumplimiento de un programa, de modo que las actividades que se le otorgan a los elementos de IA sólo sirven para la tarea indicada, *siendo totalmente ineficaces fuera del rango asignado*. Para ello, además, las tareas a realizar deben estar formalizadas, es decir expresadas en símbolos o algoritmos que se refieran a soluciones estándares y previamente organizadas y definidas en un sentido específico. Recuerden que cuando definimos la inteligencia artificial hicimos especial mención en que un punto esencial era la *no-ambigüedad* del sistema, o por lo menos la desambiguación de sus términos a fin de que cada uno tenga un significado unívoco.

La inteligencia artificial débil va ocupando cada vez más campos, como las contestadoras telefónicas, el procesamiento y reconocimiento de voz, la traducción idiomática que puede ser escrita u oral, etc. Este modelo de IA es un sistema de inteligencia artificial que sólo pretende ser aplicable a un tipo específico de problemas y no tiene la intención de igualar la inteligencia humana en general y que se caracteriza por la realización de tareas a través de sistemas expertos que resultan ser sistemas cerrados.

En la Teoría General de los Sistemas (TGS) se distinguen entre otras categorías, los sistemas abiertos y los sistemas cerrados. Un sistema cerrado es el que funciona independientemente del entorno y no admite interferencias o intercambios con el exterior, en la TGS se considera que no existe un sistema absolutamente cerrado⁽¹¹³⁾, para esta teoría la estructura de los sistemas es abierta,

¹¹² RIBEIRO, Darcy -*Processo e novas tecnologias nos tribunais, desafios e perspectivas*; <https://www.jota.info> > autor; AZNAR -*La inteligencia artificial en los juicios de apremio*, en Derecho y Tecnología, p. 311, cit, última nota.

¹¹³ GRUN, Ernesto -*Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 32.

cuestión que en el Derecho es la más adecuada⁽¹¹⁴⁾, aunque puede considerarse y establecerse sistemas cerrados que para la IA débil resultan más aptos en su aplicación, con la condición de que sus resultados se puedan luego relacionar con e integrar a la solución del conflicto jurídico. Es decir, el sistema cerrado o varios de ellos, cumplen una función determinada hasta que, agotadas sus posibilidades de actuación, finalizan su desarrollo y otorgan un resultado o producto al humano, que puede utilizarlo directamente o haciendo de puente en una función que la IA no puede cumplir, o se integran a un sistema abierto.

En ese sentido se ha llegado a aplicar a sistemas de procedimiento judicial sencillo o cerrado, como pueden ser parte de cierto tipo de ejecuciones, aspectos de los procesos laborales, control de requisitos de admisibilidad, etc. Pero si bien la tarea que realizan permite resolver una cantidad de casos muy numeroso en un tiempo ínfimo realmente sorprendente, e inclusive comunicarse con otros sistemas para lograr obtener informes o resultados necesarios para su tarea, no han podido pasar más allá de ello pues, como hemos dicho, en un momento detienen su actividad y es necesaria la intervención humana para continuar la tarea, a menos que se trate de actividades altamente formalizadas y en campos limitados, que puedan resolverse de manera definitiva por sí o por no. Para poder realizar las tareas parciales o totales de esos sistemas procedimentales repetitivos, deben tener reglas perfectas y muy específicas y uno de los problemas más importantes es la dificultad que tienen por el momento, respecto de la prueba y la arboladura de soluciones variables de los procesos de conocimiento más complejos, o de familia o donde deben intervenir profesionales de otras ramas de la ciencia como psicólogos, médicos, contadores y científicos de distintas áreas⁽¹¹⁵⁾.

En esa esfera de problemas la IA, para poder evolucionar y tratar los asuntos humanos de alta complejidad, debería poder adaptarse, no bastando la información recopilada, sino la posibilidad de aprender y comprender. Pero en este aprendizaje, donde reina la diversidad y el examen muchas veces contradictorio, además de conocimiento social local y evolutivo, encontramos un escollo que resulta difícil de superar, y es que dicha IA se maneja con sistemas lógico matemáticos, que si bien pueden ser muy precisos, no pueden resolver problemas nuevos con el criterio humano, que básicamente trabaja con sistemas semilógicos, sometidos a emociones, percepciones limitadas, creencias y toda una serie de variables sociales, políticas y económicas que ni la lógica matemática ni las restantes lógicas modernas están en

¹¹⁴ Criterio que proviene del campo sociológico (ver LUHMANN, Niklas -*Introducción a la teoría de los sistemas*- Universidad Iberoamericana, iTeso, Anthropos Editorial del Hombre (Lecciones publicadas por Jesús Torres Nafarrate), México 1996, pp. 45/60).

¹¹⁵ En el campo de la IA débil, debe destacarse el sistema Prometea. Se trata de un sistema de inteligencia artificial multicapa, desarrollado en conjunto por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Facultad de Derecho de la UBA, con el objetivo de agilizar la justicia y permitir un mejor uso de los recursos. Se considera que el mismo posee un 96% de efectividad. Resulta útil para casos sencillos evitando que los jueces y demás integrantes del Poder judicial se ocupen de tareas repetitivas, permitiéndoles focalizar su trabajo en los casos complejos, en los que se hace necesaria la intervención del humano, Prometea le lee al usuario la carátula del caso e indica una posible solución del mismo. Esta solución sugerida se basa en el análisis, a través de inteligencia artificial, de casos análogos previos al consultado, para cuya solución haya precedentes reiterados. Se trata de una inferencia probabilística basada en la repetición de palabras clave de cada expediente, que asocia este nuevo caso ingresado a una respuesta previa. Es una predicción de la recomendación que el fiscal del caso le debe hacer al juez para que éste dicte sentencia, indicando también el modelo de dictamen jurídico que corresponde. La lógica por la cual el sistema llega a esta decisión final es completamente trazable.

condiciones de resolver. Algunos autores mencionan que es importante destacar la creciente utilización de la inteligencia artificial (IA) para comenzar a prevenir y detectar hechos de corrupción y fraude en las organizaciones. Granero señala que “si por tanto, la inteligencia artificial no puede acabar consiguiendo disponer de máquinas con empatía emocional con los humanos, porque hace falta ser humano para ello, entonces IA y empatía emocional son una contradicción en los términos, y el sueño de la razón total (artificial en este caso) podría llegar a ser una quimera, por lo cual el tema de la ética en la inteligencia artificial, cada vez más es tema de discusión, tanto en ambientes académicos como de empresas (particularmente las tecnológicas consultoras y de los propios gobiernos)”⁽¹¹⁶⁾.

De todos modos, debemos reconocer que la IA ha venido para quedarse. Lo demuestran las industrias donde robots computarizados realizan gran parte de las tareas, sin perjuicio del necesario control humano. Lo vemos permanentemente en nuestras vidas. Mi reloj inteligente no sólo da la hora, me muestra la temperatura, la distancia que he caminado, me permite ver las funciones cardíacas, el oxígeno en la sangre, está interrelacionado con mi teléfono inteligente, de manera que puedo recibir mensajes, tiene agendas, llamados con distintos timbres para distintas actividades, y puedo hablar a través del mismo, más toda una serie de funciones también muy interesantes que exceden mi interés por el momento y en algunos casos no se para que sirven. Los tutoriales de Internet que nos enseñan idiomas, música y que en el campo del Derecho nos sirven indicándonos paso por paso como debo actuar en los sistemas de expediente electrónico, me permiten desarrollar el proceso a través de esta nueva modalidad y tener audiencias a distancia, además de contener una información “infinita” a nuestra disposición. La misma computadora que se utiliza actualmente tiene funciones varias de IA, puedo dictarle y ella escribir en cualquier lengua, traducir lo que se dice, corregir mi ortografía o sintaxis mientras escribo, darme ideas de cómo realizar diversas actividades, responder las preguntas que le haga de manera oral o escrita, funciones que también tienen los teléfonos inteligentes, los que se han convertido en nuestras cámaras fotográficas y de video y que pueden realizar otro sinnúmero de tareas como la comunicación a distancia de modo visual y otro sinnúmero de actividades que se van agregando día a día.

7. La inteligencia artificial y la prueba en el proceso.

Los campos en los que la inteligencia artificial puede actuar en el proceso son diversos, muy útiles en el cumplimiento de pasos del sistema, pero con un inconveniente propio. Hace muchos años Mauricio GAIBROIS (con el que junto con Juan Pedro COLERIO desarrollamos la revista *Jurismática*), señalaba con gran criterio que la Informática, en definitiva, es una gran lupa que volcada en el desorden lo aumentará exponencialmente. Y eso es muy notable en el proceso. En este mismo sentido, criticando los sistemas del expediente digital GEDWILLO señaló que previamente, para que el sistema sea sustentable y funcione adecuadamente debe modificarse el sistema procesal de los códigos⁽¹¹⁷⁾, y ello es

¹¹⁶ GRANERO, Horacio Roberto *-Inteligencia artificial y justicia predictiva (¿puede la inteligencia artificial determinar si tengo o no razón en un juicio?)*- en “Derecho Tecnológico. Inteligencia artificial y Derecho. Un reto social”, Horacio R. Granero (Director) UCA Fondo de Derecho, Fiadi elDial, Albremática, Buenos Aires 2020, p 53.

¹¹⁷ Cabe preguntarse si podríamos continuar con el trámite judicial como hasta ahora con la salvedad de que se digitalice el expediente y se abandone el expediente en papel. La realidad es que sí podríamos, pero ello no eliminaría las fallas del sistema, sino que las profundizaría. Al respecto, son recurrentes las quejas sobre el mal funcionamiento del LEX-100, sistema interno que se utiliza en la administración de justicia. Se dice que siempre está colapsado, es usual que se caiga y no soporta un

porque los nuevos ordenamientos se desarrollan sobre la estructura de los sistemas tradicionales. La incorporación de modelos sistémicos de procesamiento, tienen que adecuarse a la regla básica de los sistemas, que es que, cada una de sus partes necesita tener una interrelación adecuada con las restantes, no pudiendo mezclarse sistemas de distinto rango. Es la vieja frase que indica que no se puede poner vino nuevo en odres viejos⁽¹¹⁸⁾.

a) *La prueba documental en el expediente digital.* Uno de problemas fundamentales del expediente digital es la incorporación documental, que termina siendo muchas veces una verdadera molestia. En el Anexo II, de la Acordada 31/2020 CSJN se estableció un Protocolo de Actuación y Gestión judicial que en el punto III) nos habla de la *incorporación de escritos* en estos términos; Se disponen las siguientes directivas dirigidas a los letrados y otros intervinientes sobre la forma de presentación de los documentos informáticos: 1) Un archivo único por el escrito de demanda. 2) Un archivo único por el escrito de contestación de demanda. 3) Un archivo único por cada escrito que se presente posteriormente con una descripción clara de su contenido. 4) Un archivo que contenga agrupadamente la documental que se desee adjuntar. En caso de ser necesario adjuntar una mayor cantidad de archivos, deberán agruparlos por tipo y detallar claramente en su descripción el contenido y en su caso número de orden sobre el total. 5) Se deberá ajustar en la configuración del dispositivo de digitalización la calidad de imagen a los fines de que el peso informático del archivo sea el menor posible. 6) Recordar que el máximo peso por archivo es de 5 MB. 7) Recomendar la obtención y aplicación de software libre para compilar, reunir y organizar diversos documentos en un solo archivo a subir como así también ajustar su peso. Este software puede ser obtenido en la página del Poder Judicial <https://www.pjn.gov.ar/>. 8) Verificar la correcta disposición y legibilidad de los archivos previo a ser incorporados al sistema. Establecer que, ante un conjunto de escritos o adjuntos de difícil tratamiento por parte del juzgado, éste podrá despachar su observación o rechazo solicitando que total o parcialmente vuelva a ser incorporado al sistema. Pero en el Punto I, apartado 4 se estableció una regla fundamental en este sentido; “4) *La prueba documental original que se acompañe deberá ser incorporada en formato digital con firma electrónica, cuando no posea otra; electrónica o digital, previamente impuesta. El presentante la reservará y conservará en su poder y custodia debiendo presentarla bajo su responsabilidad a solicitud del tribunal*”.

b) *Informes.* La Acordada 15/2020 expone en los considerandos IV) Que, en ejercicio de las facultades señaladas en el considerando I (es decir: “dentro del proceso de cambio y modernización en la prestación del servicio de justicia que en el marco del “Programa de Fortalecimiento Institucional del Poder Judicial de la Nación” se viene desarrollando -desde el dictado de la acordada 37/07-, la Corte

gran volumen de usuarios trabajando en forma simultánea. Desde nuestra perspectiva, las razones de su mal funcionamiento radican en que se desarrolló un sistema que reproduce fielmente la lógica de un sistema de enjuiciamiento que data de hace dos siglos, cuando la realidad tecnológica que hoy experimentamos era impensada. La tecnología puede facilitar la práctica de la prueba y agilizar el trámite del proceso, pero si la intención es mejorar la administración de justicia, debe encararse una reforma normativa profunda que replantee el modelo de enjuiciamiento que contemple la utilización de la IA en el proceso y los parámetros en los cuales esta se realizará (GEDWILLO, *Inteligencia artificial y Derecho Procesal*, en Derecho Tecnológico, cit, en nota final, p. 303).

¹¹⁸ Mateo 9...16. Nadie pone parche de tela nueva en vestido viejo, porque el parche tira del vestido y la rotura se hace peor. 17. *Tampoco echan vino nuevo en odres viejos, porque los odres se rompen, el vino se derrama, y los odres se echan a perder. Más bien, echan vino nuevo en odres nuevos, y ambos se conservan* (La Biblia, Nuevo Testamento).

Suprema de Justicia de la Nación, en uso de las facultades que le otorga la Constitución Nacional y la sanción de la ley n° 26.685, se propone reglamentar e implementar el uso de herramientas de gestión con aplicación de tecnología informática), la Corte Suprema de Justicia de la Nación procederá a reglamentar el diligenciamiento electrónico de los oficios, informes o expedientes, normados en la sección 3° del C.P.C.C.N. “Prueba de informes. Requerimiento de expedientes” – arts. 396 a 403- y arts. 132 y 133 del C.P.P.N., que de manera reiterada y habitual se gestionan con oficinas públicas, escribanos con registro y entidades privadas, externas al Poder Judicial de la Nación en el marco de la tramitación de las causas. De igual manera, se incluirá la comunicación de demandas contra el Estado Nacional a la Procuración General del Tesoro promovidas, prevista en el artículo 8° de la ley n° 25.344. En tal sentido Acordaron: 2°) Disponer que a partir del día 1° de junio de 2020 y de forma progresiva, los oficios a organismos públicos o privados que se libran de manera reiterada y habitual se tramitarán únicamente en forma digital. 3°) Aprobar a tal fin el “Reglamento para el Diligenciamiento Electrónico de Oficios con Entidades Externas al Poder Judicial -DEOX-” que como Anexo integra la presente. 4°) Encomendar a la Comisión Nacional de Gestión Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la elaboración y coordinación del plan de implementación progresiva del servicio que aquí se dispone. Y en Anexo se desarrolla la Forma, el Procedimiento para la incorporación al módulo de "Diligenciamiento Electrónico de Oficios con Entidades Externas al Poder Judicial - DEOX" y las Condiciones de uso del módulo de "Diligenciamiento Electrónico de Oficios con Entidades Externas al Poder Judicial - DEOX"

c) *Prueba pericial*. La prueba pericial no tiene una adaptación para la IA, pero muchos de los pedidos que se hacen en la misma, especialmente los altamente tecnológicos y que pasan por la vía de la Prueba Científica, están relacionados con herramientas de inteligencia artificial como las tomografías, ecografías, exámenes cerebrales eléctricos y electrónicos, etc. Los mismos peritos muchas veces utilizan herramientas de inteligencia artificial para realizar sus operaciones como resulta ser la calculadora científica, la información electrónica de bases de datos complejos y distantes, etc.

d) *Pruebas por declaración*. En las pruebas por declaración (declaración de parte, testigos, amigos del tribunal), sean orales o escritas no están actualmente incluidas en la IA y es posible que resulte una de las actividades más difíciles de desarrollar en este campo.

e) *Reconocimiento judicial e inspección ocular*. En este supuesto la actividad del magistrado tratando de obtener por vía de sus sentidos el conocimiento de circunstancias, lugares y objetos no aplica la IA, pues es una actividad propiamente humana, lo que no impide que utilice elementos de IA para efectuar la tarea a la que está dispuesto.

f) *Prueba científica*. En este caso, aunque no necesariamente, la aplicación de la inteligencia artificial aparece con mayor nitidez, en atención a la materia objeto de la prueba propuesta. Surge claramente la aplicación posible de la IA, en la Autopsia, la investigación informática, pruebas automatizadas para evaluar el Software, la ya citada actividad sobre el cuerpo humano de las tomografías y ecografías, etc.

g) *Conclusión sobre la IA y la prueba.* De lo expuesto se verá claramente que, en materia probatoria la IA está todavía ajena a su aplicación, más allá de los requerimientos que puedan hacerse con motivo de las pericias o de la prueba científica. No obstante, el paso de la escritura a la oralidad y las disposiciones que van organizando la Corte Suprema y los restantes tribunales superiores del país en materia de expediente digital son un paso previo importante para lograr avanzar en la materia, sin perjuicio de lo que hemos señalado respecto de los procesos muy simples y de sistema cerrado.

8. La etapa de la inteligencia artificial fuerte o IA general.

El paso hacia la etapa fuerte o inteligencia artificial general es una etapa de prospectiva que por el momento no existe. Se considera tal a aquella que puede igualar o superar la inteligencia humana promedio, es decir, la inteligencia de una máquina que puede realizar con éxito cualquier tarea intelectual de cualquier ser humano e inclusive tener conciencia. Es un objetivo importante para la investigación sobre inteligencia artificial y es un tema donde, como en otras oportunidades, pueda tomar ideas de la para la ciencia ficción, que muchas veces se adelanta al momento humano en el cual se la desarrolla.

Los requerimientos de una IA fuerte (además de las complejidades que hemos mencionado en la Introducción al referirnos a la inteligencia, la conciencia y al campo cognitivo del discurso) serían:

1) La posibilidad de que este tipo de inteligencia pueda tener conciencia y sensibilidad

2) Que comprenda la lingüística en especial la del Derecho y en particular la semántica, que debe realizar una desambiguación permanente de sus términos (por ejemplo, se considera que la palabra acción tiene más de cien definiciones)⁽¹¹⁹⁾.

3) Que pueda entender las pruebas, determinando su certeza, combinación y relación con los hechos donde ciertos medios pueden resultar en algunos casos fáciles (como los instrumentos y su validez o el pedido de informes), pero que otros como la pericia, que puede requerir elementos científicos e incluso esquemas indeterminados, cuya interrelación comparativa puede derivar en soluciones distintas y variables en las que la lógica no es elemento central del razonamiento. Por otro lado las declaraciones de parte a las que hemos hecho especial referencia (que en el proceso penal significan la defensa) y la de los testigos cuya determinación sobre la verdad o falsedad incluyendo el lenguaje del cuerpo o de los rostros puede resultar totalmente erróneo, deben analizarse desde muy distintos ángulos que debo decir, en la actualidad superan muchas veces la capacidad del jugador⁽¹²⁰⁾.

4) Que los sistemas algorítmicos de lógica, que se traduce en aplicar, según el caso, la lógica matemática, puedan lograr comprender el pensamiento humano, es una apuesta de futuro. Estos sistemas que pueden interrelacionar distintos campos lógicos funcionarán siempre que puedan llegar a comprender el lenguaje y la

¹¹⁹ No debe soslayarse la cuestión lingüística que se inscribe en la Teoría de la Comunicación, la que a su vez es parte de la Teoría de la Información (TIC). En este campo se debaten las tesis de arbitrariedad y motivación, que implican otro desafío a la inteligencia artificial (Sobre este particular ver: DUCROT, Oswald y TODOROV, Tzvetan -*Diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje*, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires 2003, pp. 157-164).

¹²⁰ Las verdades y las mentiras, más allá del ingrediente humano, se dificultan en la posibilidad de detección cuando se examinan distintas culturas, características personales, situaciones particulares en las que se encuentra un individuo (estrés, enfermedades, etc.). Sobre este tema puede verse EKMAN, Paúl - *Cómo detectar mentiras*, PAIDOS, traducción por Leandro Wolfson, Buenos Aires 2013.

naturaleza humana con su percepción, sus emociones y su memoria, distinta en todas las personas. No tendrán a su cargo superar a las personas, como sucede en otras actividades. En el Derecho deberán estar dispuestos a resolver las disputas en los niveles sociales correspondientes, cualquiera sea el alcance que la IA haya alcanzado. Pero para diseñar un ente (robot, ordenador, software, etc.) con una verdadera inteligencia artificial, poseedor de una capacidad de autoconocimiento y creatividad, tendríamos que conocer y poder replicar como mínimo el código neuronal.

5) Por último parece que resulta más claro, para la interrelación con la IA, la comprensión escrita que la oral, pues además de que la expresión oral comprende numerosos aspectos que están marcados no sólo por el lenguaje hablado, sino por la expresión corporal, podrían darse casos de ambigüedad o vaguedad difíciles de determinar⁽¹²¹⁾. Los casos de ambigüedad y vaguedad en el Derecho han sido magníficamente explicados por Genaro CARRIÓ⁽¹²²⁾.

6) Estos aspectos tienden a ser superados por los investigadores a través de las redes neuronales artificiales y la lógica borrosa o difusa⁽¹²³⁾ y otros avances aunque no parece que se llegue a igualar al humano, sino que podrá ser algo muy desarrollado, pero distinto que nos ayuda y ayudará a dar saltos científicos y evolutivos.

Además de problemas filosóficos, morales, políticos, científicos y técnicos, que tiene la implementación de estos sistemas, primero tiene que resolverse el problema del control⁽¹²⁴⁾. Una vez que el conflicto es sometido a la solución de la IA fuerte (y en algunos casos en el supuesto de la IA débil), debe poderse conocer y cotejar que los programas y algoritmos que se están aplicando sean los correctos y no hayan sido modificados o alterados para el caso en concreto, que estén adecuados a la situación humana del momento en que resuelven y no que resuelvan con “cerebros” demasiado adelantados para nuestra comprensión. El control de estos sistemas requerirá contar con avanzados especialistas en la materia y además podrá

¹²¹ Uno de los ejemplos sobre este particular es la expresión denominada *calambur* que consiste en oraciones o frases que cambian el sentido al agrupar de distinta manera las sílabas, como por ejemplo: “Ellos son de mentes veloces/Ellos son dementes veloces”, “Barriendo/Va riendo”. Es clásica en este campo la expresión atribuida a Quevedo para decirle a la reina que era renga sin que se diera cuenta. Tomó dos ramos de flores y expendiendo sus brazos le dijo “Entre las rosas rojas y los claveles blancos, vuestra majestad escoja (es coja)”.

¹²² CARRIO, Genaro R. -*Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, pp. 23 a 36.

¹²³ La lógica borrosa o difusa es aquella que permite obtener una conclusión a partir de información de entrada que puede ser vaga, ambigua, imprecisa, con ruido o incompleta, pero derivada de un contexto que fija los parámetros de dicha información. Este modelo tiende a imitar como una persona toma decisiones basada en información con las características mencionadas. Fue propuesta por el ingeniero científico Lotfi A. ZADEH que llegó a ser profesor emérito de inteligencia artificial en la Universidad de Berkeley.

¹²⁴ La IA se desarrolla mediante el uso de algoritmos y datos. Los algoritmos son un conjunto de instrucciones para solucionar un problema. Los mismos han ido haciéndose más complejos con el tiempo, pasando de ser estáticos, en el sentido de que los programadores diseñaban ya en los mismos los criterios para tomar las decisiones, a ser dinámicos, en el sentido de que los algoritmos denominados de aprendizaje automático (*machine learning*) tienen la capacidad de aprender con el tiempo de los datos y experiencias para tomar decisiones por sí mismos, generando sus propias instrucciones que ya no son las iniciales del programador. Por ello, ha sido dicho que en un medio ambiente de aprendizaje automático el problema con estos algoritmos es que los humanos no pueden ya estar en control de qué decisión es tomada y ni siquiera pueden saber o comprender por qué una decisión errónea ha sido tomada dado que están perdiendo de vista la transparencia del proceso desde el principio hasta el final deviniendo opacos para sus creadores que no entienden la lógica que siguen. De ahí que se hable del proceso de adopción de la decisión por parte de los algoritmos como una caja negra (GRANERO -*Inteligencia artificial y justicia predictiva*, cit. p. 44).

llevar un tiempo que tal vez muy lejano, es decir que los sistemas deben ser auditables, con control humano y sistemas jurídicos de reparación. Segundo está el problema de la seguridad. Ninguna duda cabe que los sistemas de seguridad irán aumentando a medida que se avance en la tecnología, pero también irán aumentando los conocimientos e intereses de los hackers y crackers o craquers.

Los peligros mencionados no son los únicos pues hay quienes consideran que se debe ser muy cauteloso con la inteligencia artificial, para que no se transforme en uno de los mayores ataques a nuestra existencia, ya que ciertas aplicaciones sofisticadas de la citada cuestión podrían llegar a tener derivaciones impensadas y muy desagradables. En el film “Yo robot” (basada aunque lejanamente en la obra de Asimov del mismo nombre⁽¹²⁵⁾), se muestra muy claramente este problema. Para el control de los Androides Isaac Asimov y John W. Campbell imaginaron tres leyes de la robótica: *1. Un robot no hará daño a un ser humano o, por inacción, permitirá que un ser humano sufra daño. 2. Un robot debe hacer o realizar las órdenes dadas por los seres humanos, excepto si estas órdenes entran en conflicto con la 1ª ley. 3. Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la 1ª o la 2ª ley*⁽¹²⁶⁾.

9. Redes neuronales y otros aspectos.

A pesar de la complejidad del cerebro, los científicos siguen pretendiendo su igualación y superación artificial por vía de la IA. Un camino para ello son las redes neuronales artificiales. Las neuronas son células del sistema nervioso central que tienen la capacidad de recibir y decodificar información en forma de señales eléctricas y químicas, trasmitiéndolas a otras células a través de axiones. Estos son prolongaciones de las neuronas destinados a conducir el impulso nervioso a lo largo del cuerpo y también hacia otras neuronas a partir de las dendritas (prolongaciones numerosas y ramificadas que parte del cuerpo de las neuronas).

Las redes neuronales artificiales (conocidas también como sistemas de conexión o conexionistas, son un conjunto de unidades de neuronas artificiales conectadas entre sí para transmitir señales, pero no tienen ni la estructura de la neurona cerebral, ni trabajan con elementos químicos. La información que reciben de entrada atraviesa la red neuronal, en la cual la información es sometida a diversas operaciones complejas produciendo valores de salida. Este modelo supera la crítica que hace a los sistemas de IA que siguen el sistema booleano⁽¹²⁷⁾. Los valores de salida hacia neuronas adyacentes o hacia una función, pueden estar limitados a esa salida estableciendo un límite antes de propagarse a otra neurona. Las tendencias de estas redes no sólo se relacionan con la acción, sino que tienden a la obtención del aprendizaje y han logrado la visión electrónica y el reconocimiento de voz, entre otras actividades. En síntesis se trata de modelos matemáticos que van desde lo más simple hasta complejos algoritmos y otros sistemas más complejos⁽¹²⁸⁾.

¹²⁵ ASIMOV, Isaac -*Yo robot*, Editorial Edhasa (original 1950), Barcelona 2004.

¹²⁶ Estas tres leyes fueron modificadas y ampliadas por otros autores de ciencia ficción. El mismo Asimov agregó una cuarta ley, llamada Ley Cero que dice; “Un robot no hará daño a la humanidad, o por inacción permitir que la humanidad sufra daño” (ASIMOV, Isaac -*Robot and Empire* -Los Robots y el Imperio-, Doubleday, NY, USA, 1985).

¹²⁷ La expresión booleano se utiliza para indicar la aplicación del álgebra de George Boole invención de este matemático y lógico británico, que constituyó el fundamento de la aritmética computacional moderna, con la interpretación de los signos 0 y 1 como la nada y el todo.

¹²⁸ En esta cuestión la tarea de investigación, de orientación cognitiva, para muchos de los propósitos de la modelización, esto es la actividad científica, cuyo objetivo es hacer que una parte o característica

Un aspecto central es que el del aprendizaje de la IA se establece para cada actividad y no de modo general aleatorio. Este aprendizaje se logra a través de un “maestro externo” o de manera autónoma y requiere a los fines del Derecho: 1) Un amplio conocimiento jurídico en el maestro (considerando a tal un conjunto de expertos, informes, datos y otros elementos que deben actualizarse periódicamente (ya sea por novedades o por corrección de errores), 2) que estos expertos trabajen en conjunto con científicos especializados en IA y otras actividades electrónicas, de manera de lograr un grupo jurídico tecnológico, 3) Con control, pruebas del sistema, tanto en la formación como en el resultado a los fines de la retroalimentación.

Completando las observaciones iniciales de este párrafo, es importante considerar, a los fines de considerar la posibilidad de que el IA fuerte llegue a ser similar al sistema humano una última observación y es que el IA artificial aún con las redes neuronales y otras implementaciones no puede lograr el sistema de cambio y adaptación del cerebro, que en su plasticidad resulta incomparable⁽¹²⁹⁾. La complejidad del cerebro humano, donde juegan funciones del cerebelo, la corteza cerebral, las distintas áreas donde se desarrolla y permite su expresión el lenguaje, la visión y el procesamiento las distintas recepciones de los sentidos que se conectan por una red de millones de neuronas interrelacionadas a través de acciones y funciones químicas, que se interconectan y producen una replicación en todo el

particular del mundo sea más fácil de comprender, definir, cuantificar, visualizar o simular haciendo referencia a conocimientos existentes y generalmente aceptados, se ha demostrado la importancia de representar la información en estructuras de una mayor escala, tales como marcos de referencia (Marvin MINSKY, *“La sociedad de la mente. La inteligencia humana a la luz de la inteligencia artificial*, [traducción, Lidia Espinosa de Matheu]. Ediciones Galápago, Buenos Aires, 1986. Original en inglés *“The Society of Mind”*. Simon and Schuster, 1987), esquemas (Rumelhart, David E.; Hinton, Geoffrey E.; Williams, Ronald J. (1986-10-09) -Learning representations by back-propagating errors (“Aprendizaje de representaciones mediante retropropagación de errores”). Revista Nature. 323 (6088): 533–536.) o guiones (Roger Schank, quien es crítico severo del sistema educativo actual, y no trata de suavizar sus palabras para que suenen políticamente correctas. Además, es uno de los principales investigadores del mundo en Inteligencia Artificial, Teoría del Aprendizaje y en la construcción de Entornos Virtuales de Enseñanza. Su idea principal es educar en la forma “aprender haciendo”; Eduskopia. La importancia de aprender haciendo, 30 de junio de 2013. Disponible en: <http://eduskopia.com/la-importancia-de-aprender-haciendo-parte-1/>). Finalmente, sin agotar las distintas proposiciones sobre la materia mencionamos también a cuya idea es reemplazar las representaciones declarativas de la información por representaciones procedimentales conocidas bajo el nombre de producciones: NEWELL, Allen, CARD, Stuart K. (1985): *The prospects for psychological science in human-computer interaction* (“Las perspectivas de la ciencia psicológica en la interacción hombre-ordenador”). En Revista “Human-Computer Interaction”, 1 (3) pp. 209-242).

¹²⁹ La plasticidad cerebral o neuroplasticidad es la capacidad del cerebro para adaptarse o cambiar según las circunstancias y hace referencia a la habilidad intrínseca de las neuronas para crear, modificar o deshacer conexiones sinápticas basándose en el aprendizaje, la experiencia, la repetición o el hábito. Entender la plasticidad del sistema nervioso central es entender una de las propiedades más fascinantes que constituyen al ser humano, supone conocer la creación de lo que se ha llamado las “memorias sinépticas” o “memorias corticales”. Es decir, supone adentrarse en el mundo de la creación de conexiones sinápticas perdurables y estables en el tiempo que codificarían y almacenarían todo lo que vamos aprendiendo a lo largo de nuestra vida. Para que nos hagamos una idea de su importancia, este proceso de creación de memorias corticales no solo atañe a las cosas que almacenamos en nuestro cerebro y que recordamos conscientemente (que por tanto podríamos evocar al ser preguntados), sino también a toda la información inconsciente que ha ido cristalizando en nuestro yo más íntimo, desde el inicio de nuestro desarrollo cerebral hasta hoy. Por eso no es de extrañar que grandes figuras de la neuroanatomía moderna intuyeran en su día la importancia del fenómeno de la plasticidad cerebral. La consabida frase de Santiago Ramón y Cajal: “Todo hombre puede ser, si se lo propone, escultor de su propio cerebro», no hace sino denotar que el ser humano está hecho para aprender y moldearse constantemente utilizando esos procesos neuronales” (SEPULCRE, Jorge -*Redes cerebrales y plasticidad funcional*, Empse Edapp SLY Editorial Salvat SL, Barcelona, España 2019, p. 97).

sistema nervioso, es prácticamente imposible para una red artificial que frente a muchas de las limitaciones que plantea la copia cerebral, pueden desarrollar la inteligencia en otros campos y por otras vías y lograr resultados similares, superiores, pero no iguales a los del cerebro.

10. Las etapas posteriores.

Sin perjuicio de lo expresado la posibilidad de que en un futuro distante las objeciones de hoy sean superadas, pasada la etapa de la IA fuerte llegaremos a la IA autónoma y luego al sistema autoreplicante. No veré esa etapa y quizás tampoco la anterior. Es posible que para ese entonces el humano se complemente con los sistemas de IA y se transforme en un Ciborg integral. En estos avances hay que ir despacio. Los humanos todavía tenemos sistemas políticos, económicos, sociales, ambientales, de pobreza y otros muchos que no hemos resuelto. ¿Qué tal si los Ciborg deciden que los humanos somos una inutilidad y una carga innecesaria que debe eliminarse, o restringir su autonomía o su libertad? Ni siquiera estamos en condiciones de formular un conjunto de principios éticos que sean generalmente aceptados⁽¹³⁰⁾.

Por otra parte, no queda claro cómo la inteligencia artificial podría resolver un problema penal en el caso de duda, o si la graduación de la pena fuese la adecuada, lo mismo se presenta en materia laboral, o cómo consideraría los principios del derecho ambiental sin excederse ni a favor ni en contra. Tomando otros casos anteriores, antes de que se legislara sobre ellos ¿podría la IA haber resuelto los casos de amparo en el caso Siri, el salto de instancia, o las numerosas cuestiones de constitucionalidad u otros similares? ¿Podría resolver los numerosos supuestos en que la jurisprudencia es divergente? Nos queda aún saber si la inteligencia artificial puede juzgar en sistemas autoritarios a los ciudadanos, cuando los programas y los algoritmos han sido puestos por la autoridad de esos sistemas ¿Podría llegar la inteligencia artificial a distinguir lo justo de lo injusto? si es acaso

¹³⁰ Los tecnólogos creen que los desafíos éticos de la IA se pueden resolver escribiendo códigos, pero los desafíos son mucho más complejos. Esta es la creencia de que los códigos de IA son recetas para automatizar la ética misma y que una vez que se haya alcanzado un amplio consenso en torno a dichos códigos, el problema de determinar una dirección futura éticamente positiva para el código informático habrá comenzado a resolverse. No existe un conjunto de principios éticos que puedan justificarse racionalmente de una manera que cada ser racional acepte. Si bien existe una convergencia global emergente en torno a cinco principios éticos (transparencia, justicia y equidad, no maledicencia, responsabilidad y privacidad), queda sin considerar la divergencia sustancial en relación con la forma en que se interpretan estos principios, por qué se consideran importantes, a qué tema, dominio o actores pertenecen, y cómo deben implementarse. En otras palabras, los códigos éticos son mucho menos parecidos a código de computadora que lo que sus creadores podrían desear. No son tanto conjuntos de instrucciones como aspiraciones, formuladas en términos que generan más preguntas de las que responden y este problema no va a desaparecer, en gran parte porque no existe un conjunto único de principios éticos que puedan justificarse racionalmente de una manera que cada ser racional acepte. Dependiendo de sus prioridades, sus puntos de vista éticos serán inevitablemente incompatibles con los de otras personas de una manera que ninguna cantidad de razonamiento resolverá. Los creyentes en un estado central fuerte encontrarán pocos puntos en común con los partidarios de posiciones absolutamente liberales; los defensores de la redistribución de los bienes nunca estarán de acuerdo con los defensores de la propiedad privada, y así podríamos seguir. Entonces, ¿quién puede decir cómo es un equilibrio óptimo entre privacidad y seguridad, o qué se entiende por un propósito socialmente beneficioso? Y si no podemos estar de acuerdo entre nosotros. Este es el hecho de que no existiría una “inteligencia artificial ética” estrictamente hablando, al igual que un solo conjunto de instrucciones que explican cómo ser buenos, y que nuestro enfoque actual fascinado en el “interior” de los procesos automatizados sólo nos aleja más de los contextos humanos disputados dentro de los cuales los valores y las consecuencias realmente existen (GRANERO, *Inteligencia artificial y justicia predictiva*, cit. p. 51).

que nosotros pudiéramos hacerlo. Si la inteligencia artificial superara nuestros estándares y se vaya alejando en una evolución mucho más rápida, en tanto aprenda y comprenda, sería útil o representaría un peligro para la supervivencia. En el campo jurídico no funcionan las tres leyes de la robótica ideadas por Isaac Asimov y otras leyes complementarias que se han ideado para los robots, entendiendo por tales aquellos que, aunque no tengan inteligencia artificial general o fuerte, puedan causar daño. El hecho de que los robots no deban ser jueces se basa en que el comportamiento y los intereses humanos no son matemáticos⁽¹³¹⁾. Por otro lado, hay que advertir que la IA ha tenido vaivenes en el tratamiento según los intereses empresarios y económicos, la materialización de las promesas que no llegaron por crear conceptos exagerados propios de la ciencia ficción y al prometer demasiado, los intereses generales se fueron diluyendo. Pero de manera silenciosa muchos siguieron trabajando y poco a poco volvió el interés por la IA en una medida razonable y comprensiva de que la IA fuerte todavía está lejos, pero los logros actuales llevan a pensar que la informática se va a convertir en un servicio público⁽¹³²⁾.

11. La inteligencia artificial y el Derecho Procesal Electrónico.

La electrónica ha penetrado en la solución de conflictos jurídicos, tanto en la mediación, como en el proceso, el arbitraje y en los distintos campos del actuar jurídico. Pero ha sido la Pandemia COVID 19, la que ha acelerado los tiempos e instalado la vía hacia el expediente virtual o electrónico que se manifiesta en todos los rincones del país. En este aspecto, sin perjuicio de las diversas relaciones jurídicas que se realizan por vía electrónica, se destaca específicamente el Derecho

¹³¹ En este aspecto conviene recordar a Tribe, quien expresa en sus conclusiones que “Reacio, ya que soy para hacer declaraciones con dificultades sobre los límites finales de las matemáticas en el proceso de hechos de una Prueba civil o penal, soy más reacio aún por intentar cualquier evaluación definitiva de cuán lejos métodos matemáticos y los modelos pueden ser explotados de manera aceptable en el proceso de reglamentación para determinar cómo se realizan las pruebas. He examinado en un detalle un modelo simple propuesto por Kaplan y Cullison para ayudar en la determinación de estándares de prueba, y he llegado a la conclusión de que su enfoque, así como el de Finkelstein y Fairley en el contexto de la evidencia (prueba) matemática, es más engañosa que útil. He analizado menos estrechamente los contornos de una metodología más compleja, una que aplicaría los contornos de preferencias y los conjuntos de elección a la derivación de reglas de procedimiento penal, y han encontrado esa metodología sustancialmente más esclarecedora, pero aún lejos de ser satisfactorios. Y he intentado mostrar, finalmente, que puede haber al menos algunas limitaciones inherentes en la vinculación de las matemáticas. Y he intentado mostrar, finalmente, que puede haber al menos algunas limitaciones inherentes en la vinculación de las matemáticas con la reglamentación de procedimientos -limitaciones que surgen en parte de la tendencia de las variables más fácilmente cuantificables empujadas frente aquellas que son más difíciles de medir- en parte por la incómoda asociación de la precisión matemática y ciertos valores importantes, en parte por la posible incompatibilidad de las matemáticas con formulaciones mal definidas y deliberadamente elegidas, y en parte de la forma intrínseca por la aplicación de técnicas de maximización en el tejido rico del ritual y a la selección de extremos en lugar de la especificación de los medios. En una época cuando el poder, pero no la sabiduría de la ciencia se da por sentado cada vez más, ha habido un interés en rápida creciente en la conjunción de las matemáticas y el prueba en el proceso. La literatura de elogios legales para la prole de tal boda ha sido poco limitante. Seguramente ha llegado el momento de que alguien sugiera que la unión sería más peligrosa que fructífera” (TRIBE, *Trial by Mathematics. Precision and ritual in the legal process*, Harvard Law Review, Vol 84, April 1971, Number 6).

¹³² STANDAJE, Tom; BOOTH, Tamzin; CARR, Geoffrey; EDWARDS, Ben; KUT, Andreas; LODER, Natasha; SIEGELE, Ludwig y VAITHEESWARAN, Vijai -*El futuro de la tecnología*, The Economist, Colección Finanzas y negocios, Buenos Aires, 2008.

Procesal, aspectos que han desarrollado en los capítulos anteriores los profesores Sirkin y Leguisamón a cuyos trabajos me remito⁽¹³³⁾

12. La nueva formación del abogado.

Más allá de que en esta era científica y tecnológica se considera que el avance y desarrollo de las naciones está en directa relación con los estudios de las ciencias duras como la matemática, la física, la biología y sus aplicaciones a través de la Ingeniería y especialidades derivadas o de esa naturaleza, desplazando de esta manera la formación básicamente decimonónica enciclopedista y la de materias de tipo social, lo cierto es que todo ello debe guardar una proporción. Pero lo que es indudable es que los abogados deben tener otra preparación, pues muchos de los sistemas aplicados hasta el siglo XX se encuentran obsoletos. Los derechos de tercera y cuarta generación, el avance científico y tecnológico y otros numerosos aspectos de la realidad que la Informática ha traído para quedarse, mostrando una superioridad notable, requieren un replanteo en el curriculum jurídico. Al respecto Grosso señala que “el jurista tiene que atender frente a las nuevas tecnologías de información a la formación integral. Esta es otra área que requiere el compromiso voluntario, el esfuerzo de adquisición de hábitos y habilidades que no se centran ni se limitan a conocer herramientas técnicas en cuanto su uso y actualización. Para ello la formación del jurista debe tener ciertos aspectos de profundización...Si seguimos con una formación enciclopedista, normativista o voluntarista. Sea que sostengamos que Derecho es un conjunto de normas, sea que afirmemos que se trata de la libre expansión de las voluntades autónomas o sea un mero juego de poderes; en cualquiera de estos supuestos podríamos afirmar que las máquinas bien pueden reemplazar a los juristas. Pues el Derecho así entendido en algunas de esas visiones sesgadas queda fácilmente encajonado en algoritmos y cláusulas. En cambio, si nos dedicamos a formamos en norma integral en el Derecho y de manera permanente podremos conjugar nuestro saber práctico y prudencial con la tecnología”⁽¹³⁴⁾. Por el momento queda en claro que la cuestión de la IA está presente en el campo del Derecho lo que se muestra por la notable bibliografía sobre la materia que hemos citado en la nota del párrafo 4.

¹³³ Un tratamiento generalizado del tema puede verse en el *Tratado de Derecho Procesal Electrónico*, dirigido por Carlos Enrique CAMPS, donde se desarrollan con amplitud), por distinguidos colegas, las cuestiones relacionadas con esta materia en 3 tomos (Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015).

¹³⁴ GROSSO, Claudio P. -*Apuntes del jurista y las nuevas tecnologías*, en “Derecho Tecnológico-Inteligencia artificial y Derecho, un reto social”, cit. pp. 20 y 21.

CAPÍTULO VI

LA GARANTIA DEL CONTRADICTORIO

Por Roland Arazi(*¹³⁵)

Sumario. Introducción. 2.- Análisis de temas específicos: a) notificación de la demanda; b) divorcio por petición unilateral; c) prueba anticipada; d) hechos sobrevinientes; e) anticipo de tutela y la llamada “medida autosatisfactiva”.

1.- Introducción¹³⁶.

El principio de contradicción o bilateralidad surge de la Constitución Nacional que garantiza el debido proceso (art. 18) y la igualdad de las partes (art. 16); rige en todos los casos y no admite excepciones. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone: *Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oído 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. 10)¹³⁷.

No se cumple la bilateralidad con una mera vista o traslado de la petición por un plazo breve o con la citación a una audiencia, sin que el demandado en el proceso civil o el imputado en el proceso penal pueda hacer valer ante el juez todas sus razones de derecho y de hecho para demostrar la falta de fundamento de la demanda o de la acusación¹³⁸.

La garantía constitucional sobre la inviolabilidad de la defensa en juicio encuentra su perfeccionamiento en el principio de bilateralidad, que supone *una razonable oportunidad del demandado de ser oído y asegura, en sus términos lógicos, la posibilidad de ejercer la defensa de la persona y de los derechos*¹³⁹.

*La igualdad presupone la paridad de las partes en el proceso, quienes deben estar en iguales condiciones y con las mismas posibilidades para aportar el material de conocimiento a fin de lograr convencimiento del juzgador*¹⁴⁰; el método

*¹³⁵ Profesor Titular Consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Cofundador y presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Presidente de FUNDESI), Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

¹³⁶ Para una reseña jurisprudencial sobre el tema puede verse “Principios procesales”, director Jorge W. PEYRANO, ed. Rubinzal-Culzoni, tº III, ps. 97 y ss.

¹³⁷ Ver también art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos.

¹³⁸ Ver CALAMDREI, Piero, *-Instituciones del Derecho Procesal Civil.* trad. Santiago Sentís Melendo, EJE, 1973, vol I, ps. 237 y ss.

¹³⁹ DÍAZ, Clemente A. *-Instituciones de Derecho Procesal. Parte general.* Abeledo-Perrot, 1968, t.I, p. 214

¹⁴⁰ LOUTAYF RANEA, Roberto G, *-Principio de bilateralidad o contradicción,* La Ley, 2011-A-982

contradictorio, que asegure el necesario equilibrio entre las potestades judiciales y las facultades y cargas de las partes, es de la esencia del proceso civil¹⁴¹.

La necesidad de respetar la bilateralidad en el proceso es un principio primario del proceso y, además, una garantía constitucional y convencional. No importa tanto definir su naturaleza jurídica sino afirmar que no existe debido proceso sin dar a la contraria la posibilidad de alegar los argumentos jurídicos y fácticos en igualdad de condiciones de las que tuvo quien pretende de la jurisdicción una decisión que la afecta. Si lo consideramos un “principio”, debemos aclarar que no es opcional y, por lo tanto, no admite la posición contraria, como sucede con otros “principios”, por ejemplo, oralidad o escritura, y la preclusión o unidad de vista.

En algunos supuestos pueden dictarse resoluciones provisorias por razones de urgencia o cuando la ley presume que la pretensión del peticionario es fundada. Tal el caso del proceso ejecutivo o en el de estructura monitoria; en el primero las defensas del ejecutado son limitadas, pero puede ser ampliadas en el de conocimiento posterior; en el segundo la sentencia dictada previo al contradictorio no puede ejecutarse hasta tanto el demandado sea notificado y tenga la oportunidad de oponerse y articular sus defensas.

También se posterga el contradictorio cuando se dictan medidas cautelares sin previa audiencia de la contraria, en el anticipo de tutela o en las pretensiones urgentes; veremos cada uno de estos casos en particular.

En el proceso civil es suficiente otorgar a la parte que puede ser afectada por la decisión, la posibilidad de contradecir una petición, aun cuando omita hacerlo.

La sentencia no puede afectar a quienes no fueron parte en el proceso; salvo los alcances de la sentencia “erga omnes”, con excepción en este último supuesto, de que el tercero alegue un derecho de igual o mayor jerarquía que el debatido en el proceso; por ejemplo, en un juicio en que se decide un vínculo filiatorio la decisión es oponible a todos, excepto a quien alega ser el verdadero progenitor.

En el caso de responsabilidad objetiva, si se prueba que el daño se produjo por la acción de un tercero ajeno a las partes (arts. 1723 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación; en adelante CCyCN), la decisión no es oponible a éste, si no fue citado debidamente (art. 94 y siguiente del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; en adelante CPN).

2.- Análisis de temas específicos.

Veremos algunos casos particulares donde se aplica el principio de bilateralidad:

a) *Notificación de la demanda.* Según lo dispuesto por el artículo 172, 2° párrafo de CPCCN, *quien promoviere el incidente (de nulidad) debe expresar el perjuicio sufrido del que deriva el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer.*

¹⁴¹ BERIZONCE, Roberto O -*El principio del contradictorio y su operatividad en la prueba.* en Revista de Derecho Procesal, ed. Rubinzal-Culzoni, n° 2005-1, p. 134

No obstante lo expuesto, cuando el vicio se produjo en la notificación del traslado de la demanda, en mérito a la importancia que tiene el emplazamiento para comparecer y la citación para oponer las defensas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha decidido que en ese caso es suficiente con señalar el vicio ya que el perjuicio está implícito y no es necesario señalarlo expresamente. La notificación debe realizarse cumpliendo con los recaudos establecidos por la ley porque se halla en juego la garantía de defensa en juego¹⁴².

Tratándose del traslado de la demanda el principio según el cual las nulidades deben aplicarse con criterio restrictivo se invierte, porque se trata de un acto esencial del debido proceso.¹⁴³ Debe asegurarse que el demandado conozca los términos en que el actor funda su pretensión, y tenga la oportunidad de oponerse debidamente; el CPCCN impone requisitos especiales para la notificación del traslado de la demanda (arts. 339); si debidamente notificado el demandado no comparece, se le notificará por cédula o, en su caso, por edictos la declaración de “rebeldía” (art. 59, CPN), ello para asegurar la regularidad de la notificación del traslado de la demanda.

En coincidencia con lo expuesto se ha decidido que *el hecho de que el demandado haya concurrido a la audiencia fijada por el juez en la misma providencia en que se ordenó el traslado de la demanda, en modo alguno significa que el traslado no deba efectuarse con todas las formalidades que impone la ley a los efectos de garantizar el principio de bilateralidad*¹⁴⁴.

b) *Divorcio por petición unilateral*. En el caso del divorcio pedido por uno de los cónyuges, corresponde dar traslado a la contraria de la petición, aun cuando ésta no pueda oponerse¹⁴⁵. El artículo 438 del CCyCN dispone: *Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de ésta; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es petitionado por uno solo de los conyugases, el otro puede ofrecer una propuesta distinta*. De tal forma se torna indispensable el traslado al cónyuge que no pidió el divorcio.

Para poder notificar por edictos el traslado de la petición unilateral de divorcio, debe demostrarse la imposibilidad hacerlo personalmente o por cédula¹⁴⁶.

c) *Prueba anticipada*. En el CPCCN la prueba anticipada se prevé en el capítulo referido a las diligencias preliminares (arts. 322 a 329); dentro de ese capítulo se encuentran las diligencias preparatorias del proceso y las medidas de prueba que pueden producirse antes de la etapa correspondiente. La ley 25.488 agregó un inciso a los tres que enunciaba el artículo 326, que contemplaba sólo los casos de imposibilidad o dificultad de producir la prueba si se lo hiciese con el resto de la prueba ofrecida (declaración de testigos de avanzada edad o gravemente enfermedad o próximo a ausentarse; reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos o el estado, calidad o condición de cosas o lugares; pedido de informes).

¹⁴² CSJN, Fallos, 323: 50; 319:1600, entre otros.

¹⁴³ CNCiv. Sala D, 19/9/2017, “Pereyra, Alejandrina c/Guillermo Emilio Segismundo y otros s/prescripción adquisitiva”

¹⁴⁴ CNCiv. Sala D, “M., A.S. c/B., J.C. s/liquidación de sociedad conyugal”

¹⁴⁵ CNCiv. Sala H 15/10/2015, “S., M. c/D.R.T., G. s/divorcio”; íd. Sala G, 20/12/2015, “T., G.L. c/A., K.S. s/divorcio”; íd., Saka D, 26/5/2017, “E., D.R.R. c/M., M.M. s/divorcio”

¹⁴⁶ CNCiv. Sala M, “ 4/5/2016, “L., M.A. c/B.,G.D.V. s/divorcio”

La citada ley 255.488 dispuso incluir entre los supuestos de prueba anticipada, *la exhibición, resguardo o secuestro de documentos concerniente al objeto de la pretensión*. La exhibición de documentos ya estaba prevista como diligencia preliminar en el artículo 325 del CPCCN, al que se remite el nuevo inciso del artículo 326.

El resguardo y, más propiamente, el secuestro del documento tiene la característica de una medida cautelar para asegurar la existencia y fidelidad de ese documento.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe (ley 5531, sancionada en el año 1961) prevé el aseguramiento de pruebas, dentro de las medidas cautelares (arts. 272 a 275). La cuestión no es solamente del nombre sino del hecho de que la medida cautelar puede ordenarse postergando la bilateralidad (art. 198, CPCCN) mientras que la producción de prueba anticipada requiere previa citación a la contraria o, en su caso, al defensor oficial (art. 327, último párrafo CPCCN)¹⁴⁷.

En general cuando se requiere el secuestro de un documento en forma anticipada, por ejemplo, la historia clínica o el que existe en medios informáticos, es por temor a que, notificado el demandado de la existencia del juicio, altere el contenido de ese documento, lo remplace o lo elimine.

Los jueces advirtieron el problema y decidieron que en ese caso la bilateralidad que requiere el principio de contradicción se tiene por cumplida porque la medida se practica en el domicilio de la accionada, contando ésta con la posibilidad de fiscalizar las actuaciones¹⁴⁸ . De acuerdo con ello, se decidió que la recepción de la prueba (en el caso un peritaje informático con el fin de obtener información de registros informáticos y correos electrónicos) debe realizarse en presencia de la parte contraria.¹⁴⁹

No obstante, en alguna oportunidad se resolvió, por mayoría, dar intervención al defensor oficial, *a los efectos de representar a la parte contra la que se lleva la medida*, a pesar de admitirse que, en el caso, la prueba anticipada tenía naturaleza cautelar y debía disponerse “*inaudita pars*”.¹⁵⁰

d) *Hechos sobrevinientes*. El artículo 163, inc. 6º, 2º apartado del CPCCN dispone: *La sentencia puede hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados como hechos nuevos*.

En principio, la sentencia debe pronunciarse según la situación de hecho existente en el momento en que se trabó la litis; no obstante, por economía procesal, la norma transcripta faculta al juez a meritar los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, sucedidos con posterioridad.

¹⁴⁷ CNCiv. Sala M, 9/12/93 “Picone c/TEC Limitada s/medidas cautelares” C. 135481

¹⁴⁸ CNCiv., Sala I, 15/7/2004, “Radaeli, D. c/Clínica Privada Tristán Suárez S.A. y otra s/prueba anticipada”; íd. id. . 20/12/99, “Guaschetti, Fernando A, c/Sanatorio Anchorena s/diligencias preliminares” ; íd., Sala Dm 9/8/2018, “Microsoft Corporation c/Collins Automotores S.A. s/prueba anticipada”

¹⁴⁹ CNCiv. Sala K, 8/6/2015, “V., E.J. c/P., M.L. s/prueba anticipada”; íd. Sala M, 30/12/2008, 2Basaldúa, Javier Raúl c/Fideicomiso Manzanares 1627 s/prueba anticipada”

¹⁵⁰ CNCiv. Sala J, 15/8/2006, “Pardo, Rubén Ricardo c/Fernández, Juan Carlos s/ medidas precautorias”

Un hecho constitutivo sería, en un ejemplo, que el cumplimiento de la obligación reclamada no haya sido exigible cuando se trabó la litis, pero por el transcurso del tiempo adquiriera tal carácter cuando se dicta la sentencia; en ese caso el juez puede hacer mérito de ese hecho y pronunciarse al respecto.

El hecho será modificativo en caso de que se produzca la imposibilidad de cumplimiento de la obligación durante el transcurso del proceso, por causas imputables al deudor; *la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de daños y perjuicios* (art. 955, 2º párrafo CCyCN).

En el supuesto anterior el hecho será extintivo si la imposibilidad se produce por caso fortuito o fuerza mayor (art. 955, párrafo 1º, CCyCN).

Como afirma Palacio para que pueda valorarse el hecho constitutivo, modificativo o extintivo, el interesado debe cumplir con las cargas de alegarlos y probarlos, y la parte contraria tiene que ser oída porque, de lo contrario se vulneraría la garantía constitucional de defensa en juicio¹⁵¹. Adviértase que el artículo 173, inciso 6º del CPCCN exige que el hecho *sea debidamente probado*, y la prueba tiene que haberse producido respetando la garantía del contradictorio. *El principio “paridad de armas” entre las partes implica que está vedado, no solamente la utilización de hechos no planteados por ellas ni sometidos a debate, o de pruebas formadas fuera del proceso sin participación de las partes, sino que cuando el juez dispone prueba oficiosa, debe permitir a aquellas, antes de su asunción, ofrecer los medios de prueba relativos a hechos sobre los que versa.*¹⁵²

El cumplimiento de esas cargas no es necesario cuando el hecho se encuentra configurado por el mero transcurso del tiempo o por la sanción de una nueva norma jurídica¹⁵³.

Respecto a las costas del proceso, no obstante que el CPCCN consagra el principio objetivo de la derrota (art. 68, primer párrafo), en caso de que se admita la pretensión o la defensa por hechos sobrevinientes, el juez deberá examinar la eventual procedencia de ellas el momento en que fueron articuladas (doc. art. 68, segundo párrafo, CPCCN).

e) *El anticipo de tutela y la llamada “medida autosatisfactiva”*. La doctrina y la legislación se encuentran empeñadas en encontrar soluciones procesales idóneas para los casos de pretensiones urgentes por situaciones que no admiten ningún dilación, como sería el caso de una intervención quirúrgica, una transfusión de sangre o un tratamiento médico que no soporta postergación¹⁵⁴.

El esfuerzo de Jorge PEYRANO por contemplar una forma de tutelar esas pretensiones, condujo a que se legislara sobre lo que el autor citado denominó “medidas autosatisfactivas”, y se pusiera especial atención al anticipo de tutela, considerando, en ambos casos, que se trataba de instituciones nuevas y olvidando el

¹⁵¹ PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*. 4ta- ed. , Abeledo-Perrot, 1993, tº V, pág. 439

¹⁵² BERIZONCE, ob.loc. cit. y su cutas.

¹⁵³ PALACIO, L.E. ob.loc. citados

¹⁵⁴ Ver MORELLO, Augusto M. -*La tutela anticipada ante la agonía del proceso ordinario*, E.D. 169, p. 1341

carácter bilateral del proceso judicial que garantiza el derecho de oposición y contradicción que tienen quien puede ser afectado por una resolución judicial¹⁵⁵.

Acompañando al maestro MORELLO, la necesidad de lograr una tutela efectiva nos llevó a propiciar ese tipo de soluciones y propusimos un texto que luego fue fuente del Código Procesal de la Provincia de Santa Cruz¹⁵⁶.

Lino Enrique PALACIO advirtió que la medida cautelar innovativa, de la que ya hablaba Piero CALAMANDREI en el año 1936, podía ser la solución para esas peticiones urgentes¹⁵⁷.

La medida innovativa está prevista implícitamente en el artículo 230 del CPCCN, vigente desde hace más de cincuenta años. En efecto, el citado artículo se refiere a la medida de no innovar, pero contempla el supuesto de que el peligro resida en *mantener* la situación de hecho o de derecho; ello implica no sólo retrotrae las cosas a una situación anterior sino crear una nueva situación, tal como lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el siempre citado caso “Camacho Acosta”, donde ordenó un anticipo de tutela¹⁵⁸.

En un principio, la medida autosatisfactiva se pensó como una petición que se resolvía sin audiencia de la parte afectada y sin derecho a controvertirla en ese procedimiento. Luego de diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que consideraron que ello contradecía normas constitucionales¹⁵⁹, se propició una mínima intervención del afectado, sea mediante una audiencia previa o un recurso sin efectos suspensivo, que no satisfacen los requisitos del debido proceso.

El máximo Tribunal de la Nación, con citas de numerosos precedentes, dijo expresamente que *las medidas “autosatisfactivas” han sido descalificadas por la Corte*¹⁶⁰.

La medida cautelar innovativa es el instrumento idóneo para dar respuesta a las peticiones urgentes, sin alterar los principios esenciales del debido proceso. Puede pedirse en un proceso ordinario, sumarísimo, de amparo, etc., según la complejidad del litigio. La cautelar puede identificarse con el objeto principal del juicio o puede otorgar parcialmente la pretensión principal, pero siempre tendrá carácter provisional hasta que se resuelva el conflicto en la sentencia definitiva.

Si lo pedido mediante la cautelar innovativa es irreversible, por ejemplo, si se autoriza una transfusión de sangre, ello no impide otorgarlo pues su eventual revocación se traducirá en el pago de daños y perjuicios. Obviamente, en esos casos el juez deberá ser muy riguroso al momento de evaluar si se cumplen los requisitos de las medidas cautelares, teniendo en cuenta que la normativa general respecto de

¹⁵⁵ PEYRANO, Jorge W, *-Medidas autosatisfactivas*, ed. Rubinzal-Culzoni, 2014M “La medida cautelar hoy”, L.L. 2014-C-113, entre sus últimos trabajos sobre el tema, donde el autor admite la necesidad de una breve sustanciación

¹⁵⁶ MORELLO, Augusto Mario y ARAZI, Roland, *Procesos urgentes*, J.A. 2005-1-3, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz”, art. 299

¹⁵⁷ PALACIO, Lino Enrique *La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual*, en Revista de Derecho Procesal, ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, n° 1, p. 105

¹⁵⁸ CSJN “Camacho Acosta M,c/Grafi Graf SRL, 7-8-97, en Revista de Derecho Procesal, ed. Rubinzal-Culzoni, n° 1, p. 385

¹⁵⁹ CSJN, Fallos 322:4520; 327:4495; 330:5251; 330:5251 entre otros

¹⁶⁰ CSJN. Fallos, 327:449)

ellas es que cuando mayor sea en el peligro en la demora, menor debe ser la exigencia para apreciar la verosimilitud del derecho, y a la inversa.

En el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en el mes de diciembre de 2019, en mi opinión se regulan de manera acertada las medidas cautelares.

Se incluye expresamente la medida cautelar innovativa y se aclara que las cautelares pueden decretarse a pedido de parte o *de oficio* (en casos excepcionales), *aunque su objeto se superponga en todo o en parte con la pretensión principal*; de esa forma se pone fin a cierta vacilación jurisprudencia en esos supuestos.

Se prevé que la medida debe ordenarse previo traslado a la parte afectada, pero si por razones de urgencia o en caso de que la audiencia previa pueda comprometer la eficacia de la medida cautelar, el juez puede ordenarla sin oír a la contraria.

Teniendo en cuenta que uno de los requisitos de las peticiones cautelares es el peligro en la demora, hubiese más conveniente establecer como regla, que se concedan sin audiencia a la otra parte, y sólo si el conocimiento previo de la contraria o la demora que ello ocasiona no frustra la eficacia de la medida, podrá otorgarse un previo traslado, tal como lo establece el artículo 199 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz. Obviamente, la decisión siempre será provisoria.

Lo dicho sería suficiente para abarcar tanto el *anticipo de tutela* como el denominado *proceso urgente* en el Proyecto que, como veremos, solo trae confusión y dificultan el acceso a fin de obtener la satisfacción oportuna de peticiones que no admiten demora.

Con respecto a la contracautela que debe dar el peticionario, el Proyecto dispone expresamente, que es suficiente para eximirlo a quien tiene un beneficio de litigar sin gasto aun cuando éste estuviese en trámite; se aclara así una cuestión que había dado lugar a interpretaciones divergentes.

También se prevé que el juez pueda fijar un plazo para la vigencia de la medida cautelar, recogiendo decisiones jurisprudenciales en ese sentido, incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el Proyecto se prevé la tutela anticipada de urgencia de manera excepcional en el proceso ordinario, la que podrá consistir en el anticipo total o parcial de lo reclamado en la demanda. Se sustancia con la celebración de una audiencia y la decisión es provisoria, sujeta al resultado de la sentencia que se dicta en el proceso, el que deberá continuar su curso

Como lo adelantamos, se trata de una medida cautelar innovativa, pero exigiendo recaudos y trámites que importan un retroceso respecto de la doctrina de la Corte Suprema.

Se regula en el Proyecto el proceso urgente, en forma confusa. Los requisitos para su admisibilidad y para el trámite de este proceso, son similares a los dispuestos

para la tutela anticipada de urgencia, prevista para el proceso ordinario, con la diferencia de que en el caso se trata de un proceso autónomo.

Solicitada la tutela, el juez fija una audiencia dentro del plazo de dos días; en esta audiencia se reciben los argumentos de ambas partes y los alegatos sobre la prueba acompañada, y el juez dicta la resolución admitiendo o denegando el pedido, la que puede apelarse o controvertirse en otro proceso. Es evidente que esa limitada intervención del requerido no es suficiente para cumplir con el principio de contradicción, y sería inconstitucional, de conformidad con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema.

Cuando, por la urgencia de las circunstancias invocadas resulte inconveniente demorar la resolución hasta la celebración de la audiencia, el juez podrá disponer medidas cautelares. La medida ordenada puede ser revocada o modificada por la sentencia a dictar en el proceso iniciado al efecto o por esta misma vía si cambian las circunstancias tenidas en cuenta para disponerla.

No nos parece adecuado que una medida cautelar pueda revisarse en otro proceso y no en el que se dictó, con amplitud de debate. Con respecto a la “esta misma vía”, para el caso de que cambien las circunstancias, pareciera que también se refiere al “proceso iniciado al efecto”, aun cuando puede interpretarse que la puede revisar el mismo juez que dictó la cautelar.

Como dijimos, la medida cautelar innovativa puede decretarse en cualquier proceso cuyo trámite puede fijarlo el juez, tal como lo prevé el artículo 401 del Proyecto.

Llámesese anticipo de tutela, medida autosatisfactiva, proceso urgente o cautelar innovativa, lo cierto es que lo decidido sin que la parte afectada tenga la posibilidad de controvertirlo en forma amplia, alegando cuestiones de derecho y de hecho, y ofreciendo y produciendo prueba, siempre debe tener carácter provisional; *el proceso debe continuar hasta la sentencia que ponga fin al conflicto en forma definitiva*¹⁶¹. Si la medida se agotara con el simple despacho favorable, caerían los principios fundamentales que sostienen el debido proceso¹⁶².

La regulación específica de la “medida autosatisfactiva” y de la tutela anticipada no sólo vulnera principios y garantías procesales sino también complica al peticionario de la tutela urgente. La Corte Suprema se pronunció una vez más sobre el anticipo de tutela mediante la cautelar innovativa exigiendo sólo verosimilitud del derecho y peligro en la demora, requisitos que deben apreciarse de manera rigurosa; revocó la decisión de la Cámara Nacional en lo Civil que había rechazado la pretensión por entender que la admisión de la petición exigía la *casi certeza* de que el derecho pretendido existía¹⁶³.

Si tomamos dos códigos procesales sancionados en fechas relativamente recientes, el de la Provincia del Chaco, promulgado en el año 2017, y el de la Provincia de Corrientes promulgado en el año 2021, advertiremos los requisitos

¹⁶¹ FALCÓN, Enrique M. *-Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, tº IV, p.887

¹⁶² ROJAS, Jorge A. *Sistemas cautelares atípicos*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006. Tº IV, p.88

¹⁶³ CSJN, 6/12/2011, “Pardo Héctor Paulino y otro c/Di Césare Luis Alberto y otro s/art. 250 de C.P.C.

exigidos para otorgar lo que esos códigos denominan “medidas autosatisfactivas”. El artículo 253 del Código de la Provincia del Chaco enuncia los recaudos que deben cumplirse para obtener dicha medida, que van más allá de los que exige la Corte Suprema para la medida cautelar innovativa, mientras que el afectado por ella sólo puede interponer recurso de apelación o *iniciar un proceso declarativo sumario de oposición, cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada; elegida una vía de impugnación, se pierde la posibilidad de hacer valer la otra.*

El Código Provincia de Corrientes le dedica seis artículos a la regulación de las “medidas autosatisfactivas” (478 a 483), con iguales dificultades para el peticionario y las mismas limitaciones para quien está legitimado para contradecir.

Veremos un caso en que la regulación de la “medida autosatisfactiva” ocasionó demoras innecesarias al peticionario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a descalificar la “medida autosatisfactiva” encauzando la petición del actor como medida cautelar innovativa; reitera así lo decidido con anterioridad en numerosos precedentes.¹⁶⁴

El demandante se presentó ante la justicia provincial de la ciudad de Resistencia, de la Provincia del Chaco (lugar de su domicilio) promoviendo una medida autosatisfactiva contra la Provincia de Corrientes a fin de que se lo autorice a acompañar a su madre, que se encontraba en ésta última Provincia para realizar un tratamiento oncológico de radioterapia por padecer un cáncer mamario.

Explicó que la Obra Social “PAMI” dispuso que el tratamiento debía realizarse por un centro médico de la ciudad de Corrientes, y consistía en cinco sesiones semanales de radioterapia cuyos efectos secundarios consistía en vómitos y dolores punzantes que se volverían más intensos a medida que se desarrollaba el tratamiento.

El actor debía viajar a asistir a su madre y acompañarla en cada sesión, pero las autoridades provinciales le impedían trasladarse desde Resistencia a la ciudad de Corrientes, trayecto que consiste sólo en cruzar puente Gerald Belgrano.

El juez Provincial se declaró incompetente y remitió las actuaciones al juez federal de la Provincia de Corrientes, que también se declaró incompetente por entender que la cuestión era de competencia originaria de la CSJN por ser demandada una Provincia, y envió el expediente a este Tribunal.

La Corte, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto de su competencia originaria, resolvió: 1) Requerir a la Provincia de Corrientes que informe al Tribunal en el plazo de tres días cuales son las medidas y protocolos adoptados por las autoridades provinciales en el marco del aislamiento social preventivo y obligatorio, de conformidad con las disposiciones vigente, particularmente en lo que concierne al actor que reside en la ciudad de Resistencia, Provincia del Chaco, y debe trasladarse la ciudad de Corrientes a efectos de asistir a su madre, quien se encuentra en dicha ciudad para someterse a in tratamiento oncológico y, en caso, cuáles serían las razones que podrían justificar que se le impida el ingreso al territorio correntino. 2) Hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada y ordenar a la Provincia de Corrientes que arbitre las medidas

¹⁶⁴ CSJN, 10/9/2020 “Maggi, Mariano c/Corrientes, Provincia de s/Medida autosatisfactiva”.

necesarias para permitir al demandante el ingreso al territorio provincial para asistir a su madre.

El Tribunal fundó su decisión en el artículo 36, inciso 4° del CPCCN que dispone, entre los deberes y facultades del juez, *ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes*; y en el artículo 196 del mismo Código que autoriza al juez incompetente a dictar medidas cautelares¹⁶⁵.

La Corte había decidido con anterioridad, que las medidas que alteran el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, debe apreciarse con mayor rigor¹⁶⁶. En estos supuestos es necesario conciliar -según el grado de verosimilitud- los probados intereses del demandante y el derecho constitucional de defensa del demandado¹⁶⁷.

En este caso, la CSJN adoptó un procedimiento similar al amparo, con una medida innovativa, garantizando de esa forma la satisfacción de la pretensión del actor y el derecho de defensa del demandado.

Como dije, en este caso el actor inició su demanda ante los tribunales provinciales de la Provincia del Chaco que, a pesar de que el Código Procesal Civil y Comercial de esta Provincia prevé expresamente la medida cautelar innovativa (art. 247), legisla en forma independiente la medida autosatisfactiva (art. 253); el expediente se caratuló de esta manera por tratarse de un proceso especial, carátula que la CSJN dejó de lado para encauzar debidamente la petición como medida cautelar innovativa, permitiendo el ejercicio del derecho de defensa de la demandada.

También el Código del Chaco legisla, con mayor amplitud que el artículo 196 del CPCCN, la cautelar dictada por el juez incompetente; el artículo 212 de aquél dispone: *Solicitada una medida cautelar, el juez, aun cuando se considere incompetente, deberá pronunciarse sobre su admisión o rechazo* (el subrayado me pertenece). *La medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con los principios de este capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que dictó la medida, inmediatamente después de requerido, remitirá las actuaciones al que sea competente.* En realidad, el expediente debe remitirse al juez competente aun cuando no haya ningún requerimiento, en caso de tratarse de competencia improrrogable.

El juez debe pronunciarse sobre la cautelar “cualquiera sea la competencia de que se trate: valor, grado, territorio, etc.”¹⁶⁸.

Si el demandante hubiese iniciado directamente una acción de amparo pidiendo una cautelar innovativa, seguramente habría obtenido la satisfacción de su pretensión mucho antes, pues el Juez provincial o, en su caso, el juez federal de Corrientes, tenían la posibilidad de decretar la medida, aun cuando se consideraran incompetentes.

¹⁶⁵ CSJN., Fallos 341:1854 y sus citas

¹⁶⁶ CSJN, “Pesquera Leal S.A. c/Estado Nacional-Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca s/medida cautelar”, 19/10/2000

¹⁶⁷ CSJN, Fallos 333:169.

¹⁶⁸ FALCÓN, Enrique M. *Código Procesal Civil u Comercial de la Nación. Comentado. Concordado. Anotado*, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2007, tº II, p. 667, con cita de la CSJN

La regulación de la medida autosatisfactiva, como proceso especial, lejos de abreviar los trámites, los complican.

Otros jueces también ordenaron la medida innovativa para el anticipo de tutela; el Dr. Pedro HOOFT, titular del Juzgado Correccional n° 4 de mar del Plata, resolvió una acción iniciada contra una obra social estatal que se negaba a otorgar la cobertura médico asistencia que necesitaba el actor, quien requirió una medida cautelar innovativa para que se anticipe la condena, en mérito a que la práctica médica debía realizarse en forma urgente. El juez hizo lugar a la cautelar y dio el trámite correspondiente a la acción de amparo conforme el procedimiento previsto por la ley; finalmente dictó sentencia haciendo lugar a la acción de amparo; de esa forma se logró la tutela efectiva a la pretensión urgente sin alterar los principios del debido proceso.¹⁶⁹

En otro caso, resuelto correctamente por el Dr. HOOFT, se trató de un niño de doce años de edad con trastorno de las habilidades escolares y perturbación de la actividad y de la atención, que asistía a una escuela de modalidad especial, encontrándose plenamente adaptado a la Institución y a los profesionales que le brindan su tratamiento.

Ante la negativa de la obra social (IOMA), el padre del menor interpone una acción de amparo solicitando que aquella brinde cobertura integral a fin de que el niño pueda continuar sus estudios en esa Escuela; el Señor Juez resolvió admitir la acción promovida y librar oficio al Fiscal de Estado provincial requiriéndole el informe circunstanciado previsto en la ley 13.928. Además, con abundantes citas convencionales, legales, doctrinarias y de jurisprudencia, ordenó, como medida cautelar innovativa, que la demandada, en forma inmediata, brinde cobertura del 100% del presupuesto emitido por la Escuela a la que concurre el menor para el presente año lectivo, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva.

Con fundamentos en la legislación vigentes desde hace tiempo (ley 13.927 de la Provincia de Buenos Aires y Código Procesal Civil y Comercial de esa Provincia), se satisfizo la pretensión tutelar del actor y se resguardó el derecho de defensa del demandado.¹⁷⁰

En un amparo colectivo se analizó la procedencia de un anticipo de tutela como medida cautelar innovativa, desestimándose por considerarse que, en el caso, no había perjuicio irreparable según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁷¹.

| No se comprende porque se sigue insistiendo en legislar sobre la tutela anticipada y la medida autosatisfactiva a pesar de la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema que, a partir del caso “Camacho Acosta”, indica que la innovativa es la cautelar que contempla ambas instituciones.

¹⁶⁹ Ver el fallo completo y mi comentario en Revista de Derecho Procesal, ed. Rubinzal-Culzoni, n° 2010-1, p. 377

¹⁷⁰ El fallo completo y mi comentario puede consultarse en Revista de Derecho Procesal, ed. Rubinzal-Culzoni, n° 2020-1. P.443.

¹⁷¹ Juzgado Comercial de FERIA, “Asociación Coordinadora de Usuarios , Consumidores y Contribuyentes (ACCUC) c/Despegar.com.ar S.A. s/amparo-”, 17-5-2020

CAPÍTULO VII

EL CONTRADICTORIO “FUERTE” Y SU OPERATIVIDAD

Por Roberto Omar Berizonce (*172)

Sumario: I. Premisas. II. El modelo constitucional del proceso civil y la relevancia del contradictorio. 1. *Un nuevo paradigma de proceso civil.* 2. *El contradictorio como eje de equilibrio entre los poderes del juez y el derecho de defensa de las partes.* III. La evolución histórica del contradictorio. 1. *Visión positivista como simple garantía formal.* 2. *El contradictorio como garantía fundamental del proceso dialogal.* IV. Contenido del contradictorio como garantía fundamental. 1. *El modelo del proceso colaborativo.* 2. *El paradigma cooperativo.* V. Contradictorio "fuerte" y alcances del deber de cooperación. VI. Irradiaciones del contradictorio "fuerte" en el sistema de la oralidad. VII. Virtualidad del contradictorio en el ejercicio del derecho a la prueba. VIII. El juicio de admisibilidad. 1. *Fijación de los hechos y de las pruebas en la audiencia preliminar.* 2. *El contradictorio preventivo.* IX. La “paridad de armas” en el trámite probatorio. 1. *Prueba incorporada sorpresivamente.* 2. *Cargas probatorias dinámicas y deber legal del juez de alertar a la parte.* 3. *Pruebas formadas fuera del proceso.* X. El contradictorio durante la producción y asunción de las pruebas. 1. *Pruebas dispuestas de oficio.* 2. *La recepción de los testimonios.* XI. La recepción de los testimonios. 1. *Técnicas de la indagación.* 2. *La conducción de la indagatoria.* 3. *Regímenes típicos.* a. *LEC española 1/2000.* b. *CGP colombiano.* c. *CPC brasileño.* d. *Las declaraciones personales en el proyecto de CPCN de 2019.* e. *Proyecto de CPCN de 2019.* 4. *Algunas líneas tendenciales.* XII. La adquisición de la prueba pericial. 1. *El juego del contradictorio en continuidad ininterrumpida.* 2. *La adecuación al proceso por audiencias.* XIII. Contradictorio, verdad judicial y motivación de la sentencia. 1. *La exigencia constitucional de la justa decisión del conflicto.* 2. *La fundamentación de la sentencia y el ejercicio del contradictorio.* 3. *Complitud de la sentencia, discrecionalidad judicial y respeto del contradictorio.* a. *Ejercicio in itinere del contradictorio y controles preventivos.* b. *Alcances de la discrecionalidad en la selección de las pruebas.* 4. *La motivación de las sentencias agrupadas o “colectivas”.* a. *Las técnicas de las sentencias agrupadas en la CSN.* b. *La debida motivación en las causas agrupadas.* XIV. El empinado camino hacia un modelo participativo-cooperativo. 1. *Los condicionantes culturales: la cultura del pleito.* 2. *Cómo superar los escollos: la inducción normativa de los nuevos comportamientos.* a. *Un sistema articulado de incentivos (y desincentivos).* b. *La visión sistemática y el aporte multidisciplinario.* 3. *Un abanico abierto de incentivos y disuasivos. Los mecanismos de “compulsión indirecta”.* a. *La instrucción preliminar preparatoria como ámbito para el logro de soluciones autocompuestas.* b. *Acuerdo de proposición bilateral de la demanda.* c. *El proceso monitorio.* d. *El deber legal de negociar.* XV. Conclusiones.

I. Premisas.

La búsqueda del siempre esquivo equilibrio entre los poderes del juez en el proceso civil, en su confrontación con la plaza propia de las partes, se aloja ahora en una perspectiva novedosa que se pretende superadora de las tradicionales posturas contrapuestas. La puja entre privatismo y publicismo -y con ello, los modelos típicos de un juez pasivo e inerte y, en su contracara, del activismo procesal- fue desdibujándose hasta perder consistencia, a partir de la constitucionalización de las garantías procesales. Bien que la preponderante operancia del derecho fundamental a la tutela judicial eficiente y sus consecretarios, por el despliegue desbordante de las tutelas protectorias, concluyó en el reforzamiento del esquema publicístico y, con ello, de los poderes-deberes proactivos del juez. En contrapartida, en el respeto absoluto del derecho de defensa y en especial del contradictorio de las partes, se

¹⁷² Profesor Titular Emérito de la Universidad Nacional de La Plata. Co-fundador y presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

busca ahora un nuevo eje de simetría sustentable, en el fondo un modelo virtuoso de *checks and balances*, que se expresa con diferentes alcances. Según se matice la intensidad, la fuerza que venga reconocida, precisamente, al venerable principio del contradictorio.

Es a partir de esta premisa que nos proponemos aquí indagar el camino de su evolución histórica y, al cabo, desentrañar su contenido y funciones, tanto como sus diversos modos de ejercicio. El marco de los principios y valores propios del Estado Democrático de Derecho contemporáneo y su reflejo en las instituciones del proceso civil constitucionalizado, será el punto de partida para comprender las concepciones actuales del contradictorio. Sin que pueda eludirse, en el final, formular indispensables reflexiones en torno a la virtualidad práctica de las ideas sobre el contradictorio “fuerte”, como garantía sustantiva. Ello así, en tanto dicha visión supone en su desenvolvimiento, una amplia revisión de los poderes-deberes del juez y los correlativos que corresponden a las partes, lo cual viene a confrontar con arraigados y bien conocidos usos culturales, que tradicionalmente han venido frustrando expectativas similares. Cómo superar esos formidables obstáculos sigue siendo el gran interrogante abierto, en torno al cual hemos de reflexionar en el cierre.

II. El modelo constitucional del proceso civil y la relevancia del contradictorio.

1. Un nuevo paradigma de proceso civil.

La consagración del moderno Estado Democrático de Derecho, con sus múltiples implicancias, el correlativo encumbramiento de los derechos fundamentales humanitarios tanto como el reconocimiento de los principios jurídicos, ha tenido profunda incidencia sobre las fuentes del derecho y, por ende, sobre la misión de los jueces y la configuración de sus poderes. Precisamente, el encumbramiento de los nuevos derechos y, particularmente, la garantía de la tutela judicial eficiente, han traído consigo renovadas concepciones de la jurisdicción, la acción y el proceso¹⁷³. Emerge así un verdadero modelo constitucional de proceso civil, que presupone condiciones mínimas de juridicidad y legitimidad democráticas¹⁷⁴.

El nuevo eje de juridicidad pasa por la Constitución antes que por la ley formal, la ecuación se construye entre proceso y normas supremas, desde la perspectiva de los principios y valores fundamentales. Los fines del proceso se ligan así a un conjunto de valores -justicia, seguridad, paz social, efectividad de la tutela, protecciones diferenciadas, igualdad real, *fair trial*, con sus consecretarios-. De ahí que se abandone la idea de un proceso que se agota en el mero encadenamiento formal de los actos que lo integran, con prescindencia de aquellos fines¹⁷⁵.

2. El contradictorio como eje de equilibrio entre los poderes del juez y el derecho de defensa de las partes.

¹⁷³ ZAGREBELSKY G., *El derecho ductil*, Trotta, Madrid, 2005, trad. M. Gascón, *passim*. ZANETTI JUNIOR H., *Processo constitucional...*, Lumen Juris, R. de Janeiro, 2007, pp. 44 y ss.. MARINONI L.G., *Teoría geral do processo*, Rev. dos Trib., São Paulo, 2006, pp. 451 y ss..

¹⁷⁴ MORELLO A.M., *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, LEP, La Plata, 1998, *passim*. COMOGLIO L.P., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, en *Studi in onore di Vittorio Denti*, Cedam, Padova, 1994, v. I, pp. 297-381. ANDOLINA I. y VIGNERA G., *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, G. Giappichelli ed., Torino, 1994, pp. 13 y ss..

¹⁷⁵ MARINONI L.G., *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Palestra, Lima, 2007, trad. A. Zela Villegas, pp. 202 y ss..

En ese escenario se torna imprescindible el mayor protagonismo activo de los jueces, convertidos en garantes, controladores y aún ejecutores de los derechos fundamentales y, en especial, de las tutelas de ciertos derechos preferentes que de ellos se derivan. Un activismo que no solo es sustantivo, en la aplicación del ordenamiento de fondo, sino también procesal.

Sin embargo, resulta no menos cierto -según señalan quienes recelan de esa creciente publicización- que el activismo procesal no puede llevarse al extremo del avasallamiento del derecho de defensa y del contradictorio de las partes, que junto con el principio de legalidad formal siguen constituyendo los vallados insorteables, bastiones últimos de la seguridad jurídica.

Precisamente, en la búsqueda de una armonización superadora asoma un factor de esencia: la concepción política, también propia de Estado moderno, de la democracia participativa que se irradia novedosamente al propio poder jurisdiccional. Se convierte así el proceso civil en un espacio privilegiado del discurso democrático, un "motor" de democracia participativa. Pasa a ser entendido entonces como un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos.

Es en este punto que resalta el contradictorio de las partes como núcleo y eje de soporte del diagrama de todo enjuiciamiento civil. Sea para contrabalancear siquiera los poderes siempre acentuados del juez, ya como sustento de un más ambicioso paradigma cooperativo de administración de justicia. La evolución en su devenir histórico sirve de guía para su análisis y evaluación.

III. La evolución histórica del contradictorio.

El principio del contradictorio atravesó por diversas y sucesivas fases, en paralelo con las concepciones del proceso civil. Desde el derecho romano y la idea de su derivación del derecho natural, su ulterior devaluación por razones político-ideológicas, hasta la actual recuperación en su acepción clásica y su reconocimiento como núcleo central de todo el proceso¹⁷⁶. A cabo de ese derrotero, la defensa en juicio es en primer lugar garantía del contradictorio y la igualdad de armas asume el valor de legitimidad constitucional de la norma procesal¹⁷⁷, sintetizando el pensamiento contemporáneo.

1. Visión positivista como simple garantía formal.

Ahora bien, el contradictorio fue visualizado durante mucho tiempo en la doctrina clásica como una simple garantía formal de bilateralidad de la audiencia -*audiatur et altera pars*-, concepción sesgada en tanto reducida al binomio "información-reacción". Se trataba tan solo de asegurar la igualdad de las partes en el proceso, considerando la contradicción y el embate como requisitos para dejar al juez en mejores condiciones para decidir¹⁷⁸. Punto de vista que remonta al positivismo decimonónico y que suponía vaciar la función axiológica del contradictorio.

2. El contradictorio como garantía fundamental del proceso dialogal.

La superación de la concepción formalista y el encumbramiento del contradictorio se enlaza con, al menos, dos fenómenos centrales: la concepción

¹⁷⁶ PICARDIN., *El principio del contraddittorio*, Riv. Dir. Proc., 1998, pp. 673 y ss..

¹⁷⁷ PICARDIN., ob. cit., pp. 678-679.

¹⁷⁸ PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, CEDEJ, Napoli, 2002, 4ª. ed., p. 203.

doctrinal del proceso como diálogo y la percepción política propia del Estado de Derecho Constitucional en torno de la participación ciudadana.

a. Por un lado, desde la enseñanza de CALAMANDREI, el juez y las partes nunca están solos en el proceso. El proceso no es un monólogo sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y de contraataques¹⁷⁹. De ahí el carácter central del contradictorio en el fenómeno procesal. El proceso se concibe como procedimiento en contradictorio, según la lúcida percepción de FAZZALARI. La estructura dialéctica del procedimiento es, precisamente el contradictorio¹⁸⁰.

En ese marco, la idea de un recíproco condicionamiento y control de la actividad de las partes y del propio órgano judicial, induce y apunta a la doble función atribuida al contradictorio: garantizar la igualdad de las partes y, en paralelo, satisfacer el interés público en la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia¹⁸¹.

b. De su lado, en la moderna noción del Estado Constitucional de Derecho, con el encumbramiento de los derechos fundamentales y las garantías procesales, el contradictorio pasa a ocupar, siquiera implícitamente, un lugar destacado. Sobre todo, a partir del impulso de la idea de construcción de una sociedad abierta, igualitaria y participativa. La participación democrática se expresa y concreta principalmente en el plano político parlamentario y en general en el quehacer público gubernamental. Se destaca que el nuevo constitucionalismo propone la adopción de mecanismos dialógicos de diferente tipo, con el papel protagónico de los órganos políticos y al propio tiempo, la creación de mayores espacios para la participación a través de la consulta a los propios ciudadanos. La práctica del diálogo constitucional, en ese sentido, tiende a superar el tradicional y ahora desgastado y aún inoperante esquema de frenos y contrapesos¹⁸².

Como se ha señalado, la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido amplio, traduce una faceta del control social que puede manifestarse de manera distinta. El art. 42 de la CN reconoce operativamente y de modo expreso la necesaria participación de los consumidores y usuarios como de sus asociaciones, en las decisiones públicas correspondientes, bien que, condicionada a actuación reglamentaria, con el inocultable fin de que sus intereses sean debidamente tutelados. Más aún, las opiniones así vertidas son susceptibles de ser ponderadas por la autoridad respectiva. Y tal participación constituye un elemento de legitimidad para el poder administrador, al mismo tiempo que una garantía de razonabilidad para el usuario. Se trata, en definitiva, de condiciones de cumplimiento imprescindible, si lo que genuinamente se persigue es profundizar el fiel ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos en una sociedad democrática¹⁸³.

La consagración de los nuevos derechos bajo el amparo constitucional -de consumidores y usuarios, de protección ambiental, etc.- abrió un campo más para el reconocimiento de diversas y novedosas formas de participación en el proceso

¹⁷⁹ CALAMANDREI, P., *-Proceso y democracia*, EJE, Bs. As., 1960, trad. H. Fix Zamudio, pp. 130-131.

¹⁸⁰ FAZZALARI E. *-Istituzioni di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, 6ª. ed., 1994, pp. 84 y ss..

¹⁸¹ ALVARO DE OLIVEIRA C.A. *-Del formalismo en el proceso civil...*, Palestra ed., Lima, 2007, trad. J.J. Monroy Palacios, pp. 229-231.

¹⁸² GARGARELLA R. *-El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos* en GARGARELLA R., comp., *-Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, ed. Siglo XXI, Bs. As., 2014, versión E Book.

¹⁸³ CSN, 18-8-2016, "CEPIS", consid. 16, 17, 18 y 19, a propósito del régimen tarifario para el servicio de gas natural y la participación de los ciudadanos en las audiencias públicas previas a la determinación de las tarifas.

judicial. Desde las legitimaciones extraordinarias, a la intervención de terceros y las audiencias públicas *-amicus curiae-*, pasando por el régimen de las acciones colectivas y en particular, en los conflictos de interés público. Evolución que tempranamente se vinculó con el pluralismo de nuestras sociedades y las misiones esenciales de la jurisdicción en la tutela de los valores fundamentales¹⁸⁴. Esencialmente, en término de constitucionalismo dialógico, la participación en el proceso deviene ingrediente definitorio de la legitimidad democrática de la toma de decisiones¹⁸⁵.

c. Bajo esas coordenadas no es de extrañar que el tradicional principio del contradictorio adquiera por fuerza una resonancia diferente, para erigirse en verdadera y reforzada garantía en el marco del proceso civil dialogal. Hemos de ver la magnitud y los diversos matices en que se expresa, según los distintos sistemas, esa transformación. El punto de partida común asienta en el aserto de que el contradictorio no se ciñe tan solo a las partes, sino que se transforma en una suerte de puente de comunicación de doble vía entre las partes y el juez. Opera de ese modo un cambio de formas radical en su comprensión: su propósito principal deja de ser la defensa como oposición o resistencia a la actuación de la parte contraria, para convertirse en vector de la influencia, concebida como el derecho a incidir en el desenvolvimiento y resultado del proceso. Y es en sintonía con ello que el juez, aunque dirija activamente el trámite del proceso, lo hará de manera dialogal, permeable a las contrapuestas posturas que expresan las partes, y aún abierto a su consideración. Toda la construcción del proceso opera en estricta observancia del contradictorio, inclusive -en el modelo más avanzado- con relación al propio juzgador¹⁸⁶. Se configura entonces el contradictorio participativo, también denominado contradictorio de influencia o contradictorio “fuerte” de dimensión sustancial, versión renovada de la tradicional concepción liberal desde la perspectiva de un proceso democrático¹⁸⁷.

IV. Contenido del contradictorio como garantía fundamental.

El contenido del contradictorio "fuerte" se vincula estrechamente con los alcances del principio de colaboración procesal. El proceso es, por naturaleza, el continente que alberga el diálogo, el discurso y la comunicación, imponiendo por ello una estructura dialógica (contradictorio), que será tanto más efectiva para alcanzar su finalidad que es la justicia de la decisión final, cuanto más cooperativas resulten las actitudes de las partes y del propio juez. A lo largo de todo el iter procedimental el juez hace observar y, al mismo tiempo, observa -se somete a y garantiza- el juego del contradictorio.

Ahora bien, cuál sea el alcance y medida de la postura reservada al juez, en correlato con aquella que corresponde asumir a las partes, es cuestión que ha de resolver el legislador. En este punto divergen las soluciones que muestra el derecho

¹⁸⁴ DENTI V. *-Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti en Participação e processo*, Coord. A. Pellegrini Grinover, C.R. Dinamarco y K. Watanabe, Rev. ed. dos Trib., São Paulo, 1988, pp. 11 y ss..

¹⁸⁵ GARGARELLA R., ob. cit..

¹⁸⁶ MITIDIERO D. *-Colaboração no processo civil*, ed. R. dos T., São Paulo, 3ª. ed., 2015, *passim*; *id.*, *La colaboración como norma fundamental del proceso civil brasileño*, trad. L.J. Giannini en OTEIZA E. y ROJAS J.A., dir., *-Reforma a la justicia civil. Discusiones y propuestas*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, pp. 75-84.

¹⁸⁷ ARRUDA ALVIM y GUEDES C.D. *-Principio do contraditorio, cooperação e direito probatório*, RePro, v. 305, 2020, versión digital. FREITES CAMARA A. *-Dimensão processual do principio do debido processo constitucional*, Rev. Iberoam. Der. Proc., São Paulo, nº 1, 2015, pp. 17 y ss..

comparado. En general, pueden encontrarse dos modelos nítidamente diferenciados, sin perjuicio de sus diversas variables, útiles a los fines de esta indagación, más allá de análisis más profundos que quedan para otro lugar. Con esas salvedades hemos de ocuparnos de los sistemas que se sustentan en el principio de colaboración procesal, por un lado, y de aquellos otros inspirados en la denominada máxima de cooperación. En relación al primero se focalizará la mirada en el proyecto de CPCN de 2019; en cuanto al segundo, el punto de referencia será el CPC brasileño de 2015¹⁸⁸.

1. El modelo del proceso colaborativo.

En los ordenamientos en vigor entre nosotros el perfil típico del proceso tradicional se construye, y agota, en el marco de los arbotantes del principio dispositivo y los conocidos poderes del juez para la dirección e instrucción de la litis, los deberes de buena fe, lealtad y probidad de las partes. El proyecto de CPCN de 2019 reproduce, en lo visceral, este esquema, centrado en el intento de su perfeccionamiento, encaramando el principio de colaboración como uno de los ejes cardinales. En concreto, con el refuerzo de los referidos deberes de buena fe, lealtad y veracidad -arts. 6º y concordantes-, con el correlato de la sanción del abuso procesal -art. 17 y concordantes-. Ratifica, en definitiva, el rol central del órgano jurisdiccional, bien que introduciendo una significativa cuña por la imposición como deber genérico de las partes y demás participantes, incluyendo al juez, de cooperar para el logro del objeto del proceso -art. 10-, desgranado en la exigencia de la actuación leal y de buena fe y en la colaboración en su desarrollo -arts. 15, incs. a, b, c y concordantes-, bajo severas sanciones pecuniarias y, aún, la consagración reiterada de una presunción contraria a la parte omisa -art. 16-. Con ello se construye la base de sustentación de un modelo colaborativo, que mantiene en el fondo el emplazamiento del juez en una situación de preeminencia con relación a la situación de sujeción de las partes, más allá de sus ampliados deberes de colaboración formulados tan solo de modo genérico¹⁸⁹.

2. El paradigma cooperativo.

En un intento de superar aquella concepción y con el argumento de su contraposición con los postulados igualitarios que nutren y se irradian desde el actual Estado Democrático de Derecho, cobra cuerpo un nuevo paradigma del proceso de matriz cooperativa y policéntrica, que se estructura en lo que aquí atañe, sobre la base de la concepción de un contradictorio "fuerte" o sustancial.

Más ampliamente, el principio o máxima de cooperación, originado en el derecho alemán¹⁹⁰, se presenta como una nueva y superadora idea del fenómeno procesal que pasa a ser considerado como un proceso cooperativo. En ese contexto, los poderes del juez no se centran en la conducción autoritaria del procedimiento, sino que adquieren un nítido matiz de colaboración que se ensambla con el rol de los demás sujetos. Son potestades de colaboración (*stricto sensu*) o auxilio, de esclarecimiento, de información y advertencia, de debate y de indicación. Se torna

¹⁸⁸ Respecto de uno y otro sistema: GIANNINI L. -*Colaboración y contradictorio...*, RDP, 2020-1, pp. 183 y ss.. SUCUNZA M. -*Cooperación procesal en el proyecto de CPCN...*, en la misma revista, pp. 201 y ss..

¹⁸⁹ GIANNINI L.J., ob. cit., pp. 187-188. El proyecto no ha definido concretamente los confines de contradicción ni precisado los preceptos que regulan la motivación de las decisiones.

¹⁹⁰ KOCHEN R. -*Introdução as raízes históricas do princípio da cooperação...*, RePro, São Paulo, nº 251, 2016, pp. 75 y ss..

así posible a las partes, correlativamente, participar de modo activo en la gestión procesal¹⁹¹.

Desde esa perspectiva, la tradicional audiencia bilateral *-audiatur et altera pars-* adquiere una renovada dimensión para ser comprendida como "derecho a ser oído", excediendo el mero derecho de "hablar", como garantía de influencia en la decisión. Es el "*right to be heard*" del derecho anglosajón. Además de la posibilidad de participar en el debate manifestándose sobre los actos de los demás sujetos, impone la regla de que ninguna cuestión pueda ser decidida sin previa audiencia. Quedan vedadas las resoluciones sorprendidas, intempestivas; principio que también rige para las cuestiones respecto de las cuales el juez deba manifestarse de oficio. El contradictorio, de ese modo, se torna participativo, dialogal, lo cual presupone la igualdad "de armas" de las partes en concreto. La *par conditio*, mediante el equilibrio de fuerzas entre las partes garantiza la efectividad del contradictorio, concebido como oportunidad de influencia y de efectiva argumentación.

En el marco de la máxima de cooperación se imponen singulares deberes a los partícipes del proceso. Así, (a) el *deber de esclarecimiento* consistente en la obligación del juez de esclarecer a las partes eventuales dudas sobre alegaciones o postulaciones; las partes, correlativamente, deben redactar sus peticiones con claridad y coherencia; (b) el *deber de consulta*, que obliga al juez a oír a las partes sobre las cuestiones de hecho y de derecho que pueden incidir en el juzgamiento; (c) el *deber de prevención* que exige al magistrado señalar eventuales deficiencias procesales sanables; (d) el *deber judicial de auxilio* en relación a las partes para superar los obstáculos que impidan eventualmente el ejercicio de sus derechos, deberes, facultades o cargas, en los límites de la imparcialidad; (e) el *deber de decoro y corrección* en el actuar, exigible a uno y otros, y en particular la observancia de la buena fe y probidad. Son todas ellas las notas que califican el contradictorio fuerte en el modelo dialogal y cooperativo, en el cual aquel asume la función de promover el descubrimiento de la verdad posible y la confiabilidad de las decisiones, al propio tiempo de conferir a estas, legitimación democrática¹⁹². La doctrina brasileña ha trabajado fecundamente estos temas¹⁹³.

El CPC de Brasil de 2015 recoge estas ideas con singular apego sistemático. Adopta el modelo cooperativo con la explícita y amplia imposición a las partes del deber de cooperación entre sí y de cada una de ellas con el juez (art. 6º) y, al propio juez, el deber de dialogar con las partes (arts. 9º, 10 y concordantes)¹⁹⁴. Reconfigura el contradictorio, que pasa a ser entendido como derecho de participación en la construcción del pronunciamiento, bajo la forma de una garantía procesal de

¹⁹¹ GREGER R. *-Cooperação como princípio processual*, RePro, São Paulo, nº 206, 2012, pp. 123 y ss.. KOCHEN R., ob. cit., pp. 75 y ss.. ABREU R.S. de *-Customização procesual compartilhada...*, RePro, São Paulo, nº 257, 2016, pp. 51 y ss..

¹⁹² MITIDIERO D. *-Colaboração no processo civil*, ed. R.T., São Paulo, 2011, 2ª. ed., *passim*.

¹⁹³ DINAMARCO C.R. *-O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*, RePro, São Paulo, nº 247, 2015, pp. 63 y ss.. ARRUDA ALVIM T. y otros *-Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, Rev. dos Trib., São Paulo, 2015, pp. 62-63, 67-68, 1117-1119. DE PINHO H.D.B. y ALVES T.M. *-O cooperação no novo CPC...*, REDP, v. 15, enero-junio 2015, www.civilprocedurereview. ZANETI Jr. H. subraya el proceso democrático como fusión entre el Estado liberal y el Estado social: *-El nuevo Código de Processo Civil brasileiro...*, RDP, 2017-2, pp. 583 y ss., especialmente p. 592. MITIDIERO D. *-Colaboração no processo civil*, ob. cit..

¹⁹⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER T. y ot., ob. y pp. cit..

influencia, que excluye las decisiones sorpresivas por inconsultas¹⁹⁵, dentro del marco de la concepción del proceso civil como una comunidad de trabajo¹⁹⁶.

V. Contradictorio "fuerte" y alcances del deber de cooperación.

Conviene, a esta altura, remarcar necesarios deslindes para evitar equívocos. El contradictorio como derecho de influencia está asociado a la argumentación multilateral, de forma cooperativa. Esa dinámica argumentativa se da entre las partes y el juez, todos deben cooperar. Sin embargo, cabe dimensionar la medida y límites de los recíprocos deberes.

En cuanto al alcance del deber de cooperación de las partes, lo que se espera de ellas no es el auxilio mutuo en lo tocante a la pretensión y a la defensa deducida en juicio; se les requiere, eso sí, que colaboren para la construcción de un proceso justo, a partir del debate orientado por argumentos claros y coherentes. Pero ello no obsta a que se mantenga el antagonismo entre ellas; ni que queden condicionadas las respectivas estrategias para la defensa de sus derechos, en el marco de los deberes de lealtad y buena fe.

Respecto del juez, el deber de cooperación implica que su postura es la de aquel que se coloca en diálogo con las partes, quedando sujeto a oír y comprender los argumentos de aquellas. Ese es el sentido y en los límites de su necesaria participación activa en el debate judicial, en cuanto al ejercicio de sus poderes-deberes de dirección e instrucción. Cooperar no significa comandar el proceso ni conducirlo en solitario; es trabajar de consuno con las partes¹⁹⁷.

VI. Irradiaciones del contradictorio "fuerte" en el sistema de la oralidad.

La garantía del contradictorio adquiere connotaciones significativas en el marco del proceso oral, en especial en el curso de las audiencias preparatoria y de vista de la causa.

El debate oral y directo en la audiencia preliminar brinda oportunidad de ejercer el derecho a la prueba que corresponde a las partes, en especial la participación en la determinación de los hechos que serán objeto de la instrucción, en correspondencia con las atribuciones del órgano jurisdiccional. Emerge en este punto la importancia del denominado saneamiento compartido, institución típica del paradigma cooperativo¹⁹⁸. Lo propio acaece en la audiencia de producción de las pruebas, donde la intensidad que se reconozca al contradictorio influye de modo decisivo en las técnicas de recepción que se adoptan para las principales fuentes de prueba oral que son las declaraciones de las partes, de los testigos y peritos.

¹⁹⁵ OLIVEIRA L.S. de *-Contraditório*, RePro, 2020, v. 302, versión digital.

¹⁹⁶ MARINONI L.G., ARENHART S.C. y MITIDIERO D. *-Novo Curso de Processo Civil*, Rev. dos Trib., São Paulo, 2015, v. 2, pp. 71 y ss., con sus referencias bibliográficas.

¹⁹⁷ ARRUDA ALVIM y GUEDES C.D., ob. cit..

¹⁹⁸ Sobre el derecho a la prueba en contradictorio, en general, en el marco del modelo cooperativo: ARRUDA ALVIM y GUEDES C.D., ob. cit.. Acerca del saneamiento compartido de la legislación brasileña: ARRUDA ALVIM J.M. de *-Manual de direito processual civil*, ed. Rev. Trib., São Paulo, 2019, 18ª. ed., pp. 986 y ss.. MARINONI L.G., ARENHART S.C. y MITIDIERO D. *-Novo Curso...*, ob. cit., v. 2, pp. 231 y ss.. ARRUDA ALVIM WAMBIER T. y otros *-Primeiros comentários...*, ob. cit., pp. 622 y ss..

La garantía del contradictorio y sobre todo su concreta virtualidad práctica, tiene reservado un lugar destacadísimo en el ámbito íntegro de la prueba. No sólo en el capítulo de la instrucción probatoria y dentro de ésta a propósito de los poderes oficiosos del juez, sino también desde otros ángulos no menos significantes y, específicamente, en los restantes estadios de la admisibilidad de la producción y adquisición y aún de la valoración probatoria¹⁹⁹. Precisamente, el acentuamiento del método del contradictorio puede resguardar el necesario equilibrio entre potestades judiciales vs. facultades y cargas de las partes, de la esencia del proceso civil²⁰⁰. La comprensión de este tópico resulta esencial y de ello se derivan importantes consecuencias no siempre resaltadas, al menos en los horizontes como el nuestro, donde no existe en general una práctica activa y acabada no ya de sistemas de oralidad, sino del método del contradictorio propiamente dicho²⁰¹.

En esa perspectiva, nos proponemos tematizar el significado y las proyecciones del contradictorio en algunos aspectos centrales, como son su operancia en el juicio de admisibilidad de la prueba y especialmente en el curso de la audiencia preliminar en donde tiene lugar el contradictorio preventivo. Cómo juega por otro lado, la paridad en armas en los supuestos de pruebas incorporadas de modo sorpresivo, o cuando el juez adjudica a una de las partes la demostración de determinados hechos, y aún en las hipótesis de las pruebas formadas fuera del proceso. Durante el trámite de la producción o incorporación de las pruebas el contradictorio cumple funciones singulares, que es menester indagar en torno a cada uno de los medios de demostración y, especialmente, en la recepción de los testimonios de parte y de terceros, con sus técnicas de indagación típicas; al igual que en el trámite de adquisición de la pericial. Por último, cómo incide y se refleja el contradictorio en la decisión judicial y su motivación.

VII. Virtualidad del contradictorio en el ejercicio del derecho a la prueba.

a. Al fundamental “derecho a la prueba”, que corresponde a las partes, se le reconoce por su linaje constitucional, la naturaleza de una verdadera *garantía* y, por ende, una considerable amplitud que va desde la prerrogativa –la efectiva posibilidad- de servirse de todas las pruebas relevantes y de la consiguiente extendida posibilidad de iniciativa en el procedimiento probatorio, hasta el derecho de las partes al “contradictorio” sobre las pruebas. Respecto de la prueba propuesta por la contraria y, con mayores razones, en cuanto a la ordenada oficiosamente, el método del contradictorio permite a las partes: a) contestar su relevancia y oportunidad; b) participar en su asunción; c) deducir pruebas contrarias (contraprueba); d) discutir la eficacia de las pruebas aún antes de las decisiones²⁰².

Desde la perspectiva del modelo cooperativo el contradictorio adquiere una renovadora relevancia, como proyección del principio de colaboración. Esa

¹⁹⁹ La doctrina italiana contemporánea ha advertido insistentemente sobre estos aspectos. Así: TARZIA G. -*Problemi del processo civile di cognizione*, Cedam, Padova, 1989, pp. 311-320, 353-376. TARUFFO M. -*Modelli di prova e procedimento probatorio*, en “Studi in onore di Vittorio Denti”, Cedam, Padova, 1994, v. II, pp. 377 y ss.; *id.*, -*La prova dei fatti giuridici*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, D.A. Giuffrè Ed., 1992, III, t. 2, sez. 1, pp. 394 y ss. (en adelante seguimos la versión castellana: -*La prueba de los hechos*, ed. Trotta, Madrid, 2005, trad. J. Ferrer Beltrán). MONTESANO L. -*La garanzia costituzionale del contraddittorio...*, Riv. Dir. Proc., 2000, pp. 929 y ss..

²⁰⁰ TARUFFO M., -*La prueba de los hechos*, cit., pp. 427 y ss..

²⁰¹ TARUFFO M. -*Modelli di prova...*, cit., p. 393-394, donde se refiere al modelo que se sustenta primordialmente en la actividad oficiosa de investigación a cargo del juez, no obstante la vigencia del contradictorio.

²⁰² TARUFFO M. -*Modelli di prova...*, cit., pp. 394-395, 401 y ss.. MONTESANO L., ob. cit., p. 929.

resignificación se expresa principalmente en el campo del debate judicial en las audiencias correspondientes, con repercusión en la decisión judicial.

b. La función del proceso no es simplemente aquella de resolver controversias entre partes y por ende desentendida del accertamiento verdadero de los hechos, sino que es de su esencia la justicia intrínseca del resultado arribado, y ello sólo puede soportarse sobre la correcta reconstrucción de los hechos²⁰³. En este esquema la prueba no es solamente un aspecto del desarrollo de la dialéctica procesal entre las partes, sino antes bien un instrumento de conocimiento racional de los hechos. De ahí la decisiva importancia del procedimiento de formación de la prueba y la incidencia del contradictorio.

VIII. El juicio de admisibilidad.

El derecho a la prueba implica la prerrogativa de actuar y defenderse probando. Sin embargo, su ejercicio se relaciona con los hechos controvertidos y conducentes, que son los mismos que configuran las cuestiones decisivas para resolver el conflicto. Bien que, es sabido no existe una cuestión puramente fáctica y que, en todo caso, se puedan diferenciar aquellas predominantemente fácticas, junto a otras que son predominantemente jurídicas²⁰⁴.

De ahí la significativa relevancia que cabe reconocer a la decisión judicial -y, en especial, al modo en que se adopte- que, en la etapa de admisión de las pruebas, determina cuáles son aquellas que pasan esa criba y se constituyen en el objeto de la actividad de recolección de las evidencias²⁰⁵.

1. Fijación de los hechos y de las pruebas en la audiencia preliminar.

Es en este punto que las diversas concepciones del contradictorio y el régimen del trámite procedimental adquieren relevancia para incidir decisivamente sobre la función del proceso civil. Por un lado, el sistema de la oralidad y el proceso por audiencias ofrece ventajas indiscutibles en relación con la organización del trámite procedimental y la preparación previa para la fase probatoria en la vista de la causa. El debate oral y directo permite que el juez y las partes puedan definir el objeto de la prueba y otras cuestiones aledañas relevantes a los fines del procedimiento. Por otro lado, la intensidad que se reconozca al contradictorio -sea que se lo conciba en la acepción tradicional positivista de simple garantía formal, o bien reforzado, como contradictorio participativo-, con sus diversos matices, incide directamente en el modo de organizar los actos y procedimientos sucesivos que conducen hacia la decisión del conflicto.

La fijación del objeto del proceso y de la prueba en la audiencia previa o preliminar implica la determinación en ese estadio de las cuestiones fácticas litigiosas y trae como consecuencia la “fijación” de las pruebas que serán objeto de producción, en correlación con dicho objeto y los hechos controvertidos y conducentes al esclarecimiento de lo debatido. Se trata de expurgar la prueba, en

²⁰³ TARUFFO M, *-Modelli di prova...*, ob. cit., p. 407, con sus remisiones en nota 88. Como se ha destacado, cuanto mayor es el grado de contradictorio garantizado a las partes, mayor será el grado de conocimiento de los hechos (CARRATTA A. *-Funzione dimostrativa della prova...*, Riv. Dir. Proc., 2001, N° 1, pp. 99-100).

²⁰⁴ TARUFFO M. *-Cultura y proceso en “Páginas sobre justicia civil”*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2009, trad. M. Aramburo Calle, pp. 202 y ss..

²⁰⁵ Sobre admisibilidad y relevancia de la prueba: TARUFFO M. *-La prueba de los hechos*, ob. cit., pp. 364 y ss..

función “abreviadora”, descargando la labor jurisdiccional de aquellas medidas manifiestamente inadmisibles, innecesarias o inconducentes. La potestad judicial, singular y con implicancias significantes en el proceso, se ejercita en el marco “dialogal” y en contradictorio, con observancia plena de la bilateralidad. El juez ha de requerir a las partes aclaren y especifiquen, en su caso, los hechos y sus respectivas situaciones en cuanto a ellos²⁰⁶, así como que se pronuncien respecto de las pruebas que se ofrecen producir, las propias y las propuestas por la contraria, expresando su alcance y finalidad concreta y pertenencia en el marco del litigio²⁰⁷.

2. *El contradictorio preventivo.*

La audiencia preliminar brinda el momento ideal para la realización de lo que se denomina el “contradictorio preventivo”, en el cual el diálogo franco, sin ambages entre los partícipes, facilita la comprensión de las razones expuestas en ejercicio del derecho de influencia, de forma de viabilizar una solución adecuada y satisfactoria, en tanto es construida en un proceso de colaboración. El saneamiento opera en cooperación, facilitándose el consentimiento por las partes de la resolución recaída²⁰⁸.

Ahora bien, el logro de tales objetivos presupone la generación por el juez de condiciones mínimas de argumentación útil, que habiliten una participación efectiva. De ahí que no satisface la exigencia del contradictorio la decisión judicial en la audiencia preliminar que se limita a rechazar las pruebas ofrecidas por considerarlas sin más, apodícticamente, improcedentes o superfluas o meramente dilatorias. Al fijar los hechos litigiosos que constituyen el objeto de la prueba, el juez no solo debe oír a las partes sino, además, esclarecer que es lo que debe y puede ser probado para la resolución de la controversia. Más aún, es también esencial tener presente la comprensión del juez sobre el propio tenor de la cuestión jurídica debatida, que ha quedar igualmente en claro²⁰⁹. Y, desde luego, similar descalificación cabe, en el otro extremo, a la resolución judicial desidiosa que con opacidad desembarazosa, se limita también apodícticamente, a declarar la admisibilidad de la totalidad de las pruebas ofrecidas por las partes. Prácticas desnaturalizadoras asentadas entre nosotros, como la experiencia corriente lo ilustra.

IX. La “paridad de armas” en el trámite probatorio.

El principio de “paridad de armas” entre las partes implica que está vedado no solamente la utilización de hechos no planteados por ellas ni sometidos a debate, o de pruebas formadas fuera del proceso o sin participación de las partes, sino que cuando el juez dispone prueba oficiosa debe permitir a aquellas antes de su asunción ofrecer los medios de prueba relativos a los hechos sobre los que versa²¹⁰. Todo el

²⁰⁶ Se trata del interrogatorio *ad clarificandum*, diverso del interrogatorio de la parte en función directamente probatoria que acaece en la audiencia de prueba. Distinción que ya formulara CAPPELLETTI M. -*La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Giuffrè, Milano, 1962. Seguimos aquí la versión castellana, -*El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, LEP, La Plata, 2002, trad. T.A. Banghaf, parte segunda, pp. 131 y ss..

²⁰⁷ Es clásica la remisión de estos tópicos, dentro de una extensa bibliografía, a: FAIRÉN GUILLÉN V. -*Sugerencias prácticas sobre el contenido de la audiencia preliminar*, Rev. Fac. Derecho de México, UNAM, julio-diciembre, 1988, N° 160-161-162, p. 59.

²⁰⁸ ARRUDA ALVIM J.M. de -*Manual de Direito Processual Civil*, ed. R. Trib., São Paulo, 2019, 18ª ed., pp. 888 y ss..

²⁰⁹ ARRUDA ALVIM y GUEDES C.D. -*Princípio do contraditório cooperacão e direito probatorio*, RePro, 2020, n° 305, versión digital, donde se destaca la importancia del “saneamiento compartido”.

²¹⁰ MORELLO A.M. -*La prueba. Tendencias modernas*, LEP, La Plata, 1991, pp. 65-75. TARZIA G., ob. cit., pp. 316-317. MONTESANO L., ob. cit., pp. 934-935.

procedimiento probatorio debe desarrollarse en el pleno contradictorio de las partes; de ahí que cualquier iniciativa instructoria, de las interesadas o del juez, solo puede tener andamio si la parte gravada ha sido puesta en posición de defenderse y de formular sus contradicciones. Y ningún elemento de hecho puede ser llevado a la decisión -único momento en el cual el juez está sólo frente al material de la causa- sin haber sido previamente conocido y discutido²¹¹. La omisión del contradictorio configura vicio *in procedendo* y errores decisivos impugnables por las vías correspondientes.

1. *Prueba incorporada sorpresivamente.*

En primer lugar, menoscaba flagrantemente la garantía en cuestión la incorporación sorpresiva de pruebas, por acto de parte o decisión del juez. Está claro que el principio dispositivo no solo confía a las partes el estímulo de la función jurisdiccional y con ello enmarca el límite insuperable de la decisión, sino que deja en exclusiva cargo de aquellas la aportación de los hechos y las pruebas. En correlato, la operancia de la buena fe tanto como la regla de preclusión, obstan a la admisión de probanzas ofrecidas o introducidas fuera de las concretas oportunidades que la ley procesal establece.

Sin embargo, cuando se trata de hechos controvertidos y conducentes que, además, resultan decisivos para la solución de la causa, las pruebas que se alleguen -por proposición de partes o iniciativa del juez-, aún en momento diverso del previsto por la normativa procesal, son de todos modos válidas y aptas para configurar el convencimiento del juez y su decisión sobre el mérito, a condición y siempre que se hubiere observado el contradictorio entre las partes. La "sorpresividad" vedada presupone la imposibilidad efectiva de ejercer la contradicción por las partes, de modo que aquel vicio no se configura si, de todos modos, se asegura a los interesados la posibilidad concreta de oponerse, impugnar, controlar, ofrecer pruebas contrarias y argumentar sobre su atendibilidad.

Es que cuando están en consideración pruebas esenciales para la solución justa de la litis, mediando efectiva contradicción, no cabe prescindir de tales elementos de convicción en la formación de la decisión. La doctrina pretoriana del exceso ritual manifiesto conduce, precisamente, a la salvaguarda de la garantía constitucional del debido proceso, resaltando el valor puramente instrumental de la normativa procesal y la exigencia de atender a la verdad objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio²¹².

2. *Cargas probatorias dinámicas y deber legal del juez de alertar a la parte.*

La clásica regla de distribución del *onus* de la prueba refleja cabalmente el principio de la "paridad de armas" entre las partes. A ello no obsta que bajo circunstancias especiales y a título excepcional, se fuera abriendo camino en la opinión autoral y en la jurisprudencia la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en correlato con la intensificación del deber de colaboración que recíprocamente se asigna a los contendientes. Claro que su admisión ha generado

²¹¹ MORELLO A.M. -*La prueba...*, ob. y lugar cit.. TARZIA G., ob. y lugar cit.. TARUFFO M. -*La prueba de los hechos*, ob. cit., pp. 427 y ss.. MONTESANO L., ob. cit., sostiene que los argumentos de hecho que el juez considere para la formación de su convicción deben ser comunicados a las partes, asignándose un término perentorio para que las partes deduzcan medios de prueba que consideren necesarios en relación a tales argumentos (p. 936).

²¹² Así en los paradigmáticos casos "Colalillo" (Fallos, 238: 550) y "Ohiler" (Fallos, 302: 1601). BERTOLINO P. J. -*El exceso ritual manifiesto*, 2ª ed., LEP, La Plata, 2003, pp. 49 y ss..

dudas, especialmente en punto a su implementación y en cuanto pudiera infringir menoscabo a la garantía del contradictorio²¹³.

El CC y CN, como es sabido, entre los principios relativos a la prueba en los procesos de familia, establece que “la carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar” (art.710). De consuno el art. 1735, inserto en el capítulo de la función resarcitoria de la responsabilidad civil, atribuye al juez potestad similar para ponderar, cuando se trata de distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, “cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla”. Con el agregado –por cierto trascendente- que si el juez lo considera pertinente, “durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”.

Más allá de algunas respetables posiciones críticas en torno sea del fundamento y sobre todo de la distinción conceptual entre el principio de colaboración y la teoría de la carga dinámica y su relevancia²¹⁴, o de las dificultades prácticas que podría generar su aplicación²¹⁵, es lo cierto que las normas referidas han clarificado el debate. Quedan en pie, sin embargo, dos cuestiones. La primera, referida a la virtualidad del deber de comunicación como alerta a las partes de la aplicación de la regla, en los procesos de familia, en tanto el art. 710 no lo establece de modo expreso. Lo segundo, el cuándo y el cómo de la comunicación. En primer lugar, una interpretación finalista, analógica, sistemática y coherente de ambos preceptos, en el sentido del art. 2º, CC y CN, lleva a concluir que no existen razones valederas para excluir la regla de la comunicación en los conflictos de familia; con más razón si se atiende a la naturaleza de los mismos en tanto comprometen derechos fundamentales “sensibles”.

En cuanto a su inserción en el trámite probatorio, las cargas “interactivas”, fluyentes o dinámicas, cuando no están impuestas preceptivamente –el juez deberá ponderar en cada caso si corresponde o no disponer el desplazamiento o traslación-, constituyen medidas de excepción a la regla del art. 377 CPCN. Y es por ello, precisamente, que la adjudicación a una de las partes *a posteriori* en la sentencia vendría a violentar la garantía de la defensa. En definitiva, se refuerza y explicita el poder genérico de dirección del proceso (art. 34, inc. 5, ap. b y c), posibilitando atribuir fundadamente la carga a la parte que se encuentra en mejores condiciones de traerla al debate, y sin liberar a la contraria del *onus* que por regla general también le viene asignado. Respecto a la oportunidad, podrá hacerlo el juez “durante el proceso”, que equivale a “en cualquier tiempo” del trámite en que la situación fluya y se manifieste. Bien que el momento más adecuado ha de ser el de la audiencia preliminar del art. 360 CPCN, o de las normas específicas del proceso familiar –v.gr., art. 842, CPC Bs. As.-, o en cualquiera de las audiencias previstas en los procesos especiales. La decisión debe ser fundada y solo tolera el recurso de reposición (art. 379, CPCN).

²¹³ PICÓ i JUNOY J. -*Los principios del nuevo proceso civil español*, en Genesis-Rev. Dir. Proc. Civil, Curitiba, 2001, n° 19, pp. 127-129, con sus citas.

²¹⁴ GIANNINI L.J. -*La recepción de la doctrina de la “carga dinámica de la prueba” en el CC y CN*, en BERIZONCE R.O. y GIANNINI L.J., dir., -*Aspectos procesales del Cód. Civ. y Com. de la Nación*, LEP, La Plata, 2017, pp. 191 y ss., donde se formula la distinción entre carga de probar y carga de producir evidencia, como manifestación de aquella asociada a la aplicación del principio de colaboración (pp. 200-2005).

²¹⁵ PEYRANO J.W. -*Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas* en PEYRANO J.W. coord., “Cargas probatorias dinámicas”, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2004, pp. 19 y ss., 75 y ss..

A su vez, para salvaguardar plenamente el contradictorio, el trámite ulterior que ha de arbitrar el juez deberá prever que en la misma audiencia se hará saber a las partes gravadas que dentro del quinto día podrán ampliar el ofrecimiento de pruebas, sin perjuicio del ejercicio de las prerrogativas que le corresponden.

3. *Pruebas formadas fuera del proceso.*

Si bien por principio las pruebas se forman dentro del proceso y por el procedimiento que estatuye el propio ordenamiento, se admiten a consideración también, bajo determinadas condiciones, aquellas que fueran creadas por fuera de aquel, mediante procedimientos extraprocesales²¹⁶.

Como regla las pruebas que no se han formado en el proceso, en el contradictorio entre las partes en éste constituidas, si bien son admisibles, tienen tan solo una eficacia probatoria atenuada o secundaria, como indicios o hechos notorios o bien, mejor, como “argumentos de prueba”²¹⁷.

Ha de asegurarse la posibilidad concreta y amplia de controvertir, controlar y producir contraprueba en relación con las pruebas de cualquier modo producidas sea en un proceso distinto (penal o de cualquier tipo) o extrajudicialmente (v. gr., actuaciones administrativas, dictámenes o informes sobre cuestiones técnicas, etc.). Salvo que se trate de pruebas constitutivas típicas, como la confesión o los instrumentos públicos, que gozan de eficacia plena.

Tales principios han tenido entre nosotros larga y pacífica recepción jurisprudencial en punto al valor probatorio de las actuaciones penales en el proceso civil²¹⁸. Así, en la doctrina de la CSN como regla las pruebas del sumario criminal tienen valor en el juicio civil ulterior, cuando la parte contra la que se invoca ha tenido oportuna noticia del ofrecimiento de esas pruebas y ha podido producir la que convenía a su derecho para desvirtuarla²¹⁹. De ahí que la admisión en el juicio civil de las pruebas reunidas en el sumario criminal no importa violar la defensa en juicio, si los interesados han tenido la oportunidad de producir prueba contraria, aun tratándose del tercero civilmente responsable que no fue parte en aquel²²⁰. Si ambas partes ofrecieron como prueba el expediente penal, puede ser invocado por cualesquiera de ellos, en beneficio propio o en perjuicio del adversario²²¹. Más aún, a falta de prueba en contrario corresponde acordar eficacia probatoria a las circunstancias del sumario penal, conforme a la sana crítica²²². Con mayor razón, si se trata de actuaciones realizadas por funcionarios públicos dentro de la órbita de sus atribuciones, sin que se viole la defensa en juicio si las partes han tenido razonable oportunidad de arrimar al proceso civil pruebas de descargo²²³.

En fin, la casuística jurisprudencial firmemente asentada desde antiguo ratifica el principio liminar anticipado, que ensalza la virtualidad del contradictorio como condicionante de la eficacia de las pruebas de todo tipo formadas fuera del proceso.

²¹⁶ TARUFFO M. -*La prueba de los hechos*, ob. cit., pp. 378-380.

²¹⁷ FALCÓN, E.M. -*Tratado de la prueba*, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2004, v. 11, pp. 278-280.

²¹⁸ GALDOS J.M. -*El valor probatorio del expediente penal en sede civil*, La Ley, 1992-D, p. 1037 y ss..

²¹⁹ CSN, Fallos, 182: 502 y 531; 187: 627; 219: 55, entre otros.

²²⁰ CSN, Fallos, 183: 297; 219: 55; entre otros.

²²¹ Cam. Nac. Civ. Sala D, La Ley, v. 130, p. 475.

²²² Cam. Nac. Civ. Sala G, La Ley, v. 127, p. 122.

²²³ Cam. Nac. Civ. Sala D, La Ley, v. 101, p. 145.

X. El contradictorio durante la producción y asunción de las pruebas.

Estando en claro el objeto de la prueba, la contribución de las partes para su resultado a través de su producción e incorporación depende naturalmente de la intensidad del ejercicio del contradictorio, durante todas las fases del procedimiento. En relación con cada uno de los medios probatorio se abren concretas posibilidades de participar e influir en su adquisición para el proceso y aún, en la valoración de su mérito. Excede largamente el objeto del presente la consideración puntual de cada una de las numerosas cuestiones que están implicadas, por lo que nos hemos de circunscribir a la prueba de testimonio de las partes y de los peritos, principales fuentes de la prueba oral. No sin antes, dejar enunciados al menos ciertas reglas generales en punto a los poderes instructorios del juez en general.

1. Pruebas dispuestas de oficio.

Sin entrar en el debate siempre abierto en torno de los poderes instructorios oficiosos que corresponden al juez, sus alcances y limitaciones²²⁴, nos interesa aquí referir al ejercicio del contradictorio como contrapartida de aquellos poderes.

En general, en cuanto a las pruebas dispuestas de oficio, el derecho al contradictorio supone para las partes: a) poder de contestar y controvertir en torno a la relevancia y admisibilidad; b) participar en su asunción; c) deducir pruebas contrarias; d) argumentar sobre su eficacia aún antes de la decisión judicial²²⁵. En definitiva, ejercer todas las prerrogativas que devienen del derecho a prueba y su contralor, cuando se propone por las partes.

Al margen de ello, desde la perspectiva del contradictorio cooperativo se propicia la consulta o sustanciación previa con las partes, como condición para el ejercicio de la atribución judicial, en salvaguarda del derecho de aquellas a controvertir la relevancia (v.gr., prueba prohibida) y admisibilidad de las pruebas en cuestión²²⁶. Se trata, en realidad, de una potestad más amplia adjudicada a los jueces para pronunciarse de oficio sobre cierto tipo de cuestiones genéricamente vinculadas al orden público del proceso y la garantía de la defensa. Bien entendido que decidir sin necesidad de petición de parte, no excluye la exigencia propia del contradictorio de escuchar previamente a los interesados. Postulado que rige incluso respecto de la aplicación oficiosa del derecho *-iura novit curia-*, evitando las decisiones sorpresivas²²⁷.

XI. La recepción de los testimonios.

Ha de considerarse que la técnica de indagación utilizada en el examen de testigos y, por consiguiente, también de las partes mediante el libre interrogatorio, constituye una garantía que integra el contenido del contradictorio. El objetivo de la búsqueda de la verdad, tanto como la preservación de la imparcialidad del juez y en correlato, el ámbito de actuación reservado a las partes, centran el debate en torno a los métodos de interrogación, que son propios de los diversos sistemas jurídicos.

²²⁴ Sobre las tipologías e implicancias ideológicas del tema: TARUFFO M. *-Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, Rev. Iberoam. Der. Proc., IIDP, 2007, n.º 10, pp. 305 y ss..

²²⁵ TARUFFO M. *-La prueba de los hechos*, ob. cit., pp. 427 y ss..

²²⁶ ARRUDA ALVIM y GUEDES C.D., ob. cit..

²²⁷ Para una visión de la recepción de la regla en el derecho comparado: GIANNINI L.- - *Colaboración y contradictorio*, RDP, 2020-1, pp. 183 y ss., especialmente p. 192-194. Asimismo: ALVARO DE OLIVEIRA C.A. *-Poderes del juez y visión cooperativa del proceso*, Red. Iberoam. Der. Proc., Bs. As., 2004, pp. 45 y ss..

Es bien conocida la contraposición histórica entre aquellos de filiación europeo-continental, tradición a la cual han venido adscriptos nuestros ordenamientos, de matriz preponderantemente inquisitoria y, en sus antípodas, los esquemas propios del *adversary system* del derecho anglosajón²²⁸. Más allá de las mixturas y entrecruzamientos que se derivaron al cabo de su evolución²²⁹.

Precisamente, la tendencial prevalencia de la oralidad en todos los sistemas ha conducido al replanteo en los regímenes de raíces continental europeo, de las técnicas de la interrogación de las partes *lato sensu*²³⁰. Un debate en torno a cuál sea la postura y atribuciones del juez, en paralelo con aquellas que se reconocen a las partes y sus defensores.

La recepción de los testimonios pone en cuestión dos aspectos, al menos, de su organización que se encuentran íntimamente conectadas: a) las técnicas de recepción que se emplean y b) la conducción de la indagación y la participación que se reserva a cada uno de los sujetos procesales.

1. Técnicas de la indagación.

Las principales técnicas o formatos de recolección del testimonio son las denominadas interrogativas y narrativas²³¹. En las primeras, el interrogador, sea el juez o las partes, realiza al testigo una serie de preguntas sobre hechos específicos con el objetivo de obtener respuestas concretas y detalladas. Quien interroga se convierte en protagonista principal del acto, en tanto es quien selecciona los temas. Si se trata del juez, se ha de centrar en los hechos que fundamentan las pretensiones y defensas alegadas y conducentes a la decisión que debe proferir. Si lo son las propias partes, sus preguntas irán dirigidas a los hechos a los que les incumbe demostrar. Este método asegura teóricamente la pertinencia y relevancia de los hechos abordados en la declaración del testigo, pero por otro lado se resiente de algún modo la exactitud y veracidad de las respuestas. En la doctrina de la psicología del testimonio se sostiene, con razón, que la formulación de preguntas directas al declarante incide para torcer nocivamente sus recuerdos y, con ello, la credibilidad del relato²³².

En cambio, la técnica narrativa ofrece palmarias ventajas para ser considerada como la más adecuada. En esencia, consiste en dejar que el declarante exprese con

²²⁸ Para la descripción de los sistemas y, en especial, la técnica de la *cross examination* en el derecho anglosajón, siguen siendo de utilidad las clásicas enseñanzas de M. CAPPELLETTI, ob. cit., parte segunda, *passim*, especialmente pp. 55 y ss..

²²⁹ Una visión actualizada puede verse en TARUFFO M. -*Los sistemas judiciales en las tradiciones jurídicas de civil law y de common law*, y en especial, -*La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil: tradiciones culturales y tendencias teóricas*, ambos en "Páginas sobre justicia civil", ob. cit., pp. 77 y ss., 335 y ss..

²³⁰ Bien señala FALCÓN a propósito del interrogatorio, que en la visión común su importancia se ve opacada por la práctica entre nosotros del proceso escrito, que desvirtúa la comunicación y el propio objetivo de la interrogación. Lo cual vale tanto para los testigos cuanto, y con más razón, en relación al sistema tan ineficiente de las posiciones (-*El interrogatorio y las preguntas* en "La prueba. Homenaje al Prof. Dr. Roland Arazi", AADP, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2016, p. 349).

²³¹ MUÑOZ SABATÉ L. -*Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Barcelona, 1967, pp. 285-287, quien alude a técnicas del relato y responsivas. Asimismo, FALCÓN E.M. -*El interrogatorio y las preguntas*, en "La prueba...", ob. cit., pp. 354 y ss., quien desmenuza el concepto de las oraciones interrogativas y sus diversas variables (p. 350-354). *Id.*, en -*Tratado de la prueba*, Astrea, Bs. As., 2009, 2a. ed., p. 525 y ss..

²³² FERNÁNDEZ M.S. -*El sistema de la oralidad bajo el prisma de la psicología del testimonio* en BERIZONCE R.O. y GIANNINI L.J. -*Oralidad en el proceso civil. Nuevas perspectivas*, LEP, 2019, pp. 249 y ss., y amplia bibliografía que cita.

sus propias palabras, en su tono y a su ritmo, en la forma y en el orden que desee, todo lo que recuerda sobre los hechos. Sus virtudes provienen de la percepción de que los procesos de memorización son más consistentes cuando se realizan libre y espontáneamente, y no bajo la conducción de preguntas formuladas por un tercero. Bien que arrastra la desventaja de las omisiones en que puede incurrir el declarante, o la falta de precisión en sus dichos. En verdad, ambas técnicas no son necesariamente antagónicas, sino complementarias. Es precisamente el criterio que se explicita en algunos ordenamientos modernos. No es éste el lugar para formular un análisis comparativo. Sin embargo, parece suficiente aludir al esquema acogido por el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica de 1988, seguido con algunas variantes, en diversas legislaciones de la región²³³, según el cual, en la audiencia de declaración, “el juez ordenará al testigo haga un relato de los hechos objeto de la declaración, interrogándole sobre ello” (art. 151). En la misma línea, bien que novedosamente, importa destacar la explicitación que incorpora en el CGP colombiano de 2021, de la facultad de las partes de contrainterrogar al deponente, operando de ese modo el interrogatorio cruzado (art. 220, 221), con lo que se viene a configurar un sistema *sui generis*²³⁴.

2. La conducción de la indagación.

El modo cómo sea desarrollado el acto de interrogación se vincula con la concepción de los poderes del juez en general y los alcances conferidos al contradictorio, en tanto verdadera garantía equilibradora. Los modelos teóricos incluyen, al menos, tres variantes técnicas sin perjuicio de sus modalidades y de las combinaciones en que habitualmente expresan las legislaciones.

a) Bajo un esquema predominantemente inquisitorio, prevalecen los poderes del juez a quien se confía no solo la dirección del acto, sino también la conducción dominante y aún discrecional de la interrogación de los testigos²³⁵. El rol de las partes queda relegado a un segundo plano residual, restringido al control y eventual intervención secundaria, a través de repreguntas. b) Opuestamente, si se confiere preeminencia al papel de las partes el interrogatorio queda a cargo de ellas, en el sentido que son quienes formulan directamente las preguntas. Es que el enfrentamiento dialéctico de las partes, lejos de ser un engorro menospreciable, deviene esencial para la obtención de un conocimiento informado y, a la postre, el acercamiento a la verdad²³⁶. Al juez queda reservado el contralor de las formalidades del acto y la paridad de armas, sin perjuicio de sus potestades para intervenir en la indagación en ejercicio de sus propios poderes instructorios²³⁷. c) A la vez, en la

²³³ Para una visión de las legislaciones más recientes: SANABRIA VILLAMIZAR R.J., *-Reglas de producción probatoria de la declaración de terceros en procesos civiles: armonía entre epistemología y derecho* en Rev. Iberoam. Der. Proc., IIDP, Rev. dos Trib., São Paulo, 2018, n.º 8, pp. 233 y ss., 237.

²³⁴ Sobre los debates sobre el punto en la doctrina colombiana: SANABRIA VILLAMIZAR R.J., ob. cit., pp. 243 y ss..

²³⁵ Se niega a las partes la capacidad y predisposición necesaria para llevar adelante el interrogatorio en la vista de la causa, afectadas como están por la lógica persuasiva de su propio interés, antes que por la lógica cognoscitiva de esclarecimiento de la verdad, que es la que guía al juez (SOTO A., *El movimiento hacia la oralidad en el proceso civil y comercial. Proyecciones en el proceso, el juez en la oralidad y técnica de la prueba*, La Ley, 2018-B, pp. 823 y ss.).

²³⁶ MEROI A. *-Oralidad y proceso civil*, La Ley, 2010-D, pp. 1060 y ss.. Está en juego la imparcialidad del juez que interroga, por la determinante influencia que ejerce la pregunta sobre la respuesta del interrogado, en el marco de los poderes de autoridad en manos de aquel; influencia que el examen cruzado no elimina, pero al menos contrabalancea.

²³⁷ SAFI, L. *-La oralidad y el principio dispositivo* en BERIZONCE R.O. y GIANNINI L.J., “Oralidad en el proceso civil”, ob. cit., pp. 89 y ss., espec. pp. 163-169.

perspectiva del proceso de matriz cooperativa, de la idea del denominado contradictorio participativo, el acto de interrogación se inserta en un ambiente colaborativo, en el sentido que su construcción es compartida por los partícipes principales. El rol del juez no se centra en la conducción autoritaria del procedimiento y, por ende, el acto de interrogación de las partes, incluido los testigos, conjuga la intervención colaborativa de los sujetos procesales, superadora de la simple escucha intermediada por el juez²³⁸.

3. Regímenes típicos.

Los ordenamientos procesales reflejan las diferentes técnicas, bien que no siempre los modelos aparecen claramente diferenciados; no son pocos aquellos que entrecruzan sesgos típicos de unos y otros. Basta referir aquí algunos de ellos propios de la legislación iberoamericana más reciente, para compararlos con el proyecto de CPCN argentino de 2019.

a. LEC española 1/2000.

En correlato con la tendencia liberal que predomina en la matriz de todo el ordenamiento, la LEC española 1/2000 acota considerablemente las potestades judiciales en la recepción de la prueba testimonial, trasladando el protagonismo a las propias partes. Al cabo de una etapa preliminar, el examen queda en manos de éstas, incluyendo el interrogatorio cruzado. La intervención del tribunal se circunscribe a decidir sobre la admisibilidad de las preguntas y, en su caso, repeler las que considere impertinentes o inútiles; solo puede interrogar al testigo con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones a lo declarado. Carece de iniciativa propia, no solo no conduce la indagación, sino que ni siquiera puede formular preguntas nuevas en relación con las propuestas por las partes (arts. 367, 368, 370, 372 y conc.)²³⁹.

b. CGP colombiano.

En Colombia, el CGP de 2012 al regular la prueba de declaración de terceros, reprodujo la estructura de la prueba testimonial en vigor por el anterior CPC de 1970. Al cabo de una indagación preliminar encaminada a identificar al testigo, se articula una etapa en donde el deponente narra de forma espontánea los hechos que conoce, después el juez procede a interrogarlo para precisar el conocimiento sobre los dichos, y finalmente la oportunidad que tienen las partes de formular preguntas al testigo. Es en esta última etapa, que el ordenamiento de 2012 introdujo una novedad significativa en lo referente a la posibilidad de contrainterrogar. Mediante el interrogatorio cruzado, a continuación del juez podrá interrogar quien solicitó la prueba y contrainterrogar la parte contraria. En el mismo orden, las partes tendrán derecho por una sola vez, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al testigo, con fines de aclaración y refutación. Sin perjuicio de la atribución del juez a interrogar en cualquier momento de la práctica de la prueba (art. 220. CGP)²⁴⁰.

c. CPC brasileño.

En el CPC brasileño vigente, de modo coherente con la idea rectora del contradictorio participativo, se recepta una técnica novedosa para la interrogación de los testigos. De acuerdo con el art. 459, *caput*, primera parte, las preguntas deben ser

²³⁸ ARRUDA ALVIM y GUEDES C.D., ob. cit..

²³⁹ ORTELLS RAMOS, M. -*Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, 3a. ed., pp. 442-443. Sobre el interrogatorio cruzado: MONTERO AROCA J. -*La prueba en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, 4a. ed., pp. 385-386.

²⁴⁰ SANABRIA VILLAMIZAR R.J., ob. cit., pp. 243-251.

formuladas directamente por las partes, estableciendo una forma directa de investigación que sustituye el interrogatorio intermediado por el juez, propio del ordenamiento anterior²⁴¹.

Se parte de la idea de la preponderancia de la actividad de las partes, compatible con el “contradictorio-participación”, y se basa en la convicción de que la inquisición directa y cruzada optimiza el contradictorio al viabilizar el ejercicio del poder argumentativo de las partes²⁴². Sin embargo, no se excluyen los poderes instructorios del juez, que no son tan solo de ejercicio subsidiario o complementario. En realidad, el íntegro plano probatorio, desde la admisibilidad en el acto de saneamiento, la producción hasta de valoración probatoria, se concibe inserto en un ámbito participativo, de construcción compartida entre los diversos sujetos del proceso.

d. Las declaraciones personales en el proyecto de CPCN de 2019.

Nos detendremos ahora en la iniciativa de 2019 y, al cabo, formularemos algunas consideraciones sobre las cuestiones que venimos analizando. En el proyecto de CPC y CN, las declaraciones personales se reciben en la audiencia de vista de causa dirigida indelegablemente por el juez. Sin perjuicio de los poderes de éste, las partes tendrán intervención a los efectos de su contralor y sus abogados podrán interrogar directa y libremente a la contraparte, a los testigos y a los peritos. El juez podrá limitar dicha facultad cuando se ejerza en forma manifiestamente impropcedente o se advierta propósito de obstrucción (arts. 428, 429). El interrogatorio libre de las partes se lleva a cabo por el juez, y luego lo podrá hacer el abogado de la parte contraria. El abogado del declarante podrá pedir explicaciones (art. 241). Los testigos, a su turno, serán libremente interrogados por el juez y, a continuación, las partes podrán formularles preguntas (art. 260).

4. Algunas líneas tendenciales.

Del análisis conjunto de los esquemas típicos que, a grandes líneas han quedado perfilados, puede sostenerse que se denotan ciertas líneas tendenciales que enlazan diversas técnicas de formulación de las interrogaciones y de conducción en la recepción de las pruebas de declaración personal de las partes y testigos. En primer lugar, se denota en general una confluencia y mixtura entre los sistemas propios de las tradiciones jurídicas diversas, por el trasvasamiento de ciertas técnicas que vienen ahora adoptadas de modo generalizado, como el *cross interrogation*²⁴³ -interrogatorio cruzado y contrapuesto- que se inserta en ordenamientos de raíz continental europea-iberoamericana. En segundo lugar, fenómeno similar se denota en punto a las técnicas de interrogación que terminan por decantar en un método que combina armoniosamente la narración genérica abierta de los hechos, con la interrogación de sesgo aclaratorio y complementario, sea a cargo del juez, ya de las partes, con la finalidad del mejor esclarecimiento. Como lo que va implícito que viene en buena medida desplazado y pierde virtualidad, el debate tradicional en torno a quién sea el que dirige el acto mismo no tiene real importancia. Lo que importa resulta la recepción de la técnica narrativa.

XII. La adquisición de la prueba pericial.

²⁴¹ ARRUDA ALVIM y GUEDES C.D., ob. cit., pp. 21-22.

²⁴² ARRUDA ALVIM J.M. de *-Manual...*, ob. cit., pp. 986-987.

²⁴³ Sobre los diversos matices en la regulación del contrainterrogatorio, como instrumento esencial para ejercer la garantía del contradictorio: SANABRIA VILLAMIZAR R.J., ob. cit., espec. pp. 245 y ss..

1. El juego del contradictorio en continuidad ininterrumpida.

Derivación de la significación y relevancia que se le asigna, los ordenamientos procesales son habitualmente explícitos en la regulación de los trámites del *iter* procedimental de la prueba pericial. Estatuyen no solo sobre las condiciones y requisitos tendientes a asegurar la idoneidad de los peritos, forma de su nombramiento, recusación y remoción, sino también la fijación de los puntos de pericia por el juez, con estricta observancia del contradictorio, la intervención de consultores, el modo de practicar las operaciones técnicas, el contenido del dictamen. Por virtualidad del contradictorio, opera igualmente el control de las partes en las sucesivas etapas del ofrecimiento, fijación de puntos periciales, participación en la práctica de las operaciones previas al dictamen, y en relación con éste, en la eventual observación o impugnación, sin perjuicio de los poderes del juez a su respecto. Confrontación dialéctica que se espeja ante la alzada, en referencia a las partes de la sentencia que se sustenten en las conclusiones periciales. En ese esquema, que es de los códigos en vigor –replicado en el proyecto de CPCN de 2019–, el contradictorio se articula a través de controles que no se limitan a verificar la fundamentación del propio decisorio (criterios de racionalidad), sino que se articulan y operan como técnicas normativas en los estadios anteriores de la admisibilidad y de formación de las pruebas, en buena parte dirigidos a garantizar *in itinere* su atendibilidad²⁴⁴.

2. La adecuación al proceso por audiencias.

El *iter* procedimental tradicional requiere ciertos ajustes en el esquema del proceso por audiencias. Así, en el aludido proyecto nacional de 2019 la audiencia preliminar es la oportunidad para la designación del perito y la fijación de los puntos de pericia, como también del plazo para la producción de la prueba “de hasta diez días antes de la vista de causa” (art. 276). El dictamen será presentado electrónicamente dentro del plazo referido, el cual se notificará a las partes del mismo modo (arts. 287, 288, primer párrafo). En la vista de la causa, a la que deberá concurrir el perito bajo sanción de pérdida total o parcial de sus honorarios, las partes a través de sus consultores técnicos o abogados podrán formular pedidos de explicaciones (art. 288, segundo párrafo). El juez, cuando lo estimare necesario, podrá disponer se practique otra pericia o se perfeccione o amplíe la anterior, por el mismo u otro perito, en cuyo caso se suspenderá la audiencia de vista de la causa por el tiempo necesario para practicar esa pericia (art. cit., tercer párrafo). Además, en la misma audiencia de instrucción y juzgamiento se recibirá la crítica oral del dictamen y su sustanciación en contradictorio, como surge de los principios generales del art. 2º, apart. segundo.

Cabe aquí una salvedad crítica. La secuencia de los actos procesales no resulta la más adecuada, lo cual puede conducir a la frustración del contradictorio y de las propias finalidades del proceso. En primer lugar, el plazo para la presentación del dictamen, hasta diez antes de la vista de la causa, parece innecesariamente exiguo, en tanto no permite la celebración efectiva de los actos secuenciales. No obstante, la celeridad impresa por la notificación electrónica del dictamen a las partes, y desde luego también al juez desde el momento mismo de su presentación, en el lapso que resta hasta la vista de la causa parece materialmente imposible concretar tales actos, que por lógica resultan secuenciales. Es erróneo trasladar a la propia vista de la causa el pedido de explicaciones de las partes, la crítica del dictamen en contradictorio y la decisión del juez acerca del perfeccionamiento o ampliación de la pericia, o aún para que se practique una nueva. Por lo demás, si el perito ha de

²⁴⁴ TARUFFO M. -*La prueba de los hechos*, ob.cit., pp. 427 y ss..

presentar el “informe ampliatorio o complementario dentro del plazo” (art. cit., apartado final), ello no se compadece con la oportunidad del pedido de explicaciones o el requerimiento del juez.

Una secuencia más razonable de los actos debería prever un lapso entre la notificación del dictamen y la vista de la causa que resulte suficiente para albergar todos aquellos actos, de modo de arribar a la audiencia no solo con el dictamen pericial sino además, con los pedidos de explicaciones sustanciados²⁴⁵, incluyendo el informe ampliatorio o complementario. Los poderes del juez igualmente deben ser ejercidos temporáneamente, antes de la audiencia; la suspensión de la vista ha de ser excepcional, reservada para los supuestos de imposibilidad absoluta. Todo ello parece imprescindible para la preservación de la garantía del contradictorio, que incluye la congruencia o razonabilidad de los plazos, de modo de asegurar a las partes los tiempos suficientes para que sus actos puedan ser efectivamente provechosos²⁴⁶.

XIII. Contradictorio, verdad judicial y motivación de la sentencia.

1. La exigencia constitucional de la justa decisión del conflicto.

De las diversas concepciones sobre la función del proceso civil se derivan, entre otros consecutarios, el alcance de los poderes atribuidos al juez en la dirección del proceso, en la instrucción de las pruebas y, principalmente, el contenido de la decisión. De modo genérico, desde una perspectiva liberal-individualista no resulta relevante la justicia sustancial intrínseca del pronunciamiento desde que, según la objeción escéptica, no existen criterios objetivos autónomos o específicos que permitan establecer la justicia de la decisión. En consecuencia, se torna prescindible la comprobación de la verdad de los hechos, un objetivo imposible de lograr.

En cambio, para quienes se sitúan en una óptica ideológica diversa, que suele denominarse “legal-racionalista”, la cualidad de la decisión ocupa el centro del problema de la administración de la justicia, enfatizándose que aquella debe ser fundada sobre una aplicación correcta y racionalmente justificada del derecho. Condición ineficiente de ello es que el proceso sea orientado a establecer la verdad en orden a los hechos relevantes de la causa. Es que ninguna decisión judicial puede considerar legal y racionalmente correcta, y por consiguiente justa, si se funda en una comprobación errónea y no valedera de los hechos a que se refiere²⁴⁷. Precisamente, la garantía constitucional del proceso justo y de la tutela judicial efectiva que adquiere resalto en el Estado constitucional de Derecho contemporáneo, asienta entre otros arbotantes en el derecho a obtener una decisión suficientemente fundada que en tiempo razonable ponga fin a los conflictos. Y ello es la esencia de la ideología democrática de la justicia.

²⁴⁵ Sobre la participación de las partes y, en especial, sus abogados en el trámite de la prueba pericial en la audiencia de instrucción y juzgamiento: SOBA BRACESCO I.M. -*La prueba pericial: desafíos para el abogado litigante*, Rev. Iberoam. Der. Procesal, ob. cit., 2019, v. 9, pp. 219 y ss., 230-231. Si los plazos acordados para controlar el dictamen son exigüos, se dificulta enormemente la labor de los auxiliares de las partes en desmedro del contradictorio (pp. 234-235).

²⁴⁶ OLIVEIRA L.S. de -*Contraditório*, RePro, 2020, v. 302, versión digital.

²⁴⁷ TARUFFO M. -*Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, ob. cit., pp. 305 y ss., espec. pp. 324-337, con sus remisiones. Más ampliamente en *La prueba de los hechos*, ob. cit., pp. 21-87. Asimismo: PARRA QUIJANO J. -*Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Temis, Bogotá, 2004, pp. 9 y ss..

No obsta a ello que, en paralelo, sea reconocido que el concepto clásico de motivación autosuficiente e independiente ha de ser integrado, tanto en la estructura como en el propio contenido del decisorio, desde una visión más amplia que atienda, con flexibilidad, a las singularidades propias de las nuevas estructuras procesales - procesos sumarios en sentido estricto, simplificados, monitorios, tutelas anticipadas, entre otras-. Desde esta perspectiva se alerta desde la doctrina italiana sobre la “crisis” de la motivación y el tránsito hacia la motivación “elástica”, a tono con el objetivo de la flexibilidad procesal, bien que permaneciendo incólume el principio de fundamentación racional suficiente²⁴⁸.

2. La fundamentación de la sentencia y el ejercicio del contradictorio.

Sin abrir capítulo sobre arduas cuestiones que desbordan el tema que nos ocupa, por otra parte, largamente debatido²⁴⁹, importa aquí formular algunas sintéticas consideraciones. La motivación como discurso justificativo, a través de una serie de razones valederas que sustentan la decisión judicial, constituye el componente esencial de la jurisdicción en su concepción constitucional, donde resalta la función esencial de la argumentación jurídica. Los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión tributan, en definitiva, al principio de razonabilidad sobre el cual se edifica la doctrina jurisprudencial de los requisitos de validez constitucional de la sentencia y su contracara, el vicio de la arbitrariedad. De ahí que se requiera para su validez constitucional un mínimo de racionalidad y, además, la exigencia de plenitud y hondura de la justificación. Ello supone la enunciación de los criterios y reglas que guiarán la selección, que permitan verificar el control de su corrección, sea de los criterios jurídicos cognitivos o, especialmente, valorativos.

Precisamente, a través del control endoprocesal de las motivaciones del pronunciamiento opera la garantía del contradictorio en las sucesivas instancias de grado, incluyendo las vías de los recursos a disposición de las partes²⁵⁰, que impulsan a su vez el control de los tribunales superiores y del sistema jurídico, propios de la ideología democrática de la justicia.

Adicionalmente, de entre las diversas cuestiones que se suscitan en torno a las condiciones de validez de la decisión, resulta pertinente poner en foco dos de ellas en las que nos hemos de detener: a) la completividad de las decisiones y el ejercicio de su control por las partes; y b) las denominadas sentencias agrupadas o “colectivas”.

3. Completitud de la sentencia, discrecionalidad judicial y respeto del contradictorio.

La decisión judicial, como quedó expresado, se valida a través de su fundamentación racional comprensiva en plenitud de las cuestiones sometidas por las partes, por medio de la justificación que remata en la valoración final conjunta de

²⁴⁸ RASIA C., -Notas mínimas sobre la “crisis” de la motivación en el sistema procesal civil italiano, RDP, 2019-1, pp. 569 y ss., trad. J.M. Salgado.

²⁴⁹ TARUFFO M. -*La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975. Versión castellana: *La motivación de la sentencia civil*, Trotta, Madrid, 2011, trad. D. Mendoça y J. Ferrer Bertrán. FERRER BERTRÁN J. -*La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

²⁵⁰ Además, existe una conexión directa entre el contradictorio y la fundamentación en tanto el derecho de las partes de ser oídas e influir ha reflejarse en la decisión, en el sentido de la exigencia de su completividad (MITIDIERO D. -*Colaboración en el proceso civil*, Communitas, Lima, 2009, trad. J.J. Monroy Palacios, p. 181-183).

la prueba. El principio de completitud, a su vez, supone la evaluación total de cada elemento probatorio para la justificación del juicio fáctico, de todos y cada uno de ellos, sean o no relevantes o decisivos, categoría que se ha de configurar *a posteriori*. Solo por medio de una valoración total comprensiva, y no excluyente de cada elemento de prueba, se constituye el debido juicio sobre los hechos. De lo contrario, se corre el riesgo, que necesita ser aventado, de caer en el “prejuicio de convicción”, típico de aquellos que al perseguir confirmar una hipótesis preconstituida, seleccionan de la información disponible solo aquella que es favorable a su teoría, descartando *a priori* y apodícticamente la que contrasta con ella. Ello supone introducir una distorsión sistemática en el propio razonamiento. Es que aún en un esquema de libre convicción racional, que implica la libertad del juez de escoger, entre el material probatorio, los elementos que considere significativos y determinantes para la decisión, esa discrecionalidad debe ser ejercida de forma racional y controlable, por la operatividad del principio del contradictorio²⁵¹. Y la racionalidad de la evaluación conjunta de diversos elementos de prueba requiere, entre otras condiciones, que se tome en consideración todos ellos en tanto disponibles y relevantes, de ahí que resultaría irracional no tener en cuenta algunos de ellos, especialmente cuando sean contrarios a la conclusión que el juez “quiere conseguir”. Ello deriva en arbitrariedad de la decisión²⁵².

a. Ejercicio in itinere del contradictorio y controles preventivos.

Los controles tendientes en general a evitar desviaciones no se limitan a verificar la fundamentación del propio decisorio (criterios de racionalidad), sino que se articulan y operan como técnicas normativas en los estadios anteriores de la admisibilidad de los procedimientos de formación de las pruebas en buena parte dirigidos a garantizar *in itinere* la atendibilidad, y aún al consagrarse reglas de prueba legal que excluyen la valoración discrecional del juez.

Existen, además, controles procedimentales preventivos respecto de la decisión que posibilitan la intervención de las partes sobre todos los aspectos del *iter* probatorio que puedan influir sobre el pronunciamiento de mérito, y aún para discutir la propia atendibilidad de las pruebas. En ese sentido, se ha destacado la importancia del juego del contradictorio de las partes en cuanto permite indicar o al menos argumentar sobre los criterios según los cuales los poderes discrecionales del juez deberían ser ejercitados y también desarrollar previamente argumentaciones al respecto, en particular entre otros supuestos a propósito de las pruebas previamente individualizadas como relevantes a los fines del pronunciamiento²⁵³. Es que la libre valoración supone que la eficacia de la prueba dependa de una selección discrecional del juez, y esa selección implica el riesgo de arbitrariedad. De ahí la necesidad de admitir que las partes puedan intervenir previamente adelantando y justificando sus propias hipótesis.

b. Alcances de la discrecionalidad en la selección de las pruebas.

Existen normas cristalizadas en la experiencia que, en verdad, contradicen en su aplicación literal, la propia esencia de los criterios de razonabilidad. Así, el art. 386 del CPCN, en cuanto establece que los jueces “no tendrán el deber de expresar

²⁵¹ TARUFFO M. -*La prueba de los hechos*, ob. cit., pp. 402-403. El contradictorio entre las partes se erige en garantía de la elección del juez.

²⁵² TARUFFO M. -*La prueba de los hechos*, ob. cit., pp. 425-426.

²⁵³ TARUFFO M. -*La prueba de los hechos*, ob. cit., pp. 402-403.

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”²⁵⁴. De hecho, se denota su utilización abusiva cuando se inserta la regla al comienzo mismo de la expresión del acto decisorio. Sin embargo, la completitud de la motivación exige que abarque y se exprese con respecto a todas las pruebas producidas en la causa, en observancia del contradictorio. No es concebible la fundamentación implícita, liberando al juez de explicitar las razones por las cuales no acogió determinados medios de prueba²⁵⁵. La discrecionalidad que se reconoce al juez no lo excusa de justificar con razones valederas, y por ende controlables, el porqué de la exclusión del resto de las pruebas, es decir de aquellas que se consideren que no resultan esenciales y decisivas. La motivación y el contradictorio, de raíces constitucionales, suponen la fundamentación suficiente que permita verificar que la no consideración u omisión de una o varias pruebas se ha debido a su irrelevancia, o si fue soslayada de modo arbitrario²⁵⁶.

En verdad, una interpretación funcional de la regla del art. 386 acorde con el derecho a la fundamentación racional suficiente y completa de la sentencia y el respeto al contradictorio, conduce a flexibilizar su literalidad y entender que la potestad judicial presupone el previo y explícito análisis de las pruebas en su completitud, de modo que el apartamiento del principio constituye la excepción, y no la regla. El juez debe proceder a la valoración conjunta de todas las pruebas y, al cabo, justificar racionalmente como ha sido la selección del material, explicando los motivos que lo llevaron a descartar parte de la prueba producida en la causa, desde que resulta necesario contar con criterios reconocibles para que la resolución resulte plenamente controlable. La prerrogativa acordada al juez, por lo demás, ha de interpretarse de consuno al contexto de justificación de la sentencia (art. 3º, CC y CN)²⁵⁷.

La propia CSN en su doctrina coloca límites a la discrecionalidad aplicando criterios de equilibrio y racionalidad prevalecientes. Así, si bien los jueces no están obligados a analizar todo y cada uno de los elementos que se aportan al proceso, ello es así cuando la elocuencia de los estudiados torna inoficioso continuar con los restantes, pero en cambio no es un principio válido en el extremo en que el o los elegidos están distantes de convencer sobre la racionalidad de la valoración efectuada²⁵⁸, o si se prescinde de examinar cuestiones oportunamente propuestas susceptibles de incidir en una diversa solución final del pleito²⁵⁹. En cuyo caso la decisión se precipita en la arbitrariedad. De ahí la propuesta de imponer preceptivamente a los tribunales además del deber de considerar fundadamente todos los argumentos de hecho y de derecho trascendentes, también la exigencia de justificar la desatención de los restantes que se consideran superfluos o inconducentes para la resolución del caso²⁶⁰.

4. La motivación de las sentencias agrupadas o “colectivas”.

²⁵⁴ La regla es sabido se repite monocordamente en la doctrina de la CSN: Fallos 312:1255; 323:396, entre muchos, y de los demás tribunales.

²⁵⁵ TARUFFO M. -*La prueba de los hechos*, ob. cit., pp. 425-426.

²⁵⁶ GUZMÁN N.L. -*La motivación de la prueba en la sentencia...*, RDP, 2016-2, pp. 219 y ss., especialmente pp. 237-238, 251-252.

²⁵⁷ GUZMÁN N.L., ob. cit., pp. 237-238, 251-252.

²⁵⁸ CSN, 6-7-2004, “Rizzo J.G. c. Metrovías S.A.”, DJ, 2005-2, p. 721, entre otros.

²⁵⁹ CSN, Fallos, 316:647, “Massotta”, entre otros.

²⁶⁰ GUZMÁN, N. L. -*Colaboración y contradictorio*, ob. cit., pp. 197-198.

Interesa, finalmente, atender un fenómeno relativamente reciente y en expansión, que se ha generado en la práctica de los tribunales superiores y, especialmente, en la CSN, cual es el de las sentencias agrupadas o “colectivas” (“omnibus”). Su caracterización, el grado de incidencia distorsiva en la producción del Alto Tribunal y, aún, las vías propuestas para remediarlo han sido expuestos lúcidamente por GIANNINI en profundos estudios a los que cabe remitir²⁶¹. Aquí trataremos de las singularidades de la motivación de tales sentencias, en referencia a la exigencia principista de la “decisión razonablemente fundada”, en los términos del art. 3º, CC y CN, y su completitud.

a. Las técnicas de las sentencias agrupadas en la CSN.

Los estudios empíricos revelan datos significativos sobre la producción del Alto Tribunal, entre ellos la notable variación del número de causas decididas anualmente, pese a la relativa estabilidad de la cantidad de sentencias dictadas, lo que se observa en el período 2016-2019. En este último año se dictaron 7.237 fallos, mientras que la cantidad de causas resueltas fue 29.661. La causa de semejante desfase se encuentra en el incremento constante de las causas que versan sobre cuestiones repetitivas, y que varían según las épocas. Durante la crisis económica originada en 2001/2002, fueron los reclamos derivados de la pesificación de los depósitos bancarios y sus aledaños, que finalmente se dilucidaron en el caso “Massa J.A.”, sentencia del 27/12/2006; en esa y en sucesivas sentencias “colectivas” de aplicación, encontraron respuestas innumerables causas. Bajo otras circunstancias, las estadísticas más recientes identifican los conflictos de materia previsional como los que cuantitativamente absorben una parte muy significativa de la producción del Tribunal (en 2018, el 55,5% de las causas ingresadas). La conclusión obvia es que la explosiva expansión de la agenda previsional ha llevado a la Corte a la multiplicación del uso de las sentencias agrupadas o “colectivas”. Desde luego existen diversas técnicas procesales para enfrentar el problema, mitigando la sobrecarga inusitada no solo de la Corte, sino también la que padecen los tribunales inferiores. Entre otras, específicamente, la regulación de un sistema de casos testigo o litigios repetitivos²⁶².

b. La debida motivación en las causas agrupadas.

Aun cuando la práctica de acumulación oficiosa de procesos en sede de la Corte, no resulta formalmente objetable (arts. 188, 190, CPCN), de todos modos ha de compatibilizarse con el principio de fundamentación razonable y suficiente y la completitud de la decisión, regla de oro que no decae ni siquiera en la perspectiva de la “crisis” de la motivación²⁶³.

Por un lado, se requiere una justificación bastante del procedimiento de la acumulación, con la explicitación de las razones del englobamiento y categorización. La selección de las causas debe ser prudencial y cuidadosa para

²⁶¹ GIANNINI L, G. -*La producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*,(2018) en Rev. Anales de la Fac. de Cs. Jur. y Soc. UNLP, 2018, n.º 48, pp. 1208 y ss., especialmente pp. 1218-1219; *id.* -*Análisis de la producción jurisdiccional de la CS*, en la misma Rev., 2020, n.º 50, p. 791.

²⁶² GIANNINI L, G. -*Propuestas para mejorar el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en RDP, 2021-1, pp. 429 y ss., especialmente pp. 465-484. Se propone la incorporación como art. 194 bis de CPCN de un régimen estructurado para la resolución de los casos repetitivos.

²⁶³ RASIA C. -*Notas mínimas sobre la “crisis” de la motivación...*, ob. cit., especialmente pp. 577 y ss..

evitar errores de inserción en las diversas categorías o grupos “colectivos”, máxime la irrecurribilidad de la decisión. Sin perder de vista que -a semejanza de la aplicación del *certiorari*- la técnica de aglutinación tiende a la simplificación de la tarea del Corte, lo que no debe sacrificar la fundamentación cabal de la sentencia.

Por otro lado, debe asegurarse la transparencia del procedimiento y el acceso a la información, mediante algún mecanismo similar a los que se proponen en relación a la práctica del *certiorari*²⁶⁴.

XIV. El empinado camino hacia un modelo participativo-cooperativo.

No cabe poner en cuestión la superioridad teórica, en abstracto, del paradigma colaborativo. Sin embargo, en su confrontación con nuestra realidad se suscitan serias dudas acerca de su viabilidad. Hemos visto que en el proyecto de CPCN de 2019, más allá de las disquisiciones contenidas en sus Bases, se terminó optando prudentemente por la profundización y mejoramiento del esquema del ordenamiento vigente, en términos de acentuar los deberes de colaboración. Se suscitan, entonces, cuanto menos dos interrogantes desde la perspectiva sociológica: ¿en las actuales circunstancias, los condicionantes culturales constituyen obstáculo de magnitud que impedirían la fructuosidad de un esquema cooperativo? Y si así fuere, más relevante aún: ¿cómo podrían ser superados esos escollos?

1. Los condicionantes culturales: la cultura del pleito.

Es bien sabido que el sano empeño para inducir la incorporación de instituciones novedosas al quehacer tribunalicio no puede desentenderse ni subestimar la existencia entre nosotros de una fuerte cultura tradicional del “litigio”. Viene siendo pertinazmente refractaria, por razones múltiples, a la admisión de prácticas diversas y de algún modo opuestas, a las que integran aquel modo de ser y actuar cristalizado y a la postre infecundo. De lo que se trata, entonces, es de pujar para permear y transformar una cultura para sustituirla por otra de signo diferente – una verdadera contracultura-.

a. Para articular con éxito en nuestro ordenamiento procesal un esquema como el que diseña el proyecto de 2019, habrá que afrontar una vez más el gran desafío que supone la transformación de la cultura del pleito. Las experiencias anteriores, es sabido, han sido decepcionantes. Primero se lo intentó tibiamente con la incorporación, saludada esperanzadamente al sancionarse la ley de 1967, de la demanda bilateral de proposición conjunta (art. 336) –ahora reeditado con flaqueza en el proyectado art. 408-. Desde entonces ha sido “letra muerta”. Después fue el fallido experimento de la mediación de los intereses que, no obstante su descalificación principista²⁶⁵ y su fracaso práctico²⁶⁶, ha tenido el mérito al menos de comenzar a generar conciencia sobre la existencia de otras formas de resolver las disputas. En el proyecto de 2019, la contractualización y los acuerdos procesales proponen esperanzadamente un camino diverso, tratando de incidir en el propio

²⁶⁴ GIANNINI L.G. -*Propuestas...*, ob. cit., pp. 456-458.

²⁶⁵ TARUFFO M. -*Una alternativa a las alternativas...* en “Páginas sobre justicia civil”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2009, pp. 113 y ss.. FISS O. -*Contra la conciliación en El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs. As., 2007, pp. 131 y ss..

²⁶⁶ GIANNINI L.J. -*La obligatoriedad de la mediación ¿es necesario revisar el modelo vigente?*, Anales Fac. Cs. Jur. y Soc. UNLP, La Plata, 2017, n° 47, pp. 710 y ss..

proceso civil para mejorar su marcha y el contenido de las decisiones, en conexión con los propósitos comunes de simplificar, acelerar y resolver en tiempo útil.

Más de medio siglo después, el sabor amargo que aún perdura de la fallida experiencia emblemática de la proposición bilateral de la demanda define, como ninguna otra defección, el estado de situación actual. Es menester imaginar mayores y más incisivos estímulos para impulsar a los interesados por la senda de una contracultura diferente y superadora, que asiente en la cooperación de buena fe, sin reservas ni flirteos.

b. El desasociado que a menudo nos embarga no es distinto del que se padece en otras latitudes. Así, por caso, y con especial interés para nosotros, en un análisis crítico de la experiencia brasileña sobre la aplicación del ordenamiento de 2015, se subrayan las dificultades que obstaculizan el funcionamiento del nuevo modelo dialógico y la virtualidad del contradictorio ampliado. Principalmente, la insuficiencia del número de jueces y problemas en infraestructura y de organización en general. Se percibe la desnaturalización de la audiencia de saneamiento, desde que los jueces, en los casos de procesos con cuestiones fácticas y jurídicas complejas, omiten dicha audiencia y derivan la decisión, cuando mucho a una única audiencia principal de instrucción y juzgamiento. Eso porque el saneamiento en audiencia presupone una lectura profunda de las actuaciones por el juez y el auxilio y participación efectiva de las partes, prefiriéndose diferir el estudio de la causa en el fin del proceso²⁶⁷. No son sorprendentes para nosotros tales análisis: las situaciones son similares a las que muestra nuestra actual realidad litigiosa.

2. Cómo superar los escollos: la inducción normativa de los nuevos comportamientos.

En sentido similar a lo que acaece con el sistema oral en general, implantar las más avanzadas concepciones del contradictorio, cualquiera fuese la modalidad, supone en el fondo poner en jaque el equilibrio tradicional asentado en la distribución de los poderes del juez y las atribuciones de las partes. El *status quo* consolidado, podría aseverarse, muestra que todos los protagonistas se encuentran cómodamente instalados en los respectivos “espacios de confort”; y, desde luego, no han faltado variadas y recurrentes propuestas normativas encaminadas a revertir ese paralizante estado de cosas²⁶⁸. El objetivo se centra en la búsqueda, inacabada, imaginativa de cuantos métodos, instrumentos, reglas y otros medios disponibles, resulten útiles como estímulos, incentivos o alicientes efectivos para la (de)construcción que conduzca a forjar paulatinamente los nuevos y ansiados comportamientos.

a. Un sistema articulado de incentivos (y desincentivos).

El abanico de los incentivos es, desde luego, múltiple, abierto. De hecho, pueden ser alternativos o acumulables. No se trata de una nómina cerrada. Algunos

²⁶⁷ LEAL, M. F. M. -*Processo como diálogo...*, RePro, 2020, v. 304, versión digital.

²⁶⁸ De entre ellas, dos recientes: TRIONFETTI, V. -*Antes de la oralidad*, RDP, 2020-2, pp. 65 y ss., quien propugna una visión sistemática superadora de la falacia normativista, que incluya entre otras una estrategia para la actualización de la enseñanza jurídica. De su lado, ROJAS, J.A. -*¿Alcanza el proceso por audiencias?*, en ob. cit., pp. 101 y ss., donde se señala la necesidad de perfeccionar las reglas legislativas, que no pueden agotarse en mandatos genéricos principistas sino han de avanzar en la articulación en concreto de aquellos, incluso a través de protocolos de trabajo.

son genéricos, aplicables en general para las diversas situaciones -v.gr., el régimen de las costas o las tasas de justicia-. Otros, más específicos con virtualidad para singulares supuestos, como v.gr., el decaimiento del derecho por grave incumplimiento de un deber considerado esencial para el logro del fin del proceso. El muestrario abierto de ellos incluye, entre otros, los incentivos económicos, las sanciones pecuniarias, multas coercitivas y sancionatorias, en sus innumerables combinaciones.

Los estímulos pueden ser ambivalentes, en el sentido que operan de modo activo para inducir la concreción de una conducta positiva esperada y loable. Y, además, como contracara, sirven como mecanismos de compulsión indirecta para disuadir y desalentar la producción de un accionar opuesto, negativo o nocivo. Todo ello, en relación a los fines del proceso en general, o específicamente respecto del procedimiento de que se trate. Claro que estos regímenes no deben, en su concreta operatividad, menoscabar en sustancia el principio basal del contradictorio. Se abre en este terreno una fina línea divisoria que estará en consideración en los supuestos específicos de aplicación de cada norma.

b. La visión sistemática y el aporte multidisciplinario.

Habrá que convenir en un par, al menos, de premisas: a) la admisión de que el anhelado cambio cultural no podrá ser logrado tan solo con la reforma de los modelos procesales y orgánico-funcionales; y por ende, la necesidad del enfoque multidisciplinario; b) la significancia preponderante de la formación de los operadores jurídicos.

Las disciplinas que, en general, estudian el comportamiento y la conducta humana y, en especial, aquella centrada en el análisis económico del derecho, resultan útiles para el diseño de las técnicas procesales. Aportan un marco teórico nada desdeñable, con sus métodos empíricos, coadyuvando a la interpretación de la experiencia jurídica. Particularmente, el análisis económico del derecho ofrece en sus estudios sobre el comportamiento de los agentes económicos, explicaciones sobre sus motivaciones racionales y el sentido de sus decisiones, todo con la finalidad de predecir racionalmente el comportamiento de otros sujetos ante circunstancias similares. Insumo que puede aportar información útil para eventualmente sustentar cambios legales²⁶⁹.

En esa perspectiva, se trata de elaborar técnicas jurídicas que actúen como incentivos para estimular e influenciar determinados comportamientos de los sujetos del proceso más acordes con las finalidades del mismo. O, desde otro punto de vista, que operen con disuasivos para desincentivar, desestimular, conductas arraigadas, a menudo férreamente, convertidas en barreras poco menos que insalvables y que se oponen a la implantación de una cultura nueva. Se trata de métodos que adquieren significancia en relación a los sujetos del proceso y sus respectivas estrategias²⁷⁰ en tanto pueden reportar, para ellos, beneficios, ventajas, o por el contrario, perjuicios a

²⁶⁹ LORENZETTI R.L. -*Análisis económico del derecho: valoración crítica*, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2010, *passim*. SOLA, J.V. -*El análisis económico del derecho. O como tomarse las consecuencias seriamente*, La Ley, 2008-B, pp. 1350 y ss.. TETAZ M. -*Economía para abogados*, EDULP, La Plata, 2008, pp. 52 y ss..

²⁷⁰ Sobre la estrategia propia de las partes, el cálculo de probabilidades y el valor esperado o utilidad de cada una de sus decisiones según las opciones que se abren a lo largo del proceso: MEROI A. - *Sobre estrategia y proceso*, en www.centrodefilosofia.org.ar/investigacionydocencia45.htm Más ampliamente, los clásicos G.R. CARRIÓ -*Cómo estudiar y como argumentar un caso*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987; *id.*, -*Cómo estudiar un caso*, Jus Rev. Jur., La Plata, n° 27, pp. 113 y ss..

sus respectivos intereses, sea en forma de provechos o retribuciones o, de su lado, sanciones de diversos tipos. Tales técnicas parten de la premisa de la racionalidad en la adopción de las decisiones, en el ejercicio de las opciones que les ofrece el ordenamiento procesal, y resultan útiles en la medida de su aptitud para, a través de ellas, encauzar los comportamientos judiciales²⁷¹. La apuesta es principalmente a la racionalidad económica -en ello asienta la premisa del análisis económico del derecho-, sin descartar la operancia siquiera residual de otras motivaciones, como las éticas en general.

3. *Un abanico abierto de incentivos y disuasivos. Los mecanismos de “compulsión indirecta”.*

Para propender a asegurar la colaboración de las partes en un escenario dominado por hábitos arraigados de signo opuesto, se suele recurrir a través de diversas técnicas que muestra la legislación comparada, entre otras, a lo que en general puede denominarse mecanismos de “compulsión indirecta”. Con ellos se trata de inducir a corregir comportamientos a alentar prácticas virtuosas más acordes con las finalidades del proceso, que requieren una cotidianidad más amigable.

Tales mecanismos de compulsión indirecta, diferentes de las sanciones económicas -multas, en general-, operan como alicientes, acicates, señuelos y pueden articularse como pérdidas de chances o caídas de oportunidades que, en el devenir procesal, terminan afectando de un modo u otro el derecho de la parte remisa. Con el correlato que de común la pérdida o decaimiento supone un beneficio para la contraria.

Ahora bien, las conductas perjudiciales, por maliciosas o temerarias, reñidas con la buena fe y probidad, es sabido se cuelan por todos los intersticios del trámite procedimental. Pueden asentar en las distintas etapas constitutivas, probatorias, recursivas -recursos *ad infinitum*-. De modo que, para desarticularlos, es menester imaginar técnicas específicas para contrarrestar cada uno de ellos. De cualquier manera, la experiencia ha demostrado que las baterías principales deben instalarse selectivamente en los tramos iniciales del iter procedimental, para cortar de cuajo, refrenar, disuadir o abortar conductas disvaliosas.

a. La instrucción preliminar preparatoria como ámbito para el logro de soluciones autocompuestas.

Existen diversas técnicas apropiadas para lidiar con la litigiosidad -en verdad, con la cultura del pleito- en el umbral mismo del proceso. Consisten en ofrecer soluciones alternativas, atípicas, que mientras aseguran la justa solución de los conflictos en tiempo razonable, por conducto de la negociación y decisión consensuada por los propios interesados, inciden positivamente, por otro lado, para desahogar el quehacer jurisdiccional. El derecho comparado exhibe una clara tendencia en ese sentido²⁷². En ese camino se orienta el proyecto de CPCN de 2019 al incluir la instrucción preliminar probatoria, mecanismo auxiliar facilitador de la negociación precoz entre las partes (art. 202, 203, 204). De modo similar, la institución se regula en el proyecto bonaerense del mismo año con la particularidad -que aquí interesa resaltar- de que la técnica en cuestión viene notoriamente

²⁷¹ Se alude, en tal sentido, al análisis económico del derecho procesal: FIORENZA, A.A. -*Un primer acercamiento al análisis económico del derecho procesal*, La Ley, 2019-E, supl. 18-9-19.

²⁷² BIAVATI, P. -*Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*, RDP, 2008-1, pp. 513, 526 y ss..

perfeccionada. Ello, en tanto el procedimiento de producción anticipada de prueba se articula con el intercambio de información entre las partes en el marco de la mediación obligatoria (art. 332, 333). Todo con el objetivo de crear estímulos para que las propias partes resuelvan sus diferencias, sin necesidad de recurrir a la promoción de sus acciones. Realmente novedoso resulta la imposición del deber de información, que supone la veracidad de los relatos acentuando el deber de colaboración. Se trata de una propuesta útil, si bien resulta menester perfeccionar los mecanismos de compulsión indirecta para asegurar el intercambio de la información; así, v.gr., previendo además de la multa por incumplimiento, que las pruebas que no fueran llevadas a la mediación no podrán ser producidas posteriormente. De todas formas, no se llega a imponer a las partes el deber de negociar.

b. Acuerdo de proposición bilateral de la demanda.

Ya hemos señalado que como significativa novedad el ordenamiento de 1967 pretendió impulsar un negocio procesal típico y, con ello, una nueva cultura del litigio posibilitando a los interesados acordar en la antesala del ingreso a la jurisdicción, con el estímulo –explicitado en la Exposición de motivos- de que “el trámite resulta visiblemente simplificado”. El art. 336 del CPCN estableció que el demandante y el demandado de común acuerdo podrán presentar al juez la demanda y contestación, ofreciendo la prueba en el mismo escrito. En tal caso, el juez, sin otro trámite, dictará la providencia de autos si la causa fuere de puro derecho. Si hubiera hechos controvertidos, recibirá la causa a prueba y fijará la audiencia preliminar (texto ley 25.488). Las audiencias serán fijadas con carácter preferente (suprimido ley 25.488).

El proyecto de 2019 replica una previsión análoga, con la particularidad de que se suprime la providencia de autos y el carácter preferente de las audiencias. No se ha considerado la necesidad de perfeccionar tan valioso instituto. Sin embargo, es necesario imaginar más y mejores estímulos para inducir la voluntad contractual. Hay que pensar, p.e., en ventajas fiscales –reducción, escalonamiento y hasta eximición de tasas de justicia-, procesales –trámite preferente en todas las instancias, reducción hasta el mínimo legal de los honorarios profesionales-, entre otras facilidades que induzcan a las partes a utilizar este procedimiento especial.

c. El proceso monitorio.

La eficacia del proceso monitorio está cifrada en ciertos aspectos de su regulación, que asienta en una serie de incentivos para que quienes son efectivamente deudores (y presumiblemente, serán vencidos en el juicio declarativo que inicie el acreedor) no se opongan sin fundamento serio²⁷³. Esos alicientes son de diverso tipo. En primer lugar, y ello es decisivo, la eficacia de la cosa juzgada cuando el proceso finalice por falta de pago o de oposición del deudor, que cierra toda ulterior posibilidad de debate sobre la existencia de la deuda, protegiendo el crédito. Como correlato, la eventual oposición del deudor exige una objeción fundada y seria –desincentivo a la conducta maliciosa o temeraria-, que sustente el proceso de conocimiento ulterior. En paralelo, se despliegan diversos incentivos económicos, tales como exención de costas para el deudor en caso de pago inmediato de la cantidad requerida, la aplicación de algún tipo de sanción

²⁷³ MEROI, A. -*El procedimiento monitorio y la propuesta de “Justicia 2020”*, en *Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial*, J.A. Rojas coord., AADP, Rubinzal Culzoni, 2018, pp. 653 y ss, especialmente pp. 663-665.

pecuniaria (multas, intereses sancionatorios, etc.) para el caso de vencimiento del deudor en el juicio de conocimiento ulterior. En contrapartida, disuasivos para los acreedores de mala fe, p.e., multas que se les aplican cuando el demandado resulta absuelto en el juicio posterior. En el derecho comparado se encuentran regulaciones diversas que apuntan a los mismos objetivos²⁷⁴.

El proyecto de CPCN de 2019 estructura el monitorio, en este aspecto, mediante certeras reglas, que incluyen toda una gama de incentivos, estímulos inductivos y, al propio tiempo, en contraposición, una serie de disuasivos y contenciones al obrar de las partes, que confluyen en un propio y equilibrado régimen de premios y castigos. Muestra de ello es el art. 448, que libera de las costas al demandado que cumple la sentencia monitoria.

Tanto como la aplicación de multas sancionatorias de determinadas conductas y que se imponen en favor de la parte contraria: a) al peticionario de condena monitoria, por declaración falsa deliberada en la información suministrada para la apertura del procedimiento –verdadero disuasivo- (art. 446, penúltimo apart. b) al vencido en la sentencia que resuelve la demanda de oposición a la condena monitoria, sin perjuicio de las costas (art. 456).

d. El deber legal de negociar.

Como medio eficiente para estimular las soluciones negociadas en el curso del proceso, y al mismo tiempo disuadir a las partes de continuar o defender un caso que no merece el desgaste jurisdiccional, en algunas legislaciones se establece la obligación de negociar a cargo de las partes y bajo la conducción del juez. Se les impone el deber de considerar y pronunciarse en relación a propuestas de acuerdo seriamente formuladas por la contraria. La regla tiende a distribuir el riesgo de un resultado desfavorable del conflicto, al margen de la mala fe o inconducta. Salvaguarda el costo del litigio a la parte que ha intentado razonablemente llegar a un acuerdo. Al mismo tiempo, impone severas consecuencias pecuniarias sobre aquella que no logra obtener una sentencia más favorable que la de la oferta formal que ha rechazado. La sanción generalmente consiste en la pérdida del derecho al reembolso de las costas oportunamente anticipadas, más el pago de una cantidad razonable de las costas del oferente; todo ello en adición a las costas legales.

Este tipo de disposiciones están previstas en el CPC inglés, parte 36, en los ordenamientos de Ontario, Canadá, y recogidos en las Reglas del Proceso Civil Transnacional del proyecto ALI/UNIDROIT (regla 16)²⁷⁵.

XV. Conclusiones.

A guisa de sintéticas conclusiones:

1. En el actual modelo constitucional del proceso civil el contradictorio se inserta como pilar fundante, erigiéndose como eje de equilibrio entre los cada vez más crecientes poderes del juez y su confrontación con la correlativa posición de las partes.

²⁷⁴ Una visión general, puede verse en MEROI, A., ob. y pp. cit., notas 34 a 40.

²⁷⁵ *Principles of Transnational Civil Procedure*, ALI/UNIDROIT, Cambridge U.P., 2006, pp. 114 y ss.

2. Por virtualidad de la concepción política de la democracia participativa, que se irradia también al enjuiciamiento civil, ha quedado superada la tradicional visión del contradictorio como simple garantía formal de bilateralidad de la audiencia. En su evolución, terminó por consolidarse como garantía fundamental del proceso, en la centralidad misma de su estructura dialéctica.

3. En su renovada resonancia, el contradictorio “fuerte” o sustancial se vincula estrechamente con los alcances del principio de colaboración procesal y los poderes-deberes del juez. Más allá de los matices, pueden perfilarse dos modelos nítidamente diferenciados, el del denominado proceso colaborativo y aquel otro, más incisivo, en el que el contradictorio asienta en el paradigma cooperativo. La nota distintiva de esencia reposa en la dimensión y calidad de los poderes-deberes del juez y su emplazamiento en relación con las partes.

4. En el paradigma cooperativo, los poderes-deberes del juez no se centran en la conducción autoritaria del procedimiento, sino que adquieren un nítido matiz de colaboración que se ensambla con el rol de los demás sujetos. El proceso se erige a partir de una comunidad de trabajo. El contradictorio, en relación a las partes, pasa a ser entendido como derecho de participación en la construcción del pronunciamiento, bajo la forma de una garantía procesal de influencia, que excluye las decisiones sorpresivas por inconsultas. Todo lo cual adquiere singular relevancia en el escenario del procedimiento oral.

5. En el marco de las concepciones actuales del contradictorio y la tendencia a considerarlo como una garantía sustantiva del proceso civil, de raigambre constitucional, el derecho a la prueba y su ejercicio adquieren una nueva y renovada virtualidad.

6. El método del contradictorio permite en general a las partes recíprocamente en el curso del trámite probatorio, respecto de la prueba propuesta por la contraria u ordenada oficiosamente: a) contestar su relevancia y oportunidad; b) participar en su asunción; c) deducir pruebas contrarias; d) discutir la eficacia de las pruebas aún antes de las decisiones.

7. En el sistema de la oralidad en el proceso por audiencias, adquiere significancia especial el juego del contradictorio participativo en un marco dialogal. En ese sentido, la audiencia preliminar brinda un momento estelar para la ejecución del denominado “contradictorio preventivo”, que presupone el saneamiento en cooperación armónica entre el juez y las partes.

8. La “paridad de armas” implica la operatividad en concreto del contradictorio, que se manifiesta, entre otras hipótesis relevantes en relación con las pruebas incorporadas sorpresivamente, sea en los supuestos de adjudicación excepcional del *onus probandi* ya con referencia a aquellas formadas externamente fuera del proceso.

9. Durante la producción y asunción de las pruebas el contradictorio rige en plenitud, como instrumento de participación y control. Especial virtualidad adquiere, según los distintos sistemas, en el trámite de la recepción de los testimonios de parte y de terceros, técnicas de la indagación y conducción de los actos. Pareja influencia del contradictorio se denota en la adquisición de la prueba pericial, donde se desarrolla en continuidad ininterrumpida.

10. El derecho a obtener una sentencia suficiente y racionalmente fundada en tiempo oportuno se engarza con el contradictorio, que opera como sustento del control de las motivaciones y de su completividad. En particular, de la discrecionalidad judicial en la selección de las pruebas; e, igualmente, de la completividad de las sentencias agrupadas o “colectivas”.

11. Aún, admitiendo la superioridad teórica del paradigma colaborativo, en su confrontación con nuestra realidad se suscitan fundadas dudas acerca de su viabilidad. Los condicionantes culturales -la omnipresente cultura de la litigiosidad- han erigido vallados poco menos que infranqueables a las diversas experiencias de oralidad.

12. Es tiempo de afrontar de una vez por todas la construcción de una cultura distinta, de signo opuesto, más propicia a la cooperación entre todos los sujetos en el marco de la buena fe, a la búsqueda de las soluciones consensuadas y las decisiones más justas.

13. En ese camino, se hace menester operar de modo efectivo para influir sobre el comportamiento de los sujetos mediante un sistema articulado de técnicas abiertas de incentivos, alicientes y estímulos inductivos, procesales y económicos; y al propio tiempo, opuestamente, pergeñar esquemas disuasivos, de desincentivos, contenciones y frenos. Distribuir coherente y equilibradamente premios a fin de estimular conductas virtuosas, y castigos para disuadir comportamientos maliciosos o aviesos. Se trata de encausar desde el modelo legal -y en línea con los avances que se trasuntan en la legislación comparada-, una cultura diferente y superadora, imprescindible para el logro de las finalidades del proceso civil.

CAPÍTULO VIII

SENDEROS ENTRE LENGUAJE Y PROCESO

Por Víctor Trionfetti (*276)

*...nuestro lenguaje
no precede a nuestro
conocimiento del mundo,
sino que cojea detrás.*
Fritz Mauthner

Sumario: 1. Introducción. 2. ~~Lenguaje claro~~ y comprensión. 3. Las capas del lenguaje y el proceso. 4. El proceso, una lucha de significados. 5. Lo extraverbal. ¡Vaya! 6. Oralidad y entonación. 7. Una escalera hacia el silencio. Entre la aseveración y la fe. 8. Los discursos del orden. ¿La “verdad” reside en la última palabra? 9. Enunciado y garantía de enunciación. 10. ~~Conclusión~~.

1. Introducción.

Este trabajo intenta bocetar algunas relaciones entre los términos “lenguaje” y “proceso”, y también procura hacerlo sin pretensiones totalizantes, esencialistas o a-históricas. En todo caso, en este ensayo –nunca más exacta la palabra- retomo ciertos temas que abordé hace unos años en relación con el proceso, la sentencia y la palabra²⁷⁷. Ahora y sobre el eje de la palabra, que también es silencio, presencia, historia, cuerpo, biografía, sociedad, compromiso, emoción y deseo, procuro exponer otras relaciones entre el lenguaje y el proceso civil en el ámbito nacional. Desde ese lugar cuestiono determinados aspectos de la agenda actual de la doctrina en materia de comunicación o usos del lenguaje en el proceso. Para emprender esta tarea, tengo como guía lo que denomino garantía de enunciación.

Examinar el lenguaje es un gran desafío y todo lo que sigue, debo aclararlo desde el inicio, siempre es una pequeña reflexión ante lo ya dicho; desde Platón a Chomsky, para dar un rango arbitrario, se han ocupado del tema filósofos, científicos -en un campo que va desde las neurociencias a las matemáticas-, y también grandes escritores han polemizado, ironizado o jugado con el idioma. Hago esta aclaración, pues además de buscar indulgencia en los lectores, deseo dejar en claro que el lenguaje y su consideración (metalenguaje), aun ante tamaños antecedentes, siempre es patrimonio de todo ser humano y todos y todas tienen derecho a reflexionar sobre eso que Wittgenstein con acierto llamó una *forma de vida*. En cuanto al proceso judicial, parecería ser un ámbito más accesible que el del lenguaje, pero la experiencia indica que también tiene sus acantilados.

Este trabajo halla su inspiración en lecturas y experiencias diversas, aunque son los sustantivos aportes de Mijaíl M. Bajtín al campo del lenguaje y del discurso los que mayormente influyen sobre las páginas que siguen. Bajo esa orientación

*276 Profesor adjunto regular de Derecho Procesal Facultad de Derecho (UBA). Profesor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE). Ex. Profesor Titular de Derecho Procesal Civil I y II en la Universidad Torcuato Di Tella. Juez Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Maestría en Magistratura en la Universidad Nacional de La Matanza. Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

²⁷⁷ Trionfetti, Víctor; *Proceso, sentencia y palabra*; Revista de Derecho Procesal, Santa Fe, Año 2007, N° 2 - Pág. 75.

desarrollo algunas reflexiones sobre las posibles relaciones entre lenguaje y comprensión, donde la cuestión ética y el principio de intermediación están en el centro de la parte vital de esa obra humana que denominamos proceso judicial.

2. ~~Lenguaje claro~~ y comprensión.

Comenzaré con una impugnación. En el subtítulo de este acápite, como se puede advertir, un término aparece bajo tachadura, otro, subrayado. Tal procedimiento permite evocar el concepto de ~~lenguaje claro~~ y, al mismo tiempo, rechazarlo. El recurso gráfico carece de toda originalidad: ha sido utilizado por Heidegger y por Derrida. Su utilidad, retórica pero también deconstructiva, resulta de emplear la tachadura para hacer transparente desde el comienzo mi desacuerdo con este nuevo ornamento, este adorno denominado lenguaje claro, que ahora viene a establecer una nueva capa de opacidad al problema fundamental del derecho procesal: la garantía de enunciación. Y aquella transparencia se hace con énfasis no solo en el signo, sino también en lo significado y, al quedar suspendida la interpretación de la frase por una suerte de paradoja provocada por la tachadura, la situación oficia desde lo comunicacional –este es un ensayo sobre lenguaje, no lo olvidemos- en una forma que considero eficiente y eficaz, aun siendo heterodoxa.

Bajo el procedimiento de la tachadura, de hacer ilegible lo legible y, al mismo tiempo, mantener legible lo anulado, se logra mantener la vigencia y tensión en dos momentos, y así es posible llamar la atención de lo que puede estar naturalizado. Al exhibir, a través de una incoherencia no resuelta, de una aparente contradicción, de una incomodidad en el decir y no hacer, y en el hacer, y no decir, se puede desarrollar un estado de alerta para no dar por bueno lo que se considera políticamente correcto, lo que se sedimenta por el solo hecho de su puesta en escena repetitiva. Hay con esta metodología que propongo, una suerte de aplazamiento de lo que se entiende por conclusión. De exhibir que lo transparente no necesariamente es legible. Porque hay una demanda permanente e infantil de concluir, de hacer síntesis. ¿Y si no es necesario una síntesis, una conclusión? ¿Y sí simplemente lo interesante es ver la tensión entre relaciones, sus aporías, sus difíciles contornos? Creo que lo importante no se resuelve sellándolo, sino estableciendo un territorio de dudas que inciten a nuevas exploraciones, a nuevas reflexiones. La repetición es siempre una especie de embalsamamiento. Debemos eludir esa trampa.

No hay acuerdo acerca de qué es el lenguaje. Existen marcadas diferencias y perspectivas entre lingüistas, cientificistas sociales, filósofos, etc. Por ejemplo, mientras Saussure concibe la relación signo-significante como estructurante de la lengua (sistema de signos) desde una perspectiva semiótica²⁷⁸, otros, como Bajtín, consideran que son los conceptos de enunciado, de lo extraverbal y los géneros discursivos los que otorga capacidad significativa al lenguaje. En la misma línea de comparación vemos un gran contraste entre la concepción del lenguaje en Charles Sanders Peirce frente a otros pensadores que formalizan el lenguaje hacia la lógica proposicional o lo tratan desde el campo de las neurociencias; inclusive un reconocido filósofo del lenguaje como Wittgenstein, ha pasado por crisis relevantes

²⁷⁸ La semiótica, según Benveniste, tiene la función de significar, funda la realidad de la lengua, pero no se orienta a su aplicación particular; por su parte la semántica tiene la función de comunicar y se refiere al uso y acción de la lengua, con su capacidad mediadora entre hombre y hombre, entre el hombre y el mundo. Lo semiótico y lo semántico son modos de significancia que se combinan, pero el mundo de lo semántico tiene su principal escenario en el mundo de la enunciación y del discurso. Ver. BENVENISTE, Émile -*Problemas de Lingüística General II*, Siglo XXI Editores, México, 2004, pág. 228 y sgtes.

y cismáticas, para terminar, asumiendo una nueva y radical postura respecto a su posición original. Muchas de las actuales polémicas están presentes en el *Teeteo* y el *Cratilo* de Platón, en *Alicia a través del espejo* de Lewis Carroll o en los relatos de Jorge Luis Borges como *Funes el Memorioso*, *El idioma analítico de John Wilkins* o *Pierre Menard, el autor del Quijote* para citar solo algunos de los cuentos o ensayos donde lo lingüístico y discursivo están presente en lo que se conoce como ficción.

Pronto y aquí, entonces, debo prevenirlos. Es un lugar común decir que un tema excede el propósito de determinado trabajo, voy a incurrir gustoso en ese lugar común, porque verdaderamente el tema del lenguaje es demasiado vasto para exponerlo en esta obra y, fundamentalmente, porque excede mis competencias en la materia.

Con las prevenciones que preceden, se explica que resulte difícil y esquivo establecer la dimensión del lenguaje en el proceso, su lugar de producción, sus autores, sus lectores, qué auditorios son los convocados a ser espectadores o artífices de discursos en o sobre el proceso.²⁷⁹ Inercialmente se tiende a ubicar el lenguaje del proceso en las resoluciones judiciales soslayando el que realizan los abogados y abogadas, los peritos, y otros intervinientes, como pueden ser los asesores tutelares, curadores, *amicus curiae*, síndicos, etc. Pero, además, si estos últimos lenguajes aparecen, lo hacen traducidos, reinterpretados, extrapolados generalmente en las sentencias de tribunales de revisión, que también traducen, con habitual laconismo y pérdidas, lo que otros dijeron. En rigor, todos y cada uno de esos “discursos” en verdad son enunciados, que integran un género discursivo único, el discurso del proceso.

Ese discurso, el procesal, también arrastra cuestiones que no emergen fácilmente, que ni siquiera alcanzan el umbral del vestigio, mucho menos ante tribunales de revisión. Así los silencios, los tonos y climas de las audiencias, aun ante el registro audiovisual –de escaso y mal uso- quedan sin la debida posibilidad de evocación y, por lo tanto, sin posibilidad de valoración.

A esto podemos agregar el tratamiento superficial que intenta darse al tema del lenguaje en seminarios y ensayos con el mantra del ~~lenguaje claro~~. Como intento exhibir, el lenguaje y todo lo que es comunicación humana trasciende el tema de la escritura, adonde generalmente remiten los apóstoles del ~~lenguaje claro~~, donde todo parece reducirse a eliminar los latinismos, no escribir demasiadas oraciones subordinadas, usar párrafos breves, aniquilar los gerundios, desterrar la voz pasiva y reducir complicadas relaciones jurídicas a un vocabulario que, con la intención de ser inteligible, termina por subestimar al justiciable desde una posición de altivez, y se convierte en una suerte de *mansplanig* jurídico, donde un poder que se asume como tolerante y paternalista se esfuerza por derramar significados escolares.

3. Las capas del lenguaje y el proceso.

¿Qué prácticas discursivas convergen en el proceso? ¿Qué discursos eluden o no logran germinar en el proceso judicial? ¿Todas las conflictividades, todas las nervaduras de lo social en pugna, en crisis, logran aparecer en un proceso judicial? ¿Existen voces, auditorios, en fin, personas humanas postergadas, silenciadas,

²⁷⁹ Por ejemplo, una nota a fallo, un artículo periodístico sobre una decisión judicial o este mismo trabajo son discursos sobre el proceso, cada uno con sus propias normatividades y reglas, pero no son el discurso en y del proceso.

subalternizadas que no encuentra su voz en el proceso? Y en todo caso, ¿cuánto de traducción, de interfaz, de desviación, de modulación sufren esos discursos originales en el proceso al ser cribados por la técnica, la formalidad, los esquemas postulatorios y hasta por el número de páginas exigidas? ¿El proceso tiene un género discursivo propio o recepta otra clase de géneros?

Estos interrogantes hacen evidente la multiplicidad de ángulos desde lo que puede establecerse una relación entre lenguaje y proceso y una primera relación de parentesco puede sostenerse al concebir al lenguaje y al proceso como territorios de conciliación y conflicto.

Sin embargo, no todo conflicto intersubjetivo, individual o colectivo²⁸⁰, emerge en el proceso. Tampoco todo ser humano que “accede” a un tribunal encuentra su espacio de enunciación. Esto no solo es un problema lingüístico o epistémico, ante todo es un problema ético, pues los problemas del lenguaje en el proceso no pasan solo por la simplificación de remitir a los problemas del lenguaje dentro de los cotos de vaguedad, ambigüedad y textura abierta. Además de esa dimensión hermenéutica, también hay distancia, violencia, desinterés y silencio. Entonces, la cuestión ética no es “algo más”, es “ante todo”. Y la cuestión ética en el proceso se pone en valor a través de múltiples dimensiones, tanto por los abogados que litigan, por los magistrados que conocen y deciden, y por los demás intervinientes. Que una persona tenga su día en una corte de justicia es ante todo la puesta en valor de un modelo de civilización y menos una forma.

Así podemos ver, en primer término, que hay personas humanas cuyo conflicto no logra ingresar en un proceso judicial; y ello responde a un estado de cosas, donde quizá ese conflicto no se perciba por el sistema judicial como jurídicamente relevante, o porque se trata de grupos o personas subalternizadas cuya estancia en el mundo ha sido naturalizada y no tienen posibilidad de construir un espacio de enunciación para comunicarse con las instituciones y éstas, a su vez, rechazan por diferentes motivos esa clase de discursos, es decir, aquellos discursos que lograrían establecer una posición jurídica protegida. La historia da cuenta de estas luchas y silencios, así los pueblos originarios, las mujeres, el trabajador en relación de dependencia, los adultos mayores, las niñas, niños y adolescentes, las personas trans, los migrantes, etc., han tenido y tienen gran dificultad para que su posición en el mundo resulte jurídicamente reconocida como vulnerable y protegida en consecuencia.

También debe considerarse que es común que quien acude a un abogado, lo hace desde deseos y visiones que no necesariamente pueden encuadrarse jurídicamente, inclusive, esas intenciones pueden ser antijurídicas o no relevantes para el derecho; y cabe al abogado o abogada dar forma jurídica a los deseos del cliente en donde el discurso original tendrá pérdidas, alteraciones, adoptará nuevas formas y tonos. Esto puede suceder, en primer término, por lo que Guasp ha denominado aspecto sociológico de la pretensión²⁸¹ la que debe hallar su rostro jurídico para transformar los deseos que porta de origen en consecuencias jurídicas a

²⁸⁰ Lo que es conflicto individual o colectivo es algo relativo, depende de las estadísticas, de nuevas miradas sobre los bienes jurídicos, de ciertas vulnerabilidades, de la educación y del acceso a la justicia.

²⁸¹ GUASP, Jaime -*Estudios Jurídicos*. Edición al cuidado de Pedro Aragoneses. Editorial Civitas SA. España. 1996. También puede verse, MORA, Ángela R. -*La pretensión procesal de amparo*, LALEY AR/DOC/2717/2020LL.

solicitar ante un tribunal. Aquí, más que la alternativa entre sesgo o enriquecimiento del discurso original, hay adaptación estratégica, y en esta etapa aparece una nueva capa discursiva que responde a requisitos jurídicos de “traducción” a cuestiones inherentes a los juegos del lenguaje y de los auditorios del proceso; estos cambios se incorporan para dotar de posibilidad de éxito a la pretensión original (sociológica) ante un tribunal.

A ese discurso original, además de argumentos legales, se agregan insumos probatorios destinados a la incorporación de enunciados que provendrán de las declaraciones de testigos, de los informes, de las pericias, pero también de las conductas de las partes y de lo que el juez o jueza pregunte, inquiera, solicite, emplace, etc. En el proceso los enunciados son afirmativos, de control, postulatorios y de ordenación. En este punto, podemos tener en claro que el lenguaje en el proceso se desarrolla sobre lo que podemos denominar intertextualidad, y el aspecto ético de la intertextualidad debería ser el diálogo.

El carácter dual y bilateral del proceso hace posible una nueva capa discursiva (contestación de demanda), y una probable nueva versión germina en forma especular a la capa discursiva original, ya sedimentadas (preclusión), pero lo hace, generalmente, en forma refutatoria, impugnatoria y de resistencia al sentido y significantes de las capas discursivas ya alumbradas en el proceso, esta capa viene a poner matices al proceso y da sentido al desarrollo de nuevas actividades procesales (pedidos de explicaciones, discurso probatorio, alegatos, etc.).

4. El proceso, una lucha de significados.

Como se aprecia, el proceso resulta ser un escenario interdiscursivo, y aunque se intente su simplificación denominándolo discurso jurídico procesal o lenguaje procesal, lo cierto es que conviven allí, en puja y tensión permanente, distintas líneas semiológicas; algunas fluyen por la superficie, otras soterradamente como estrategias, como presentimientos, como opiniones no anunciadas, como expectativas de éxito, de ganancia económica, de alivio, de prestigio, etc.

Como todo lenguaje, el del proceso, además de ser un medio/código compartido, también es especialmente un lugar en conflicto pues los diferentes discursos buscan establecer significados destinados a clausurar el debate a través de las distintas decisiones intermedias y definitivas; todos discursos estos, inclusive el del propio juez, que buscan dar solución de continuidad a los significados en disputa para, así, concluir la contienda, al menos desde el aspecto jurisdiccional. El proceso corona su faz cognitiva, con una clausura de sentido: la sentencia. Esto no evita posibles nuevas disputas de sentido a través de las vías recursivas, aclaraciones o durante la ejecución de la sentencia. Por fin, la disputa de sentido halla su estabilización en la cosa juzgada.

Es interesante el efecto de la cosa juzgada sobre los aspectos enunciativos del proceso: evita que continúen y que se reproduzcan los que se realizaron o pudieron realizarse en un proceso determinado. De todas maneras, esta clausura que provoca la cosa juzgada sobre el discurso procesal es relativa, y se halla redefinida ante situaciones de cosa juzgada formal, cosa juzgada írrita, sistema de litigación *op in/op out*, *secundum eventum litis* o *secundum eventum probatione* y, también, en materia de declaración de incapacidad, para dar solo algunos ejemplos en donde la

cosa juzgada puede resultar redefinida. Inclusive no hay cosa juzgada si la sociedad no la acepta: *Roma locuta causa finita*.

Tampoco esa lucha de significados y cuyo escenario es lo interdiscursivo se agota en el simplificado campo de lo que se denomina argumentación. Es cierto que todo proceso civil está imbuido de una exigencia de fundamentación, hay cargas y deberes en ese sentido: la cosa demandada designada con exactitud, las peticiones en términos claros y positivos, los reconocimientos o negaciones en forma categórica, los pedidos de explicaciones a las partes o peritos, la necesidad de razón de los dichos de los testigos, los fundamentos en las resoluciones, el recurso de aclaratoria, etc. No obstante, el proceso no se reduce a lo argumentado o no argumentado, también resultan relevantes determinadas conductas transversales a las instancias argumentativas como son los deberes de colaboración, de lealtad y buena fe y los jueces debe neutralizar el abuso en y del proceso (cfr. art. 10, CCyCN). La conducta oficia de argumento por sí misma.

5. Lo extraverbal. ¡Vaya!

Es necesario dar cuenta de un aspecto que no parecería ser lingüístico, pero que sin embargo forma parte de la comunicación, es lo que Bajtín denomina situación extraverbal.²⁸² Este tema es una de las razones por las que considero superficial la cuestión del ~~lenguaje claro~~. Procuraré explicar esto, pero antes resulta oportuno hacer algunas precisiones sobre la mirada de Bajtín sobre la palabra.

El pensamiento de Bajtín resulta en extremo interesante para comprender el lenguaje en el proceso. En este punto intentaré dar una interpretación de lo que el filósofo ruso plantea respecto del “método formal” y sus aporías extrapolando, por mi parte, lo que el autor predica sobre la obra literaria por lo que entiendo puede aplicarse al proceso. En este sentido, Bajtín considera al método formal como aquel que da prioridad a la estructura de una obra -nosotros decimos proceso- en cuanto objeto, sin importar la psique individual del creador o el receptor (las partes, el juez, la comunidad). Ese método formal termina generando una fetichización del proceso en cuanto objeto de estudio, despojándolo de su sentido histórico y su contexto, tratándolo atemporalmente. Esa claudicación esencialista nos imposibilita entender que cada proceso, y el tipo de lenguaje que allí se produce, no pueden ser escindidos ni comprendidos independientemente de la situación social que los produce. Por tal razón, ni el punto de vista formal, ni el punto de vista sociológico resultan por sí mismos suficientes, ya que ellos solo son una parte de una totalidad más profunda.

Según Bajtín es la vida la que completa a la palabra, la que no puede ser separada de la vida misma sin que pierda su sentido.²⁸³ Por ejemplo, cuando decimos “es mentira”, “es verdad”, “no había que decirlo”, etc., tales valoraciones, sin importar qué criterio las dirige –ético, cognoscitivo, político u otro-, comprenden y desbordan lo que se halla en el aspecto estrictamente verbal o lingüístico del enunciado: “*junto con la palabra abordan también la situación extraverbal de la enunciación*”.²⁸⁴ Según Bajtín, tales juicios y valoraciones se refieren a una cierta totalidad en la cual la palabra directamente entra en contacto con el acontecimiento

²⁸² BAJTIN, Mijail M. -*La palabra en la vida y en la poesía. Hacia una poética sociológica*, en “Hacia una filosofía del acto ético. De los borradores y otros escritos”; Antrhopos; España, 1997, pág. 106 y sgtes.

²⁸³ *Ibidem*, pág. 113.

²⁸⁴ *Ibidem*.

de la vida y se funde con él en una unidad indisoluble. Y enfatiza, y debe ser destacado: “*La palabra tomada aisladamente, como fenómeno puramente lingüístico, no puede ser verdadera, ni falsa, ni atrevida ni tímida*”.²⁸⁵

Determinadas palabras pueden carecer de sentido para quien las escuche si no conoce el contexto extraverbal al cual aquéllas se hallan conectadas, pues aun considerando los aspectos fonéticos, morfológicos y sintácticos de la palabra *x*, no podemos acercarnos en lo más mínimo hacia la comprensión del sentido global de una conversación. En este punto Bajtín, describe como ejemplo a dos personas que se encuentran en una habitación. Están calladas. Una de ellas dice: “¡Vaya!”. La otra no contesta nada. Bajtín dice que, para nosotros, que no nos encontrábamos en la habitación en el instante de la conversación, esa charla resulta absolutamente incomprensible. Luego, con magistral profundidad, Bajtín procede a demostrar la diferencia entre considerar “vaya” en forma aislada, y, por lo tanto, como una palabra vacía y desprovista de sentido o, en cambio, comprender esa expresión al conocer su contexto; como nos enseña el autor citado, esa palabra está llena de sentido, es conclusiva e importante en tal conversación. Tengamos en cuenta entonces que oír (o leer) no importa por sí mismo comprender.

Para encontrar el sentido de la palabra “vaya” nos falta algo, dice Bajtín. Nos falta el contexto extraverbal y señala que ese contexto se compone de tres momentos: 1) un horizonte espacial compartido por ambos hablantes, en el caso, la unidad de lo visible: el cuarto, una ventana, etc.; 2) el conocimiento y comprensión común de la situación, que es compartido y; 3) una valoración compartida por las dos personas de la situación en la que están inmersos.

“En el momento de la conversación *ambos* interlocutores *miraron* por la ventana y *vieron* que empezaba a nevar; los dos saben que ya es el mes de mayo y que hace mucho tiempo tenía que haber empezado la primavera; finalmente, a *los dos* el invierno tan prolongado les resulta molesto; *ambos* esperan la primavera y la nevada extemporánea *entristece a los dos*. *La enunciación se apoya directamente* en todo esto: en lo *visto conjuntamente* (los copos de nieve tras la ventana); en lo *sabido conjuntamente* (el mes de mayo), y en lo *conjuntamente evaluado* (el invierno retrasado, el deseo de que llegue la primavera); todo esto es abarcado por el sentido vivo, aparece absorbido por él, y, sin embargo, no está expresado verbalmente, no se ha dicho. Los copos de nieve están tras la ventana; la fecha, en la hoja del calendario, la valoración, en la psique del hablante, pero todo ello aparece comprendido por la palabra “vaya”.²⁸⁶

Al elucidar los sobreentendidos, al conocer el horizonte espacial y semántico compartido de los hablantes, comprendemos también el sentido global del enunciado, inclusive encontramos explicación a su entonación. Permítaseme aquí una digresión y una pregunta que considero impostergable: ¿Cómo no relacionar todo esto con la inmediatez en el proceso? Creo que es inevitable este interrogante, que es éticamente imprescindible manifestarlo, y esto necesariamente sirve para confirmar algunas cuestiones que marcan la labor de los jueces, donde no todo es decisión, sino, ante todo, presencia y comprensión. El ejemplo de Bajtín también nos permite ver lo banal que es esto del ~~lenguaje claro~~, y de la ausencia de profundidad con la que damos la bienvenida a las modas que nos invaden. ¿Dónde ubicar lo extraverbal en el ~~coaching del lenguaje claro~~? Imposible hacerlo, ¿no?

²⁸⁵ *Ibíd.*

²⁸⁶ *Ibíd.*, pág. 114.

Bajtín se pregunta cómo relacionar la situación extraverbal con la palabra, es decir, lo no dicho con lo dicho. Porque por sí misma la palabra “vaya” está muy lejos de reflejar la situación extraverbal, pero hay un hilo que une esas dos dimensiones. Extrapolemos esto a una demanda de *mobbing*, o de mala praxis durante un parto donde se reclama daño moral, o un tema que puede parecer menor, como un caso de ruidos molestos, para dar unos pocos ejemplos. ¿Pueden dar cuenta las palabras de todo un mundo extraverbal detrás de esas cuestiones? Palabras que, además de estar en blanco y negro, son una traducción de alguien, el abogado o abogada que, por cuestiones de oficio, generalmente formatea todo bajo un patrón serializado de términos al que se llama “jurídico”. En esos contextos aparecen varios problemas; uno es un tema de relato ritualizado que obtura muchas veces lo extraverbal; otro, es el desafío para el juez de cómo valorar en su caso los daños extrapatrimoniales, las vivencias y padecimientos en cada uno de estos casos sin sucumbir en la excusa de la ritualidad. El rito facilita hacer sentencias, pero no justicia.

Nos dice Bajtín que la palabra está lejos de reflejar la situación extraverbal, pues como vimos, “vaya” no refleja la situación extraverbal, sino que la *resuelve*. “Vaya” oficia como clausura, como síntesis valorativa, pero no informa. En este punto, Bajtín nos enseña que la situación extraverbal no es tan sólo la causa externa o mecánica de la enunciación, “*la situación forma parte de la enunciación como la parte integral necesaria de su composición semántica*”.²⁸⁷ Bajtín concluye que un enunciado de la vida real se compone de dos partes; una es la parte realizada verbalmente, la palabra; otra, lo sobreentendido. Este binomio o estructura, nos dice el filósofo ruso, se asemeja al entimema, es decir, aquel juicio donde una de sus premisas no se enuncia, sino que se sobreentiende, por ejemplo, los cretenses son hombres, por lo tanto, son mortales, donde lo sobreentendido es que todos los hombres son mortales.²⁸⁸

Una de las cosas más interesantes respecto de lo sobreentendido es cuando Bajtín dice que esa dimensión remite a lo socialmente compartido, a lo que “nosotros” los hablantes sabemos, vemos, amamos y reconocemos, en lo que estamos unidos, esa sería la parte sobreentendida de una enunciación.²⁸⁹ Si nos situamos en el ámbito del proceso, vemos entonces que constituye un desafío para las partes, para el juez, pero también para la comunidad que tiene el derecho de conocer y controlar la actividad jurisdiccional -dado el carácter republicano de la función jurisdiccional-, lograr acceder a los sobreentendidos que pueden hospedarse o presentarse en un proceso. Quiero decir, entonces, que el proceso debe contener o posibilitar una comunidad de valoraciones que nunca se expresan plenamente en la palabra, salvo que exista un compromiso genuino en la labor del juez de hacer

²⁸⁷ *Ibidem*, pág. 115.

²⁸⁸ Un paralelismo con la expresión “vaya” podemos hallarla en la película *Citizen Kane*, del director Orson Wells. Allí, a través de la críptica palabra “Rosebud” expresada en su lecho de muerte por el protagonista principal, el magnate Kane -representado por Wells-, los espectadores, exclusivos testigos de aquella palabra, son convocados inadvertidamente a la búsqueda de lo extraverbal, de algo que solo se devela al final del film. Interesante, pues al interior de la trama, ningún otro personaje escucha la palabra e ignoran por completo su intensidad evocativa; y es una maravillosa metáfora que la película termine con una escena donde el fuego, oficia de elemento destructivo del sentido de Rosebud, aunque ya todos los espectadores conozcan su significado solo explicado por lo extraverbal.

²⁸⁹ BAJTÍN, op. Cit., pág. 116.

visible, en la medida de lo posible, lo extraverbal.²⁹⁰ Esta situación parece relevante para afianzar determinados principios procesales, porque aquí no solo es imprescindible la intermediación, sino las audiencias y, además, su registro audiovisual (que no debe ser hecho desde la precariedad sino con eficiencia y eficacia técnica, pues hoy en día, no hay excusas para carencias en este punto).

6. Oralidad y entonación.

Una de las ventajas de la palabra hablada sobre la palabra escrita es el de la entonación, pues aun cuando los signos escritos y las reglas gramaticales permiten dar cuenta en la escritura de los énfasis, las asertividades, exclamaciones y preguntas, constituyen precisamente un recurso para intentar reflejar otra dimensión que nunca alcanza a ser completa, siempre porta lo escrito una deficiencia innata pues la palabra hablada se escucha y la palabra escrita siempre es inexorablemente acompañada por el silencio.²⁹¹ Y aun cuando la palabra escrita puede resultar magnífica por la brillantez de la literatura, nunca podría reemplazar el acto singular, único y extraordinario de haber oído la Oración fúnebre de Pericles o el Sermón de la Montaña y, por supuesto, también ser partícipe en ese horizonte temporal y espacial, y de la comunidad de sobreentendidos de cada uno de ellos.

Bajtín señala que es en la entonación donde la valoración encuentra su expresión más pura y sostiene que “la entonación establece un vínculo estrecho entre la palabra y el contexto extraverbal: la entonación viva parece conducir a la palabra más allá de las fronteras verbales”.²⁹² Bajtín ahonda sobre el tema de la entonación pues a través de éste se puede dar cuenta sobre el carácter social del enunciado. Para esto, el filósofo ruso regresa a su ejemplo de la palabra “vaya”.

Bajtín afirma que la palabra “vaya” resulta semánticamente vacua y no logra establecer con su contenido la entonación. Nos explica que cualquier entonación podría ser aplicada a “vaya”, así una entonación jubilosa, una lúgubre, una despectiva, etc. Todo depende del contexto en que esa palabra emerge. En el caso de la situación donde aparece la expresión “vaya”, Bajtín indica el contexto determina la entonación, donde “vaya” es asumida como una palabra de reproche suavizada por una cuota de humor e ironía, es decir, es la situación extraverbal la que transfiere el tono a la palabra “vaya”, ya que no hay otro contexto verbal al cual asirse.²⁹³

Según Bajtín, la entonación solo puede ser comprendida cabalmente a partir de las valoraciones sobreentendidas en un grupo social determinado; según él, la

²⁹⁰ Una de las herramientas fundamentales para acceder a lo extraverbal es el pedido de explicaciones a las partes, y me refiero no solo a requerir esas explicaciones a los abogados, sino a las partes propiamente dichas; y, además, que esa solicitud se realice sin delegación, en forma directa, coloquial y en audiencia debidamente registrada.

²⁹¹ Cuando un texto escrito se lee en voz alta, ya no es el texto escrito el que se presenta sino una interpretación oral de ese texto. Es la diferencia entre escritura y recitación/actuación. Por otro lado, propongo al lector que imagine, para conocer lo extraverbal de la producción de este trabajo que determiné en qué condiciones fue realizado, como estaba vestido, si estaba solo o acompañado, dónde y en qué momentos fue escrito, con qué estado de ánimo, cuántas correcciones se hicieron, etc. Todo ese aspecto extraverbal no está presente en este trabajo. Pero seguramente Ud. podría dar respuestas sobre lo extraverbal si hubiera estado próximo, si compartiéramos un lugar y una experiencia común, y las mismas expectativas sobre lo aquí escrito.

²⁹² BAJTÍN, Op. Cit. pág. 118.

²⁹³ Agrego: ¿qué queda de la entonación, cabildeos, posibilidades de profundizar una respuesta, silencios, etc., en una declaración de testigo delegada en un empleado y mutilada en un acta escrita y leída años después?

entonación siempre se encuentra en el límite entre lo verbal y lo extraverbal, entre lo dicho y lo no dicho, pues mediante la entonación la palabra siempre se relaciona con la vida y es a través de la entonación donde el hablante se relaciona con el oyente.

Otro rasgo relevante de la entonación es que posee mayor capacidad metafórica que las palabras. Para Bajtín, la metáfora entonacional se emparenta fuertemente con la metáfora gestual. Inclusive el citado autor nos advierte que la palabra fue inicialmente gesto, componente de un complejo gesto corporal.

Tengo para mí que Bajtín señala algo que resulta fundamental para comprender el valor de las audiencias, de la presencia continua del juez monitoreando el proceso y de la fidelidad de los registros audiovisuales. Ahora podemos comprender desde otro lugar el valor de una audiencia dirigida por el juez o jueza, el pedido de explicaciones a las partes, el interrogatorio recíproco, los careos, la repregunta, los reconocimientos judiciales con reconstrucción de hechos o donde también declaran testigos, son estos contextos, con toda la dimensión extraverbal que portan un momento de extraordinaria oportunidad para afianzar el conocimiento de caso. También vemos la futilidad del acta escrita que colabora en traicionar toda la vivencia de un acto oral, y solo consigna una serie de “vaya” y ahí se extingue la información. Del mismo modo, podemos advertir las dificultades que tienen los tribunales de revisión para acceder a cuestiones extraverbales, pues habitualmente no están presentes ni en reconocimientos judiciales ni audiencias. De allí el valor del registro audiovisual.

Para Bajtín, en el ejemplo de “vaya”, existe lo que denomina “una metáfora entonacional *pura*”, que en nada traspasa los límites de la entonación; no obstante, en ella dormita, como en una cuna, la potencialidad de una metáfora semántica común. Si se realizara esta posibilidad, la palabra “vaya” se habría desplegado, aproximadamente, en la siguiente expresión metafórica: «¡Ah, qué invierno tan *obstinado, no quiere rendirse*, aunque ya es hora!»). Pero esta posibilidad patente en la entonación no ha sido realizada: el enunciado se ha bastado con una interjección casi vacía semánticamente: “vaya”.²⁹⁴

Las reflexiones de Bajtín resultan fértiles para repensarlas en el ámbito del proceso judicial, permiten sostener la importancia del contacto vivo con el conflicto a través de la intermediación y la oralidad, la necesidad de despojarlo de distancia; pues las situaciones extraverbales del proceso quedan mayormente solapadas si no se despliegan a través del principio de intermediación y de oralidad a través de las energías necesarias para dar cuenta del caso vivo y no de un expediente yermo. Los desafíos de exploración y búsqueda necesarios para el juez y las partes para dar cuenta de lo extraverbal en casos de tenencia, guarda, derecho a la salud, discriminación, acoso laboral, cuantificación del daño extrapatrimonial aparecen como sustantivos.

Pensemos en un caso de acoso a un niño, niña o adolescente a través de redes sociales (*cyberbullyng*), y lo importante que resulta comprender cómo puede ser el “mundo” de un joven o una joven hoy en día, donde parte de su identidad y expectativas se construye a través de las redes sociales, de los perfiles, de los grupos, de los mensajes –no necesariamente simbólicos sino icónicos²⁹⁵–, en fin, pensemos en todo un universo de sobreentendidos (lo extraverbal) que puede

²⁹⁴ BAJTÍN, Op. Cit., pág. 120.

²⁹⁵ Sigo aquí la clasificación de Charles Sanders PEIRCE entre símbolo, ícono e índice.

contribuir a establecer, si se lo comprende, la magnitud de un daño en un ámbito con capacidad exponencial del exhibir o revelar: un abogado o un juez que no tenga acceso a ese universo social, que sean incompetentes para establecer un campo comunicativo con todo lo no dicho y sin habilidades para referenciar los mismos horizontes y valoraciones, resultan incapaces de exhibir en el proceso aspectos importantes de un conflicto, pues ese “mundo” no se encuentra dentro del campo de sus experiencias sociales compartidas pues sus (in)competencias lingüísticas les impiden extraer, apreciar y comunicar lo que puede resultar ser relevante para arribar a una solución justa.

Deberíamos tomar en cuenta las enseñanzas de Bajtín, asumir que la palabra es un evento social, que no está centrada en sí misma como algo abstracto ni puede responder exclusivamente a un sujeto determinado al que se considera en forma subjetiva e insular. Es el sustrato social el que termina insuflando vida a la palabra, la que la hace banal o profunda, cierta o embustera, digna o monstruosa.

Ahora bien, si como establece Bajtín, es la entonación la que “parece bombear la energía de una situación vital a la palabra”²⁹⁶ pues atribuye a todo lo lingüísticamente estable un movimiento histórico y su unicidad, el desafío para el juez será tener la capacidad de comprender, es decir, conocer en sentido epistémico y ético el conflicto humano que debe resolver. Claro está, ese trabajo no depende exclusivamente del juez sino también de la actividad de las partes y de la colaboración y lealtad con la que actúen. En ese escenario, no cabe concebir al “lenguaje” sólo como un conjunto de palabras y gestos, como un simple hablar o escribir, sino como la “*suma de las experiencias humanas*”²⁹⁷.

7. Una escalera hacia el silencio. Entre la aseveración y la fe.

Un delicado aspecto que resulta conveniente abordar se refiere a determinar qué clase de comunicación garantiza el proceso; es decir, si los códigos, canales y mensajes en y a través del proceso logran dar cuenta en toda su dimensión de un conflicto humano con relevancia jurídica. Esto lleva a considerar previamente varias cosas. Primero: saber qué es el lenguaje, pero ya vimos que esto no es sencillo. Otro tanto ocurre con el término comunicación. Del mismo modo, no podemos dejar de señalar que en el proceso –no el ideal, níveo e incontaminado- sino en el de todos los días, los litigantes solo muestran las cartas que pueden asegurar su triunfo o el menor costo para ellos, que hay estrategias de argumentación y exhibición, que existen mecanismos ficcionales, inferenciales, como las presunciones que asignan valor a determinados acontecimientos independientemente de toda constatación empírica sobre las conclusiones, donde la línea “causal” es solo un troquelado de preferencias; del mismo modo, el discurso de los expertos, sobre todo de las ciencias duras, no puede ser estrictamente controlado por quien juzga ya que, precisamente, si hay un perito, es porque el juez no conoce la ciencia o arte por la que se convoca al perito; inclusive hay procedimientos donde intervienen instrumentos de medida, calibración y análisis donde se descuenta que funcionan correctamente, así como protocolos y muestras utilizados que se acepta que están debidamente resguardados o satisfechos (por ejemplo, cadenas de frío, hermeticidad de los envases, transporte apto, etc.).

²⁹⁶ BAJTÍN, Op. Cit., pág. 123.

²⁹⁷ Ver, MAUTHNER, Fritz -*Contribuciones a una crítica del lenguaje*; Harder, Barcelona, 2001, pág. 99.

Damos por seguro innumerables presupuestos, no por razones científicas, sino simplemente por cuestiones de creencia y confianza. Esto es inquietante pero habitual: nadie pide examinar un avión antes de viajar en ese artefacto, ni reclama la exhibición del título y licencia del piloto, o el plan de vuelo, más bien nos importa el menú o la película que puede haber en catálogo. Pero en un proceso judicial el principio es el de la verificación de lo aseverado, aunque los caminos para diluir esa propuesta son numerosos. Entre esos caminos están las inferencias autorizadas legalmente (presunciones), pero también la acriticidad sobre la prueba pericial, la falta de interrogatorio libre a las partes y pedidos de explicaciones –quizá lo más crucial de todo- la fragilidad en el interrogatorio a los testigos, la delegación y la opacidad de los registros escritos de las audiencias. Las inferencias o presunciones pueden ser plausibles bajo determinados requisitos, pero otros solo contribuyen a degradar el debate. No es inusual que un expediente se convierta en un lugar de acumulación de eventos inconexos, repetidos, irrelevantes y de tiempos muertos invisibilizados por la grandilocuencia de las firmas.

A todo lo dicho se suma el estado de la cuestión sobre la que se debate, es decir, aquel estado de cosas referido a cómo, en determinado momento, un tema es concebido y polemizado por la sociedad; sabemos que cuestiones como la responsabilidad de buscadores de Internet, de fertilización asistida o de matrimonio entre personas del mismo sexo, para dar algunos ejemplos nítidos, no se han resuelto de la misma manera siempre y hubo épocas donde no existía una perspectiva aglutinante para darles solución; en determinados momentos tales cuestiones transitan por diferentes formas de decisión. En fin, ninguno de estos elementos debe ser obviado y se deben considerar la posibilidad de los múltiples discursos, tanto internos como transversales al proceso.

¿Por qué ocurre lo señalado en el párrafo precedente? No obedece a una sola causa, pero hay una importante: una cuestión de poder. Según Foucault el discurso se relaciona con el deseo y el poder.²⁹⁸ Para el autor citado, el discurso “no es simplemente lo que manifiesta (o encubre); pues –la historia no deja de enseñarnoslo- el discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno adueñarse”.²⁹⁹

8. Los discursos del orden. ¿La “verdad” reside en la última palabra?

Hay un tema caro a los procesalistas: el de la búsqueda de la verdad. He rechazado siempre esa visión esencialista, mucho más si se pretende buscar una “verdad objetiva”, pues de alcanzarla no habrá nadie para certificarla pues, si no, sería una verdad subjetiva. También resultan recalcitrantes los relativismos a ultranza. Lo que debemos exigir son oportunidades no verdades, allí está el ADN del derecho procesal.

Uno de los temas más interesantes en materia de discurso es asumir que los tribunales que incorrectamente se llaman “superiores” o “supremos” tienen la patente para producir “la verdad”, lo que incluye saber qué es la verdad, algo muy inasible.

²⁹⁸ FOUCAULT, Michel -*El orden del discurso*. Tusquets Editores, Barcelona, 1999, pág. 15.

²⁹⁹ *Ibidem*.

Voy a mostrar una forma estructural de organización judicial, definitivamente naturalizada, donde el discurso institucional lleva en muchos casos a neutralizar el principio de inmediación y todas sus vertientes virtuosas (oralidad, diálogo, pedido de explicaciones, reconocimientos judiciales, etc.), una forma donde intuimos que algo parecido a “la verdad” puede fugarse.

Observemos la siguiente tabla.

C Clase de tribunal/ número de jueces	Sistema de conocimiento	In mediación	Cas o testigo	Sentido de la Sentencia
U nipersonal (1)	Directo	Sí	Con dena	Positiva
C olegiado (3)	Recurso/ind irecto	N o	Con dena	Positiva
C olegiado (5)	Recurso/Ex traordi-nario Local	N o	Con dena	Positiva
C olegiado (5)	Recurso/Ex traordi-nario Federal	N o	Rec haza demanda	Negativa/Ma yoría (3) Minoría a (2)

El ejemplo del cuadro es un caso habitual de la justicia argentina. En el nivel 1, un juez o jueza unipersonal ha tomado contacto con el conflicto, si se trata de un proceso de conocimiento, inclusive de un amparo, en ese proceso se han puesto en valor los principios de inmediación y, con él, los de gestión temprana, audiencia preliminar/vista de causa, monitoreo en la adquisición de la evidencia, pedido de explicaciones a las partes, interrogatorio a los testigos por el juez o jueza, inclusive, pedidos de explicaciones a las partes y, según el proceso, inclusive las partes han alegado. Podemos decir que, desde el punto de vista del discurso, el proceso ha contado con generosos espacios para dar oportunidad a la garantía de enunciación y las partes han tenido oportunidad de ser oídas con las debidas garantías, directamente por quién tiene que conocer y decidir. Aquí hagamos abstracción de la sentencia en cuanto a su acierto o error, concentrémonos en lo discursivo, en el “vaya” de Bajtín.

Luego interviene, por vía de recurso, una cámara; esa intervención es usualmente por medio de una sala. En este caso intervienen, si no se comente la antijuridicidad habitual de resolver solo con dos votos³⁰⁰, tres vocales, es decir, tres jueces. Asumamos que su competencia se abre con un recurso concedido bajo la forma libre y que, por tanto, esos magistrados pueden acceder con cierta generosidad al material de la primera instancia que permite, inclusive, replanteos de prueba denegada, esgrimir hechos nuevos, presentar documentos nuevos, etc. Ahora bien, aquí, seguramente, la intermediación ya ha muerto. Al tribunal de revisión llegan registros, no personas. Si bien el mundo todavía no es un páramo, ahora estamos con

³⁰⁰ Ver, TRIONFETTI, Víctor -*El humo del mal derecho*; Rubinzal Culzoni, on line, 2018, Doctrina.

un problema de registros, de déficits, de la irreproducibilidad de vivencias que dieron origen a valoraciones y sentimientos (recordemos que la voz sentencia deriva de sentir, no de leer). Pero como hemos naturalizado que está bien que esto ocurra, bajo la falacia de sostener que para evitar el error humano es necesaria la revisión ¡ponemos a más humanos! Y ahora aparece un nuevo protagonista: una corte o tribunal superior de provincia o de la Ciudad Autónoma. Esta clase de tribunales, usualmente abren su competencia por vías recursivas extraordinarias, con lo que el material discursivo originario se somete a sesgos importantes pues, en principio, no se consideraran ni cuestiones de hecho o prueba (lo que frecuentemente se omite); en cuanto al principio de inmediación es indudable que aquí no llega con buena señal. Sin embargo, y para seguir con nuestro ejemplo, el tribunal superior confirma la sentencia de cámara.

Aparece un último actor, un actor importante, no porque ejerza la inmediación ni la gestión temprana, ni el diálogo con los frentes, salvo cuando quiere exhibir la preocupación por algún tema de “agenda del tribunal”, entonces fija una audiencia pública, para luego de terminado el acto, volver a clausurar silenciosamente ese mismo tema en otros casos similares a través del art. 280 de CPCCN. Este actor, que es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es importante porque tiene la última palabra jurisdiccional, que no es igual a la última palabra. Para llegar a la Corte Federal, hay que tener suerte y saber contar renglones. Ahora bien, en nuestro ejemplo, ocurre que la Corte –por mayoría de tres votos- revoca la decisión del tribunal superior de la causa, es decir, de la corte local, y hace lugar el recurso, revocando, a través del ejercicio de su competencia positiva, la condena original y, en consecuencia, rechazando la demanda. Aquí doy por conocidos muchos sobrentendidos, por ejemplo, que todo esto ocurre según los tiempos, es decir, sin plazos como trabaja la Corte Federal.

¿Qué tenemos desde el punto de vista del discurso? Bueno, ante todo vemos que a pesar de que once jueces o juezas de diferentes instancias se han pronunciado en un sentido, inclusive dos colegas de los jueces que hacen mayoría en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tres jueces en el último peldaño de la estructura organizacional recursiva deciden lo que es correcto. ¿Son más sabios los discursos de estos tres jueces, portan alguna clase de piedra de toque, de eje diamantino, de luz esclarecedora, de infalibilidad intrínseca a la debemos rendir pleitesía? No. Simplemente, nos hallamos ante una estructura que define el montaje de los discursos y asigna valor según el poder y no según el conocimiento probable del caso. ¿Y la inmediación? Búsquela Ud., por favor.

Lo que conocemos como “jurisprudencia” presenta, debido a los troquelados narrativos y pérdidas de rastro de lo extraverbal, problemas de lenguaje; los discursos no quedan sedimentados desde la instancia originaria hasta su “solución” en instancias extraordinarias, donde el caso se resuelve sin exhibición y relato pormenorizado de todos sus avatares, más bien lo que queda es una “sentencia” que supuestamente exhibe el caso, pero que puede llegar a mostrar más penumbra que claridad. Sin embargo, no hay ninguna duda que esos tres jueces de nuestro ejemplo, al revocar la decisión del tribunal superior de la causa se encuentran con la posibilidad de utilizar de manera impecable las reglas del idioma castellano, usar palabras sencillas, oraciones simples, y párrafos cortos. Es decir, ~~lenguaje claro~~.

Lo dicho torna necesario discutir ampliamente la organización judicial en múltiples instancias por alguna de estas razones: a) la gran demora que provocan en

la conclusión del proceso sin que termine de precisarse cuánto de racional y de necesidad existe en la intervención de otras instancias; b) la actividad de otras instancias obedece muchas veces más a que la “vía está ahí” y solo se busca otra posible interpretación (mera discrepancia), pero sin que existan yerros groseros en la valoración de la prueba, la fijación de los hechos o la aplicación del derecho, c) el deterioro en la labor de los tribunales de revisión pues existe el real “acuerdo” que prevé el CPCCN, es decir, una discusión directa y robusta entre los integrantes del tribunal y solo “circulación de proyectos; y con frecuencia, basta que firmen dos vocales para dar por válida una solución donde falta un enunciado que, aunque sea en disidencia, traduce una forma de enriquecer la jurisprudencia y la lectura del sistema jurídico, pues parece insensato que haya un cargo de juez pagado por el erario público que no tenga voz³⁰¹; d) la incoherencia entre oralidad y revisión que no termina por armonizar sistémicamente; e) la asunción de los tribunales de revisión del ejercicio de la superintendencia que conspira contra la independencia interna del poder judicial y que, además, establece un labor para la cual ya existe un órgano constitucional como es el Consejo de la Magistratura, por lo que se termina desviando de la agenda estrictamente jurisdiccional la labor de cámaras y cortes. En definitiva, el tema de la organización judicial también es un tema de lenguaje, de garantía de enunciación.

Con la concepción/placebo de la revisión creemos que los humanos que revisan pueden ser más sabios, que tienen más tiempo (¡?), etc. Es posible que, si varias personas controlan una misma situación, el procedimiento resulte plausible como pauta de control. ¿Pero los tribunales de revisión controlan “la misma situación”? Por vía de troquelar las posibilidades de los enunciados discursivos, de la pérdida de lo extraverbal, de las aliteraciones, sesgos, desvíos en la formación de mayorías, etc. no parece que esto ocurra; al menos debemos tener extremo cuidado en sostener que la sucesión de recursos logre controlar “la misma situación”, ya que a medida que los recursos avanzan en su desarrollo sobre diferentes instancias, hay tanto una concentración de tópicos como una desagregación de cuestiones. Esto no es ni malo ni bueno, es solo un dato para evitar asumir una visión totalizante de la labor de control por vía de recursos. Pero una cosa cierta: a más instancias, mayor distancia con el conflicto original y más proximidad a papeles o documentos electrónicos. Desde esta perspectiva, ensanchar la capacidad enunciativa en primera instancia facilitaría la labor organizacional y diluiría la carga de trabajo de los tribunales de revisión.

9. Enunciado y garantía de enunciación.

Para entender qué es un enunciado y su diferencia con otros conceptos, también Bajtín resulta de imprescindible consideración, y en su clásico trabajo *El problema de los géneros discursivos* se hallan inmejorables herramientas para construir una noción acerca de la garantía de enunciación.

Bajtín considera al enunciado como la unidad de la comunicación discursiva y establece una diferenciación entre enunciado y oración.³⁰² El enunciado es la unidad de la comunicación discursiva pues, según Bajtín, el discurso siempre está

³⁰¹ Es insensato querer enriquecer el debate con *amicus curiae* y, simultáneamente, empobrecerlo con esta metodología de votación de solo dos votos en salas compuestas por tres vocales, siempre bajo la excusa de que hay mayoría y el otro vocal “está en uso de licencia”.

³⁰² BAJTÍN, Mijaíl; *El problema de los géneros discursivos*, en *Estética de la creación verbal*, Siglo XXI Editores Argentina; 2008, Buenos Aires, página 245 y siguientes.

vertido en la forma de enunciados, y cada enunciado, pertenece a un sujeto discursivo determinado y no puede existir fuera de esa forma. Lo más relevante para aplicar en materia procesal es cuando Bajtín indica que “las fronteras de cada enunciado como unidad de la comunicación discursiva se determinan por *el cambio de los sujetos discursivos*, es decir, por la alternación de los hablantes”³⁰³.

La garantía de enunciación, entonces, debe preservar un equilibrio en la participación y alternancia de los sujetos de cada enunciado procesal, y ello lo vemos claramente con las notificaciones, vistas, traslados; pero también con las potencialidades enunciativas que cada formato procesal ofrece, tanto en el campo y extensión de lo que puede enunciarse, como de su contenido (defensas, excepciones previas, *amicus curiae*, intervención de asesores tutelares, etc.). Pero también la garantía de enunciación se establece en otras dimensiones. Una dimensión muy delicada, es en cómo hacer llegar el enunciado original (pretensión sociológica o defensa) por medio de un enunciado técnico donde este último no percuta negativamente en el primero o, también, en permitir espacios en el proceso para oír al sujeto/parte (persona humana) en forma directa. Un claro ejemplo de lo dicho es el requisito de traductor o intérprete para establecer que el enunciado original pueda tener garantía de comunicación y fidelidad en contenido y sentido. Otros ejemplos son el doble conforme al dar primacía al enunciado de la defensa y cancelar el de la acusación, o la obligación de que el niño, niña o adolescente tenga oportunidad de producir “su” enunciado en cada proceso administrativo o judicial que pueda afectarlo.

También el tema incluye determinar la clase de control que debe atravesar cada enunciado, así, respecto al de las partes, por ejemplo, a través de cargas procesales o normas de conducta (por ejemplo, la carga de no dar respuestas evasivas al contestar demanda o no interrumpir el desarrollo de una audiencia)³⁰⁴; de requisitos para los enunciados de los jueces (fundar las sentencias, producir ese enunciado en un plazo legal, definir contenidos de los enunciados –vgr.: las costas-, etc.), y asimismo la existencia de requisitos respecto de coherencia, consistencia, legalidad y de conducta que se trasladan a cada enunciado. Inclusive en materia de procesos colectivos, la solución que ofrecen herramientas como son las legitimaciones extraordinarias y las exigencias de control sobre la representación adecuada de la clase o grupo, constituyen procedimientos destinados a dar efectividad a la garantía de enunciación. El Código Civil y Comercial de la Nación también establece requisitos para los enunciados de los jueces (art. 3) y exigencias temporales para los enunciados de quien quiera demandar (prescripción y caducidad).

El análisis del proceso a través del enunciado y la garantía de enunciación, en mi opinión, abre un horizonte para enriquecer principios y categorías procesales. También queda subrayada la importancia de la cosa juzgada y su relación con el lenguaje, pues aquella viene a cancelar la enunciación de petionar a las autoridades sobre un particular asunto al consagrar la validez de un último e inamovible enunciado, pero –al mismo tiempo- también se destacan para sostener aquella garantía, la importancia que tienen institutos como la cosa juzgada írrita, cosa juzgada fraudulenta, cosa juzgada formal, etc., que retroalimentan la garantía de

³⁰³ Ídem, pág. 257.

³⁰⁴ Un tema interesante es –a mi modo de ver inconstitucional- el testado de las frases. Pero es para desarrollar en otro ámbito.

enunciación cuando se han privado, desviado o alterado determinados enunciados relevantes al interior del proceso.

10. Conclusión.

Lo mejor que se puede hacer al escribir sobre lenguaje es no concluir, dejar el camino abierto a la polisemia, a nuevos auditorios, a nuevos léxicos, a nuevos mundos. Como expresa Juana de Ibarbourou en su *Elogio a la lengua castellana*, el lenguaje está vivo como un manantial.

CAPITULO IX

SOBRE EL LENGUAJE DE NUESTROS CURIALES

Por Miguel A. Almeyra(*³⁰⁵)

El título escogido para estas páginas, no nos pertenece. Lo hemos tomado en préstamo *de facto*, por su elegancia léxica, de un antiguo trabajo de ese distinguido civilista que fuera don Luis María Rezzónico, que ilustró a generaciones de abogados en materia obligacional y que, con frecuencia, matizaba sus estudios de derecho de fondo, con originalísimas incursiones sobre ese instrumento indispensable de la comunicación que es la palabra cuando era pronunciada o escrita por los hombres de leyes³⁰⁶.

Sin desdeñar contribuciones anteriores a la suya, como las de Alfredo Colmo, Rafael Bielsa, Guillermo Borda y hasta la más que centenaria de don Lisandro Segovia a las que, con justicia, atribuye superlativa autoridad, nuestro autor elegido predicaba con todo acierto que *el lenguaje de los juristas, y desde luego el de las leyes mismas debe ser totalmente propio, preciso, conciso y claro y su comprensión asequible a cualquier lector medianamente culto* y añadía que *el hombre de leyes – legislador, abogado, magistrado judicial- debe procurar tanto más que otro que quiera comunicarse, la precisión y propiedad de su lenguaje, que debe también ser sencillo sin caer en la vulgaridad o la chabacanería ni tampoco en el rebuscamiento o el alambicamiento y el culteranismo*.

Pero también advertía que, infortunadamente y aún, prescindiendo de ciertos defectos que podían disimularse como *peccata minuta*, era por demás visible *la pobreza lexicológica del común de nuestros curiales, que a veces se intenta vanamente disimular con una tonta ampulosidad de frases vacuas y con el injerto de latines mal expresados, peor entendidos o erróneamente aplicados* recordándonos que ya a comienzos del pasado siglo, Lucio V. Mansilla censuraba el habla forense *por difusa, gerundiana, incolora y fastidiosa*³⁰⁷.

Rescatada del olvido la excelente contribución que hemos traído al cruce y que ya nos pone en tema, comencemos por recordar que como bien ha señalado Prieto de Pedro [e]l *derecho solo se manifiesta a través del lenguaje*³⁰⁸ y sentada esta indiscutible premisa, veamos ahora, pues los cultores de la lengua señalan con razón que un rasgo inherente al lenguaje humano es su variedad. Veamos ahora – repetimos- si podemos caracterizar a la palabra del hombre de leyes como la

*³⁰⁵ Profesor Emérito de Derecho Procesal Penal en la facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Exprofesor adjunto consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Exjuez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital federal. Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

³⁰⁶ El trabajo que se menciona de REZZÓNICO, Luis María, se intitula *-De nuevo sobre el lenguaje de nuestros curiales* y aparece publicado en *Jurisprudencia Argentina* 1965-V, 101.

³⁰⁷ En tiempos más modernos nuestra Corte Suprema anulaba una decisión llevada a sus estrados porque su lectura *impide conocer los motivos que llevaron al tribunal a quo a disponer el nuevo sobreseimiento definitivo* y añadía que [a]l uso de términos que no existen en el idioma castellano se agrega una sintaxis que conspira con una clara comprensión de argumentos que, por tanto, no logran fundar mínimamente la nueva resolución (Fallos 315: 856, considerando 7°).

³⁰⁸ PRIETODE PEDRO, Jesús *-Lengua, Lenguaje y Derecho* UNED/Civitas Madrid 1991, pág.144

expresión de un lenguaje común o vulgar, de uno especializado o de lo que ha dado en caracterizarse como un *tecnolecto*³⁰⁹.

La multiplicidad de lenguas que circulan por el universo es, para decirlo en términos procesales, un *hecho notorio* y a ese verdadero babel del habla de la humanidad cabe añadir una indiscutible obviedad: el uso del lenguaje escrito no es regularmente idéntico al del lenguaje oral³¹⁰; y los hombres en general y los de leyes en particular usan, frente y desde el estrado, tanto del uno como del otro, aunque quepa advertir, sin embargo, que ningún proceso oral es totalmente hablado, ni ningún proceso que adhiera al sistema opuesto, prescinde, circunstancialmente, de la oralidad³¹¹.

Esta misma pluralidad en el habla, como no podría ser de otro modo, también se presenta en el ámbito interno de cualquier comunidad organizada donde se descubren con facilidad *comportamientos lingüísticos diferenciados con arreglo a las situaciones comunicativas o a las materias tratadas en cada caso*³¹². Aludir a comportamientos lingüísticos diferenciados sugiere de inmediato que tal distingo lo es, por contraste, con el que hemos llamado lenguaje común o vulgar o si se quiere lenguaje general que es el *que tiene validez en todo el territorio donde se habla ese idioma y que es entendible por todos los que pertenecen a ese grupo lingüístico que es el que se usa para el intercambio de pensamientos de índole general, es decir, sin una orientación específica dada por algún campo del saber*³¹³.

Esos *comportamientos lingüísticos diferenciados* se imponen por la necesidad exigida por razones técnicas o científicas de manejarse en determinados ámbitos con el uso de palabras univocas y el empleo de expresiones globales y abstractas que imponen una terminología y una fraseología propia, fijando así una sintaxis que se proyecta en la estructura de los documentos y en las informaciones que contienen. Y el lenguaje jurídico –como dice Prieto de Pedro³¹⁴– es un lenguaje especial por ese carácter que podríamos llamar *funcional* que le es propio, puesto que con él se pretende la solución de problemas relacionados con la aplicación del derecho y se procura *hacerlo de manera que la solución resulte clara y persuasiva*³¹⁵.

Pero no puede ignorarse que tal especialidad ha impuesto el *uso de un sinnúmero de expresiones jergales que pueblan los discursos y los escritos de los actuales habitantes del Palacio de Justicia con efectos desde luego muy negativos en orden a la estética, pero también [...] y lo que es peor en el terreno de la calidad*

³⁰⁹ El sufijo *lecto* alude genéricamente a lenguaje, por ej. *dialecto*. Y por el neologismo *tecnolecto* – aun sin aceptación académica– se entiende el conjunto de formas de aparición del idioma que sirve para la comunicación especializada entre expertos de las más diversas áreas de la ciencia y de la técnica, de la política y de la cultura (Conf. FEDOR DE DIEGO, Alicia –*Lenguaje común, tecnolecto, terminología* en Actas del Primer Seminario Nacional de Terminología. Universidad Simón Bolívar. Caracas 1984, pág. 16.

³¹⁰ En la oralidad prima la espontaneidad cuando no la informalidad coloquial o el fallido en términos *freudianos*, mientras que la variante escrita del lenguaje reclama el respeto de los dictados de la gramática, la sintaxis y la precisión conceptual fruto, generalmente, del saber y de la reflexión del que escribe.

³¹¹ PALACIO, Lino Enrique –*Derecho Procesal Civil* Cuarta edición actualizada por Carlos Enrique CAMPS. Abeledo-Perrot Buenos Aires 2017 tomo I, pág. 198 con cita de Chioyenda.

³¹² DUARTE, Carlos y MARTÍNEZ, Anna –*El lenguaje jurídico* A-Z Editora, Buenos Aires 1995, pág. 3

³¹³ FEDOR DE DIEGO, Alicia *op. cit.* pág. 15.

³¹⁴ Ob. cit, pág. 143.

³¹⁵ ATIENZA, Manuel –*Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid 2013, pág. 651.

de la comunicación. Tanto que sigue estando justificado hablar de la plena vigencia de ese “hermetismo togado de larga historia” que denuncia Cordero³¹⁶. El lenguaje de la burocracia – predicaba Calamandrei- es una jerga de autómatas perezosos y desalentados, el de la justicia es el idioma humano de la gente sencilla³¹⁷

Veamos ahora que es lo que ocurre con el lenguaje del derecho y en este menester comencemos por el lenguaje del legislador y permítasenos recordar la autorizada voz de Carrió cuando nos dice que *la función social del derecho se vería hoy seriamente comprometida si aquellas estuvieran formuladas de manera tal que solo un grupo muy pequeño de iniciados pudiese comprenderlas* por lo que es legítimo decir que *las normas jurídicas no solo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, tiene que hacerlo*³¹⁸. Pero no obstante ello, ha sido sin duda indispensable la construcción de un lenguaje de contornos más precisos *para alcanzar un mayor rigor expositivo* pues palabras tales como *capacidad, heredero, domicilio, donación*, en el lenguaje de los juristas no significan lo mismo que en el hablar del hombre común que para los hombres de leyes³¹⁹.

Es que por más que el lenguaje legislativo se nutre del lenguaje común, se integra con expresiones léxicas que lo ubican dentro de las que son propias del mundo jurídico cuyo alcance aclaran y definen los académicos, que tampoco pueden renunciar al uso de conceptos que les exige la elaboración de sus doctrinas y que distan de pertenecer al lenguaje que Austin denominó con todo acierto como *ordinario*³²⁰, con el que explicaba sus inquietudes filosóficas.

También en este último ámbito nos enfrentamos con un lenguaje especial pero aquí sus destinatarios son regularmente solo los estudiosos y los estudiantes; y de igual modo lo es en el marco propio en el que se resuelven los conflictos intersubjetivos con significación jurídica es decir: en el proceso judicial y en este terreno hemos de detenernos en el habla de los jueces en sus sentencias, ya no dirigidas a la comunidad toda como lo es el producto del legislador, sino a quienes se han visto obligados a reclamar el ejercicio de la jurisdicción.

Roland Arazi, hace ya algunos años y a propósito del Congreso Iberoamericano de Capacitación Judicial celebrado en Mar del Plata durante el mes de noviembre de 2016, nos recordaba la crónica que a su respecto publicó el diario *La Nación* que textualmente decía *que si los jueces hablaran como redactan sus sentencias poca gente los entendería. A los expedientes los llaman “autos”; a sus páginas “fojas”; a las decisiones “proveídos”; al caso que investigan el “sub judice” o “sub lite”; a los abogados “letrados”; al propio juez el “a quo”. A esta lista podríamos agregar muchos términos más, como decir “ut supra” para referirse a lo que se dijo antes; “fecho” en vez de hecho; “ad quem” para el tribunal superior*

³¹⁶ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés -*Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid 2015, pág.399. El autor aclara en nota que el sintagma pertenece a Franco Cordero y recuerda que el distinguido catedrático italiano –profesor emérito de derecho procesal penal- explica la verdadera clave del hermetismo: “justicia oculta, jueces omnipotentes” y agrega el lenguaje que lo produce: “léxico opaco, jergal, críptico, elusivo y sintaxis tortuosa.

³¹⁷ CALAMANDREI, Piero -*Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1969, pág. 269.

³¹⁸ CARRIÓ, Genaro R. -*Notas sobre derecho y lenguaje*, Primera edición (quinta reimpresión) Abeledo Perrot 1973, pág.37.

³¹⁹ CARRIÓ, Genaro R. op. cit. pág. 39

³²⁰ AUSTIN, J. L. -*Como hacer cosas con palabras*, traducido por Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rapossi. Ediciones Paidós. Barcelona 1982, *passim*

que entenderá en un recurso, y palabras difíciles de entender como “*desinsaculación*”; “*de cuius*”; “*inaudita parte*”; *ad efectum vidende*”; “*brevitatis causa*”; “*ab initio*”; etcétera.³²¹ Y tras atinadas observaciones concluía el distinguido distinguido jurista en cuán lejos están nuestros jueces de la comunidad, pues si ellos hablan por sus sentencias y si estas no son *claras* y concretas y se orientan más que a *la solución del conflicto al lucimiento del juez* por lo que se comprende que según datos estadísticos muy confiables, los *jueces argentinos estén entre los menos confiables de la región*.

Más allá de la vana erudición que convierte al fallo en un trabajo monográfico solo accesible para los entendidos y que muchas veces, como expresión de la personalidad del juez, procura el halago de terceros o de sus propios colegas en el oficio y olvida los intereses de las partes; el uso incorrecto cuando no anfibológico del idioma por parte de nuestros curiales sigue siendo hartamente frecuente. Barbarismos – es decir empleo impropio de una palabra por otra- arcaísmos lingüísticos –que por su desuso pocos o nadie comprenden- y su contrapartida, la afectación y los vulgarismos es decir –como recordaba Rezzónico- obvian los curiales palabras sencillas como *morir, viudo o viuda, enterrar, hospital* y se inclinan por *fallecer, cónyuge supérstite, sepultar y nosocomio*³²², sin olvidar el regularmente innecesario uso del neologismo o el uso impropio de ciertas voces como *detentar* por tener algo con derecho cuando expresa exactamente lo contrario³²³ o *derogar* por *abrogar* que distan de ser sinónimos³²⁴.

Todo esto y algo más, como veremos de inmediato, sigue siendo moneda corriente en los ámbitos forenses. El avance tecnológico ha provocado otra dificultad en la eficacia de la sentencia: su desmesurada (y regularmente innecesaria) extensión³²⁵. Desde Colombia nos confiesa Javier Tamayo Jaramillo³²⁶ que *fue feliz mientras [pudo] entender las decisiones para luego apoyarlas o cuestionarlas* y agrega, *pero hoy me encuentro confundido con fallos de 300 páginas o más que, al final de cuentas no comprendo ni en sus considerandos ni en sus decisiones*³²⁷. Y tras este reconocimiento concluye “las sentencias deben ser cortas, de tal forma que los jueces se vean obligados a no salirse del hilo central de la argumentación. Su propia formación jurídica, su capacidad hermenéutica y argumentativa deben ser lo suficientemente sólidas para convencer al auditorio, como se diría en la teoría de la argumentación. Esos requisitos son necesarios y suficientes, la doctrina puede ser prolija, y lo es por definición, pero la jurisprudencia debe ser elementalmente clara,

³²¹ ARAZI, Roland -*Lenguaje y Proceso* en Revista de derecho procesal -Rubinzal-Culzoni Editores 2007-2 Sentencia I, pág. 9.

³²² Op, y loc.cit, pág. 109 primera columna.

³²³ Silvia PALACIO DE CAEIRO tras recordar el cuidadoso uso que hizo Vélez Sarfield del citado verbo, advierte su uso indebido en el nuevo Código Civil y Comercial. Véase su trabajo intitulado -*Lenguaje en el Código Civil y Comercial y neologismos en las resoluciones judiciales* en La Ley 2017-E, 1345 donde enuncia entre otras expresiones las siguientes: *fondal, sentencial, dirimencia y disconformismo*.

³²⁴ *Derogar una ley* –enseña Bielsa- *es suprimirle algo, abogar una ley es suprimirla totalmente*. Véase; BIELSA, Rafael -*Los conceptos jurídicos y su terminología*, 3ra. edición Ediciones Depalma, Buenos Aires 1993, pág.- 150

³²⁵ Al tiempo de redactar estas líneas se han dado a conocer los fundamentos de la sentencia recaída en el publicitado caso *Luis Chocobar y otros/homicidio* cuya redacción superó las 500 páginas.

³²⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier Vid -*Súplica: ¡que las sentencias sean cortas, coherentes, sin diletancia ni erudición innecesarias*. Consultado en www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso (7 de febrero de 2020).

³²⁷ Bien recuerda ARAZI, en su trabajo citado en nota 318, la Acordada 4/2007 que limita la extensión impuesta por la Corte al escrito de interposición del recurso extraordinario y al de queja y predica con acierto que *sería prudente que también se pudiera reglamentarla extensión de las sentencias*.

precisa y racional. Esa es la forma de construir un precedente que por sí solo se convierta en precedente de los fallos futuros. Lo demás estorba. Se pueden incluir referencias de fallos o de autores, pero sin transcripciones de su contenido, ya que eso le sustrae la fuerza y la convicción al fallo”.

Refiriéndose a los abogados decía con razón don Ángel Osorio que desgraciadamente estaba muy difundida, *la afición a los escritos kilométricos y dedicados en su mayor parte a citar sentencias y más sentencias de todos los tribunales nacionales, y, por añadidura de los de Norteamérica* y añadía: [e]so de invocar la jurisprudencia de los Estados Unidos sin duda “viste mucho” y concluía: [i]gual afición muestran los jueces en sus sentencias³²⁸

Cuando la célebre Corte de Orgaz expuso los fundamentos constitucionales que imponían la obligación de los jueces de fundar sus decisiones, entre otras razones, enunció la imperiosa necesidad de que *los ciudadanos puedan así sentirse mejor juzgados*³²⁹ y este extremo –agregamos de nuestra parte- no es fácil de lograr (si no imposible) si el fallo se expresa con un lenguaje oscuro, opaco, alambicado, pródigo en tecnicismos y sumido en un hermetismo que al par que lo distancia de la comprensión de las partes (los verdaderos interesados), reclama de la *traducción* que puedan recibir de sus abogados. Pero lo cierto es que frente a aquella exigencia que reclamaba nuestro tribunal cimero, prima *un fuerte tono burocrático* y con una marcada tendencia a la hipérbole, en la redacción de los fallos aún que salvando ciertas exigencias que impone el tecnicismo jurídico, pueden redactarse en *un castellano decorosamente aceptable* sin necesidad de *ser traducido al “idioma judicial”*³³⁰.

Guarda por ello razón De la Rúa cuando al referirse a la exigencia constitucional de la *motivación* de los fallos judiciales expresa que [l]os jueces [...] *deben expedirse en lenguaje llano que permita la clara extensión de su pensamiento para que éste pueda ser aquilatado y comprendido aún por los legos* y añade que [s]erá inválida la sentencia cuando, por la oscuridad de los conceptos empleados, no sea posible inferir el pensamiento del juzgador³³¹

Se entiende así que la idea de procurar el uso de un lenguaje llano en el decir de los jueces, que haga fácilmente comprensible el tenor de sus fallos, venga imponiéndose con fuerza, tanto en el mundo del *common law* como en el de raigambre continental europea, desde el último cuarto del siglo pasado³³² y

³²⁸ OSORIO, Ángel -*El alma de la toga* Ediciones Jurídicas Europa y América, Buenos Aires 1971, pág. 147.

³²⁹ CSJN Fallos 236: 27

³³⁰ FRONDIZI, Román Julio -*La sentencia civil Tema y variaciones* LEPO, La Plata 1994, págs..125 y 126.

³³¹ DE LA RÚA, Fernando -*Proceso y Justicia (Temas procesales)* LEA, Buenos Aires 1980, pág. 86.

³³² En rigor esa figura insigne que fuera don Alfredo Colmo –bien recordado por Rezzónico como ya se dijo- ya entrada la tercera década del pasado siglo, con su estilo gramatical tan peculiar, advertía que *el lenguaje forense será preciso i conciso, mas no telegráfico, que suele ser signo de pobreza; será correcto, no trabucado i zurdo, por lo mismo que es lenguaje; será accesible, sin necesidad del esoterismo que lo vuelva de mistagogos; no huirá de lo elegante sin llegar en momento alguno a lo alambicado, que lo haría esotérico en otro sentido; i, por sobre todo, tendrá que ser claro, porque entonces corresponderá a algo fundamentalmente indispensable i que entre nosotros no abunda, a la noción cabal del derecho correspondiente al caso i a un pensamiento dignamente lúcido i hasta superior* (COLMO, Alfredo -*La Justicia* (Obra póstuma) Abeledo –Perrot. Buenos Aires 1957, pág. 168 (conservando la ortografía original y con énfasis añadido).

lentamente está llegando a nuestra magistratura³³³, al compás de una floreciente doctrina³³⁴ que ha acuñado con valor de *principio*³³⁵ al que ha dado en denominarse: *clare loqui* y que debe gobernar no sólo la actuación del sentenciante sino también la de los propios litigantes³³⁶. Pero aquí hemos querido limitarnos al lenguaje de la decisión judicial y en especial a los extremos que la hagan accesible a sus destinatarios postulando –para decirlo en palabras de Néstor L. Guzmán³³⁷ - la necesidad de *establecer criterios más claros acerca de cómo hacer las sentencias, abandonando las sentencias monográficas que llenan páginas y páginas de información irrelevante, que abundan en consideraciones doctrinales y reflexiones tangenciales que poco tienen que ver con la causa en cuestión*³³⁸.

Y esto, felizmente, ha encontrado por fin un principio de consagración legislativa expresa en el orden nacional con la sanción de la ley 27.146 –Ley de organización y competencia de la justicia federal y nacional penal- cuyo art. 6º bajo el título *Simplicidad, desformalización, celeridad e inmediación* en lo que aquí importa transcribir dice así *Todos los actos procesales deben ser claros, concisos e idóneos para procurar la obtención de su objeto.*

El camino se ha abierto en el campo más dramático del ejercicio de la función jurisdiccional³³⁹. El procesalismo civil *lato sensu* –perdósenos el latinismo, fruto de la consabida deformación profesional- tiene ahora la palabra.

³³³ Pueden consultarse los excelentes trabajos de Ariel A. Neuman –*Derecho a comprender. El resultado de la sentencia en lenguaje llano* en La Ley 2017-D, pág. 229 y Guillermo D. GONZÁLEZ ZURRO –*Sentencias en lenguaje claro* en La Ley 2018- F, 1165.

³³⁴ Son de obligada cita los trabajos de Jorge W PEYRANO; entre muchos otros –*Del “clare loqui” (hablar claro) en materia procesal* en La Ley 1992-B, 1159 y *Hablar claro en el proceso (clare loqui)* en La Ley 2013-E, 1264.

³³⁵ Le resta este carácter BARACAT Edgar, en –*Otro principio procesal: clare loqui?* En La Ley 2009- E, 1306

³³⁶ Para MASCOTRA, Mario (*Hablar claro: una carga procesal y un deber jurisdiccional*) la claridad expositiva es un imperativo jurídico que opera como *deber* para la judicatura y como *carga* para las partes conclusión a la que arriba sobre la base de un detenido análisis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al par que en coincidencia con Baracat se inclina por asignarle no la calidad de principio, sino de regla. (Vid El Derecho ejemplar del 4 de mayo de 2015).

³³⁷ Véase GUZMÁN; Néstor L. –*Conflicto y comunicación*, en Jurisprudencia Argentina 2019-I, fasc.2, pág. 3 (el texto interpolado es de pág. 19).

³³⁸ El tono doctoral, la profusión doctrinaria y la más vasta erudición deberán volcarse en ese producto de industria nacional que es la sentencia plenaria, singular combinación con sabor a *common law* y *casación francesa* en el simpático decir de don José María LÓPEZ OLACIREGUI (véase de su autoría –*El voto número veinte en un plenario con desempate* en Jurisprudencia Argentina 1965-VI, 434.

³³⁹ Oigamos a Carnelutti: *Desgraciadamente* –dice el recordado maestro- *la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes* (CARNELUTTI; Francesco –*Las miserias del proceso penal* Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1959, pág.75).

CAPÍTULO X

LA INTERACCIÓN ARGUMENTATIVA EN EL PROCESO CIVIL.

por Alejandro C. Verdaguer^(*340)

Sumario: I. Introducción. II. El lenguaje y el proceso. III. La interacción argumentativa propia del proceso civil. IV. El cambio de roles en la segunda instancia. V. Una particular situación de interacción: el problema de los intereses contrapuestos. VI. Algunas conclusiones.

I. Introducción

Se considera que Protágoras, uno de los primeros sofistas y quien se jactaba de poder convertir el peor argumento en el mejor, es quien desarrolla el primer método antilógico de acuerdo con el cual, sobre cualquier asunto, se pueden presentar dos argumentos opuestos entre sí³⁴¹. Eso, normalmente, es lo que sucede en el proceso. Las partes exponen un conflicto desde puntos de vista distintos (el actor lo hace en la demanda y el demandado al contestarla) y arriban a conclusiones contrarias. Mientras el actor le pide al juez que en la sentencia definitiva admita la pretensión incoada, el demandado sostiene que la única alternativa es su rechazo.

Esa interacción es denominada por la retórica clásica *dialéctica*. Barthes explica que se trata de un arte del discurso viviente (la interacción en la Antigua Grecia era, esencialmente, oral), del discurso entre dos “que tiene por recompensa una victoria que no está predeterminada: es una batalla de silogismos”³⁴². Es importante tener presente que el razonamiento jurídico es eminentemente silogístico. Todo actor sostiene el progreso de la pretensión que articula en base a la existencia de un derecho subjetivo que se configura a partir de la proyección de determinadas normas (premisa mayor) sobre las circunstancias propias del caso que expone (premisa menor). Lo mismo hace el demandado con las defensas que opone. Este último, aunque también puede limitarse a negar los hechos constitutivos (por ejemplo, su participación en la relación causal en un proceso de daños o la existencia de la obligación), y dirá que los denominados hechos extintivos contemplados por el ordenamiento —por ejemplo, el pago, la culpa de la víctima— (premisa mayor) se verifican en la especie (premisa menor).

En la dialéctica, uno de los contrincantes expone su visión de la cuestión (su tesis) y el oponente le responde. La conclusión es enunciada por el maestro que

^{*340} Profesor adjunto ordinario de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

³⁴¹ VEGA REÑÓN, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula -*Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica* p. 194, Madrid. Trotta, 2011.

³⁴² BARTHES, Ronald -*La aventura semiológica* págs.110/111, Barcelona: Paidós.

preside un debate que está minuciosamente reglamentado (la *disputatio*) para evitar que la discusión se descarrie³⁴³. Si reemplazamos a los contrincantes por las partes, al maestro por el juez y a la *disputatio* por el código, tenemos allí las bases de la interacción argumentativa propia del proceso. Ya Cicerón decía que toda controversia contiene una *cuestión*, que es la que el juez debe resolver. Una vez examinado el caso, presentará su discurso (sentencia) respetando las distintas partes que lo componen (exordio, narración, partición, confirmación, refutación y conclusión). Al igual que Aristóteles, su retórica se apoya en lo verosímil y probable³⁴⁴.

II. El lenguaje y el proceso.

De modo previo a explicar cómo se configura la interacción argumentativa propia del proceso, creemos importante hacer algunos señalamientos en relación con el lenguaje. Lo haremos tomando como punto de partida la teoría de los actos de habla de Austin³⁴⁵. Este lingüista inglés puso de manifiesto que en el lenguaje ordinario (aquél que utiliza un ciudadano normal en su hablar cotidiano) existen una cantidad importante de enunciados que no "describen" ni "representan" nada. Por ejemplo: los enunciados que utiliza el presidente de la Cámara de Diputados cuando declara abierta la sesión; o bien los que emplea el sacerdote al bautizar al recién nacido. En ambos casos los hablantes (el presidente de la Cámara y el sacerdote) no informan algo, una realidad externa a ellos, sino que la construyen.

Por ende, los enunciados que utilizan no pueden ser predicados de verdaderos o falsos. Austin, los denomina realizativos (tienen carácter de acción y no de descripción) y explica que están sujetos a una serie de condiciones (la emisión de ciertas palabras, por parte de ciertas personas en determinadas circunstancias). Es necesario, entonces, que la persona que realiza el acto sea la apropiada y que lo haga respetando las formalidades propias de este último (retomando los ejemplos diremos que el sacerdote es quien bautiza al niño y el presidente de la Cámara es quien declara abierta la sesión, y que ambos no expresan el enunciado de cualquier manera, sino que lo hacen respetando un procedimiento convencionalmente aceptado). Si estos requisitos no se cumplen estaremos ante un "infortunio", cuya configuración frustra la acción que contiene el acto.

Ahora bien, no obstante que en un primer momento Austin presenta estos enunciados realizativos en contraposición a otros, los constatativos (que reflejan un estado de cosas), luego modifica esa postura (la oposición constatativo/realizativo) al advertir que en todo enunciado existen dos dimensiones íntimamente ligadas, una constatativa y otra realizativa. A partir de este reconocimiento el acto ilocucionario (el acto de habla) es para él el que efectúa el hablante al decir algo (por ejemplo, al dar una orden, hacer una promesa, expresar una afirmación o formular una negación).

Esta teoría, que introduce en el sentido de los enunciados la separación entre lo subjetivo —la fuerza ilocucionaria— y lo objetivo —el contenido

³⁴³ BARTHES, Ronald -*La aventura semiológica* págs.110/111, Barcelona: Paidós.

³⁴⁴ CASTAÑARES, Wenceslao -*Historia del pensamiento semiótico 1* págs. 176 y ss., Madrid, ed. Trotta. 2014.

³⁴⁵ AUSTIN, John L. -*Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona, Paidós, 1982.

proposicional—³⁴⁶, tiene particular significación en el proceso pues sus operadores (abogados y jueces) constantemente "hacen" cosas con palabras. Por ejemplo, cuando un juez declara la nulidad de un acto jurídico está haciendo algo y no describiendo una realidad (aunque el conflicto y la configuración del vicio opere como una condición necesaria y previa a esa declaración).

Tomemos, ahora, el inicio propio del proceso. Si una persona (física o jurídica) decide asumir el rol de actor, más allá de cumplir con los recaudos que hacen a la personería (acreditar su capacidad procesal, eventualmente la representación que ostenta, constituir un domicilio), tiene que manifestar esa voluntad por escrito respetando una terminología técnica determinada. Si bien no estamos en un régimen procesal tan estricto como, por ejemplo, el que imperaba en la Roma republicana durante las llamadas acciones de la ley, ese sujeto (que pretende, en primer término, que el juez lo tenga por "parte") tiene la carga de definir, concretamente, qué es lo que reclama (pretensión) e identificar a los sujetos contra los cuales la dirige (demandados).

En la formulación de esos enunciados debe ser muy cuidadoso. Al hacerlo, el actor —en lo medular— no describe algo que pueda ser reputado de falso o verdadero, sino que construye el objeto litigioso del proceso. Edifica un armazón (permítasenos la expresión) que el juez no podrá modificar a la hora de dictar sentencia, en virtud del sistema dispositivo que rige en nuestro ordenamiento. Adviértase que, si el actor opta, por ejemplo, por hacer una dura crítica a la participación que le cupo a un sujeto en un acontecimiento determinado (por ejemplo, un accidente automovilístico) esa manifestación es insuficiente para tenerlo por "demandado" si, al mismo tiempo, no señala concretamente que dirige la pretensión también en su contra. Determinar si una persona ha sido o no demandada nada tiene que ver con las categorías de verdad y falsedad que, habitualmente, alardean los abogados en los escritos, pero sí tiene que ver con la lingüística. Nos explicamos.

Ya dijimos que se es demandado (parte) por la sola circunstancia de revestir el carácter de sujeto pasivo de una pretensión y actor (parte) por formular ese reclamo. Nada más. Ese es el motivo por el cual la doctrina siempre señaló que el carácter de "parte" es estrictamente procesal. Esa manifestación de voluntad, así como la determinación de lo reclamado, tiene que estar expresada en la demanda y su verificación es lingüística. Es que no puede predicarse que un sujeto ha sido demandado si, en dicho escrito, no está el enunciado que, claramente, exprese esa decisión. Lo volitivo, la mera intencionalidad, es insuficiente para el derecho. Al constituirse en "parte" y al atribuirle esa categorización a otro, el actor tiene la carga de cumplir con las condiciones propias del acto ilocutivo que está llevando a cabo.

Por lo apuntado, el cuidado de las formas lingüísticas es muy importante en el proceso.

Analicemos la cuestión desde la perspectiva del demandado. Si éste alega que "todo" lo que dice el actor en la demanda es falso, semánticamente expresa lo mismo que si negara cada uno de los hechos allí relatados. ¿Dónde está la diferencia? Es claro que no la hay en el plano meramente semántico comunicacional: está diciendo lo mismo (en ambos casos niega los presupuestos de hecho en función de los cuales

³⁴⁶ DUCROT, Oswald -*Sentido y argumentación*, en Arnoux, E. y M. M. García Negroni (eds.) "Homenaje a Oswald Ducrot", pp. 359-370. Buenos Aires: Eudeba.2004.

se lo demanda). Pero como en el derecho las partes están constantemente "haciendo" cosas con el lenguaje, la función ilocutiva del enunciado es la que exige cumplir con determinadas pautas. Entonces el demandado, para que su negativa tenga eficacia, tendrá que negar conforme a la regla contenida en el art. 356 del Código Procesal. Es decir, negando hecho por hecho de manera individual. De lo contrario, su negativa no tendrá ningún valor y el juez podrá tener por reconocidos los hechos lícitos que el actor expuso en la demanda.

En dicho escrito, el actor tiene la carga de exponer por qué el demandado debe ser condenado. En cambio, en la contestación, este último tendrá que expresar por qué la pretensión dirigida en su contra tiene que ser rechazada (esa declaración es su máxima aspiración en el proceso, de lo contrario tendrá que asumir otro rol —el de reconviniendo—). Las posturas de ambas partes deben estar fundamentadas. El oficio del abogado consiste en dar razón de sus opiniones, posiciones y actitudes; y, frente a razones opuestas, en identificar y sostener el fundamento del motivo invocado. Esa labor, como señala Guibourg³⁴⁷, lo obliga al desarrollo de una estrategia.

En el proceso, como sabemos, no hay marcha atrás. El abogado no sólo no puede cambiar los esquemas en función de los cuales demandó o contestó (por el sistema preclusivo que lo rige) sino que toda su actividad posterior estará condicionada por aquéllos. Tendrá que vincularlos con la prueba que ofrece, a los efectos de justificar la procedencia de esta última, y también con la decisión contraria que, eventualmente, el juez pueda adoptar (en la apelación tendrá que retomar el argumento que expuso en el escrito introductorio criticando la ponderación que de aquél hizo el juez a los efectos de cumplir con la carga que le impone el art. 277 del Código Procesal).

III. La interacción argumentativa propia del proceso civil³⁴⁸

Cristian Plantin³⁴⁹, un destacado lingüista francés, entiende a la argumentación como una posibilidad del lenguaje que se despliega en un marco de interacción. En el proceso un locutor-actor interpone la demanda ante un juez que es convocado explícitamente mediante la expresión "Sr/a juez/a". En ese discurso encontraremos no sólo el punto de vista de este locutor, sino también otros, como el de la doctrina y la jurisprudencia que son convocados para integrar el *sentido* del discurso jurídico que se despliega en ese escrito introductorio con un claro objetivo: persuadir al juez.

Pero antes de adentrarnos a la aplicación de este modelo en relación con el proceso, y a fin de ser fieles a sus orígenes, debemos mencionar que sus cimientos provienen de la lógica natural de Grize³⁵⁰. Para este lógico suizo el concepto clave

³⁴⁷ GUIBOURG, Ricardo - *Por qué*, La ley 2009-F, 1406.

³⁴⁸ En el desarrollo de este apartado ha sido de fundamental el haberme podido apoyar en la ponencia de DILLON, María Verónica presentada en la *-Conferencia Internacional de Lógica, Argumentación y Pensamiento Crítico*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2008.

³⁴⁹ PLANTIN, Christian *-La argumentación*. Barcelona: Ariel, 2002 y PLANTIN, C. (comp.) *La interacción argumentativa*, en Revista Escritos, México: Universidad Autónoma de Puebla, México, 1998.

³⁵⁰ Según sostiene Silvia GUTIÉRREZ (1991), la base de esta concepción de la lógica se entiende no en el sentido de la lógica formal, sino en el de la "lógica operatoria" de Piaget que no debe confundirse tampoco con la lógica matemática y el sistema hipotético-deductivo abstracto al que remite prescindiendo de toda situación concreta. "La lógica natural, no es una lógica de "todos los mundos posibles", sino una lógica de la verosimilitud de carácter restringido y local, en la medida en que incluye necesariamente la situación en que se hallan inmersos los interlocutores" (conf. GUTIÉRREZ, Silvia *-Análisis argumentativo y esquematización*, en Estudios de Comunicación y Política, No. 1, octubre, UAM, Xochimilco, 1991.

para entender toda argumentación es el de “esquemización”, la elaboración por medio de la lengua de un microuniverso que A presenta a B con la intención de ejercer cierto efecto sobre este último.

Plantin parte de ese enfoque y lo enriquece al señalar que en toda interacción argumentativa participan tres sujetos: el Proponente (P), quien enuncia un primer discurso (discurso de propuesta); el Oponente (O), quien defiende con otro discurso su propio punto de vista (discurso de oposición) y el Tercero (T), quien debe ocupar un rol imparcial frente a la duda o cuestión (C) planteada entre P y O y brindar una solución al conflicto desde otra producción discursiva.

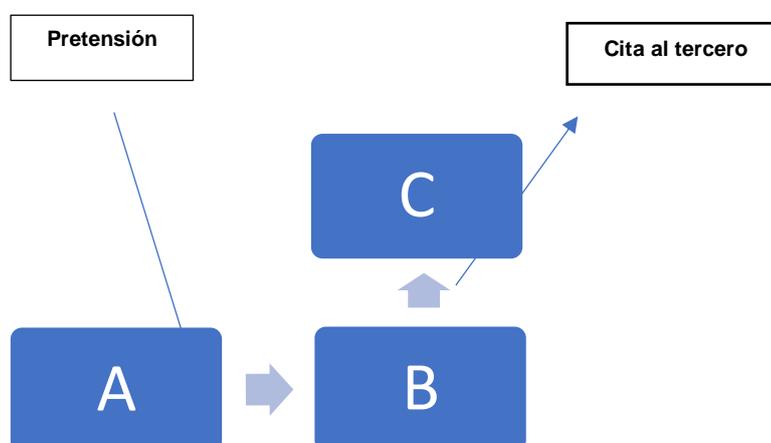
Si trasladamos ese esquema al proceso, el lector fácilmente puede asociar al actor con P (el Proponente), al demandado con O (el Oponente) y al juez con T (el Tercero). Sin embargo, y acá está la originalidad en el aporte de Plantin, cuando hablamos de Proponente y Oponente no estamos haciendo referencia a individuos concretos y diferenciados, sino a roles abstractos que pueden ser ocupados de manera intercambiable por distintos sujetos.

En la etapa introductoria del proceso tendremos al actor como Proponente y a la demanda como discurso de propuesta; al demandado como Oponente y su contestación como discurso de oposición, y al juez como Tercero que debe resolver una primera cuestión (C) que podría formularse en los siguientes términos: ¿quién tiene razón P u O? En términos jurídicos: ¿debe progresar la pretensión? El debate entre P y O concluye con la decisión de T en la sentencia definitiva.

Esa interacción, esencialmente, es bilateral. Palacio, ha hecho mucho hincapié en esto último al señalar, por ejemplo, que la intervención de terceros en el proceso (art.94 del Código Procesal) no solo exige su participación en el conflicto que lo origina sino también la posibilidad concreta, de parte del demandado, de poder ejercer una acción de regreso contra ese sujeto. Admitida su intervención, ese tercero actuará en consonancia con el sujeto que lo citó.

Veámoslo en la siguiente ejemplificación:

a) Un acreedor (A) le reclama a un deudor (B) el pago de una suma de dinero. Esa es su pretensión. El demandado cita como tercero a (C), su codeudor solidario. Admitida la intervención el esquema interaccional es el siguiente:

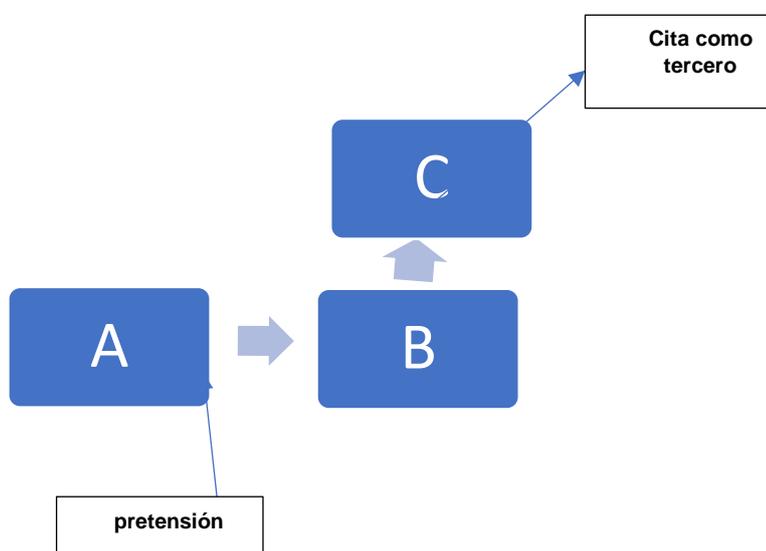


En este caso (C) actuará de modo *litisconsorcial* con quien lo citó pues la suerte de ambos, en la controversia, es común. Verificada la obligación el juez los condenará. Por tal razón, estos últimos desarrollarán una estrategia defensiva en consonancia planteando, conjuntamente, las oposiciones que tengan contra el actor.

Imaginemos, ahora, otro supuesto.

b) En este, el actor (A) dirige su pretensión contra el demandado (B) reclamándole la reparación de los daños producidos en un accidente de tránsito. Al contestar la demanda, el demandado aduce que el responsable del hecho es C y pide su citación como tercero. En este caso, a diferencia del anterior, la intervención de este último - indefectiblemente - modificará el esquema de interacción (bilateral) planteado.

Lo resalto puesto que la argumentación de C, en orden a resultar eximido, tendrá pocos puntos de contacto con el planteo de B (solo, probablemente, coincida con este último en el señalamiento de que los daños invocados por A no son tales o que no tienen la entidad que les atribuye). Tampoco los tendrá, naturalmente, con los que desarrolla el actor. El esquema, naturalmente, es otro:



Las reglas del proceso civil están pensadas para un debate entre dos partes: el actor (proponente y quien postula el progreso de la pretensión que articula) y el demandado (oponente, la resiste y persigue una sentencia declarativa desestimatoria del derecho invocado como fundamento de aquélla) que, esencialmente, se da en un *campo discursivo*³⁵¹ bilateral. Pero atención, esa bilateralidad - como ya vimos - no deja de ser una situación ideal de interacción que no siempre es posible respetar.

IV. El cambio de roles en la segunda instancia.

³⁵¹ VERÓN, Eliseo -*La palabra adversativa – Observaciones sobre la enunciación política*, en Verón, Eliseo (comp.) “El discurso político: Lenguajes y acontecimientos” Buenos Aires, ed. Hachette.1987

Ya analizamos cómo se plantea la interacción argumentativa en primera instancia, veamos ahora la que acontece después del dictado de la sentencia definitiva. De acuerdo con su resultado, es posible que los roles se modifiquen. La actora, que ocupó el lugar de Proponente, se convertirá en Oponente si la sentencia no le es favorable y decide apelarla. Su escrito de fundamentación (expresión de agravios o memorial) será el discurso de oposición que se enfrente a la sentencia, discurso que ocupa en este nuevo juego de roles el lugar de discurso de propuesta y el juez, que era el Tercero, se corre al lugar de Proponente. También el primer Oponente, el demandado, puede cambiar de situación si la sentencia no lo favorece. Pero en este caso no es su rol el que variaría, sino contra quién dirigiría su discurso de oposición. En efecto, la esquematización (o micro universo del discurso) que antes tuvo que construir en paralelo a la actora, ahora debería montarlo en paralelo al discurso del juez, su nuevo adversario. Entra en escena otro órgano: la Cámara que es quien tiene que resolver una nueva cuestión: ¿Hay que confirmar o revocar la sentencia apelada?

Hasta aquí, a grandes rasgos, apreciamos el funcionamiento de dos estadios argumentativos.

Primer estadio: hasta la sentencia

Rol actancial	sujetos	Tipo de discurso
Proponente	Actora	Propuesta (demanda)
Oponente	Demandada	Oposición (contestación de demanda)
Tercero	Juez	Conclusión (sentencia de primera instancia).

Segundo estadio: apelación y escrito de fundamentación

Rol actancial	sujetos	Tipo de discurso
Proponente	Juez de primera instancia	Propuesta (sentencia de primera instancia)
Oponente	Apelante	Oposición (escrito de fundamentación)
Tercero	Cámara de Apelaciones	Conclusión (sentencia de segunda instancia)

En cuanto a la destinación de los escritos, vale señalar que mientras los que se presentan en primera instancia están dirigidos al Juez/a, en la faz recursiva, como mencionamos anteriormente, la situación se ve modificada.

En efecto, ni la parte a quien la sentencia le causa un perjuicio, ni la beneficiada por esta tienen la posibilidad de expresar su oposición o conformidad dirigiéndose al juez. Sus escritos (expresión de agravios o memorial y contestaciones), tienen que estar dirigidos a la Cámara. Este órgano —según el

código— es el destinatario directo en esta etapa del proceso, y el nuevo Tercero en términos actanciales. Además, hay que tener en cuenta otro detalle con relación a la destinación. La parte a la que le fue corrido el traslado de la expresión de agravios o memorial es destinatario indirecto del apelante, dado que este sabe que su crítica será leída por la parte contraria, quien tiene la posibilidad de contestarla. Se complejiza, de este modo, el segundo cuadro. La contestación de los agravios, de acuerdo con el modelo dialogal, debe considerarse como parte de la Propuesta.

Es interesante detenernos un instante en este punto. La parte beneficiada por la sentencia de primera instancia al contestar el recurso de la contraria está obligada a defender la tesis que adoptó el juez más allá de las deficiencias que pueda tener el discurso del magistrado. Es claro que debe apuntalar su razonamiento o, al menos, sostener con fundamentos que la crítica del apelante no conmueve la motivación de la decisión. Si por el contrario sostuviese que las críticas del apelante no debieran ser admitidas, pero por argumentos diametralmente distintos a los que sostuvo el juez debilitaría a la sentencia. Lo señalamos pues, en ese supuesto, la Cámara podría pensar que los argumentos del juez ni siquiera conforman a la parte que resultó beneficiada.

Rol actancial	sujetos	Tipo de discurso
Proponente	Juez de primera instancia + Parte beneficiada por la sentencia.	Discurso de Propuesta (sentencia de primera instancia) + contestación de los agravios
Oponente	Apelante	Discurso de Oposición (expresión de agravios)
Tercero	Cámara de Apelaciones	Conclusión del debate (sentencia de segunda instancia).

V. Una particular situación de interacción: el problema de los intereses contrapuestos.

El art. 26 del CCyC, luego de recordarnos – en el primer párrafo - que el menor ejerce sus derechos a través de sus representantes, señala - en el segundo - que los que cuentan con edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Y aclara: *En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.*

El Código Civil, en el art. 297³⁵², establecía supuestos específicos de conflicto de intereses entre padre e hijos. Este artículo ha sido calificado como otro acierto de

³⁵² Art. 297 del Código Civil: *los padres no pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes de sus hijos, aunque sea en remate público; ni constituirse cesionario de créditos, derechos o acciones contra sus hijos; ni hacer partición privada con sus hijos*

la ley 23.264 al separar, con precisión, los actos absolutamente prohibidos a los progenitores sobre los bienes del hijo de aquéllos que les está permitido celebrar sólo con autorización judicial³⁵³.

Con algunas modificaciones ese enunciado se mantiene en el art. 689 del CCyC.

El art. 397 del Código Civil, a su vez, al regular los supuestos especiales en los que correspondía que el juez designase un tutor especial a los menores, decía lo siguiente: *Cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren* (inc. 1). Uriarte - al comentarlo - señala que el conflicto debe fundarse en hechos reales y concretos, siendo insuficiente la mera posibilidad de que aquél se configure. La incompatibilidad no se presume. No alcanza tampoco con que se alegue un interés diverso, el término “oposición” remite a un interés contrario³⁵⁴.

Desde ese marco normativo, aun mediando un conflicto de intereses entre un progenitor y su hijo, el primero podía representarlo en otros actos. Ese conflicto, tampoco operaba como una restricción al ejercicio de los derechos propios de la responsabilidad parental.

El supuesto que contemplaba el Código Civil en el art. 397 lo recoge el art. 109 inc. a del CCyC en estos términos: *cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación de un tutor especial.*

El Código Civil y Comercial, de manera concordante con el cambio de paradigma que introduce, admite la posibilidad de que ante el conflicto de intereses el adolescente pueda actuar por sí con la representación letrada que elija. Si se le concede esa facultad es porque el juez ha ponderado, positivamente, su madurez para llevar adelante con su abogado el proceso. De lo contrario, debería designarse un tutor especial.

El conflicto de intereses, entre el menor y sus progenitores, puede suscitarse en cualquier etapa del proceso. Veamos un supuesto bastante común en la práctica.

Los progenitores del menor, ejerciendo su representación, demandan al conductor, dueño y aseguradora de un vehículo que protagonizó un accidente de tránsito en el cual el primero resultó lesionado. Al recibir la demanda, el juez puede tener la sospecha de que el responsable del accidente fue el padre del menor, conductor del auto en el que este último era transportado, porque - por ejemplo - accedió a algunas declaraciones rendidas en la causa penal. Esa conjetura, como tal, es insuficiente para tener por configurado un conflicto de intereses aun cuando - repito - el juez cuente con algunos elementos para sostenerla.

de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia, en que sean con ellos coherederos o colegatarios; ni obligar a sus hijos como fiadores de ellos o de terceros. Necesitan autorización judicial para enajenar bienes de cualquier clase de sus hijos, constituir sobre ellos derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a sus hijos sobre bienes de terceros.

³⁵³ LLOVERAS, Nora en BUERES, Alberto (Director), HIGHTON de NOLASCO, Elena (colaboradora) -*Código Civil y Comercial Comentado y Normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Tomo 1, pág. 1280, editorial Hammurabi, Buenos Aires 1995-20003.

³⁵⁴ URIARTE, Jorge A. en Bueres - Highton -*Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo 1, pág. 1326 y ss., editorial Hammurabi.

Muy distinta es la situación, en cambio, si en la sentencia definitiva se le atribuye toda la responsabilidad del accidente al progenitor del menor o se le asigna un porcentaje importante en su acaecimiento. Ese padre, que representa al menor, cuando se agravia de la responsabilidad que a él le ha sido atribuida ¿actúa y habla en defensa de su interés o el de su representado?

La atribución de responsabilidad dejó de ser una conjetura, es la decisión que el apelante intentará que la Cámara revoque. No importa si los argumentos que dió el juez son idóneos o no. Esa es una cuestión que decidirá la Cámara. Lo relevante es determinar, al ponderar la concesión del recurso, si el padre puede continuar ejerciendo la representación del menor tal como lo venía haciendo.

Ante este nuevo cuadro si el menor tiene menos de 13 años, el juez podrá optar por asignarle un tutor especial. En cambio, si se trata de un adolescente deberá – juntamente con el Defensor de Menores -- escucharlo en audiencia, informarlo sobre su situación procesal, y determinar si está en condiciones de actuar por sí. Muchas son las posibilidades que se abren en esa audiencia y, consecuentemente, también las soluciones. Lo más importante, a nuestro criterio, es que el conflicto de intereses no quede oculto. El proceso no puede seguir su trámite como si no existiera.

En este supuesto, si bien padre e hijo no tienen que, necesariamente, confrontar en la posición que asumen (es posible que ambos, a la par, se agraven por la atribución de responsabilidad establecida en la sentencia y cuestionen sus fundamentos), no hay una situación *litisconsorcial* nítida, precisamente, por el conflicto de intereses señalado.

VI. Algunas conclusiones

Pensamos que es muy importante reflexionar sobre el uso que todos los operadores del proceso hacemos del lenguaje. El que empleamos, cotidianamente en nuestros escritos y también para justificar las decisiones que se adoptan. En este momento, que están en boga las cuestiones relacionadas a la argumentación jurídica, creemos que, más que nunca, debemos poner el acento en la materia prima con la que construimos cualquier fundamento o idea: la lengua.

Por otra parte, si observamos a los escritos introductorios y a la resolución de los jueces no solo como actos procesales sino también como lo que son (discursos) tendremos a mano, desde los autores que trabajan su análisis, nuevas perspectivas u enfoques que, sin duda, enriquecerán nuestra disciplina. Es hora de animarnos a dar ese paso.

CAPÍTULO XI

REFLEXIONES SOBRE LA POSIBILIDAD DE HABILITAR EL JUICIO POR JURADOS EN MATERIA CIVIL.

Por Angela Ester Ledesma^(*355)

Sumario: 1. Introito. 2. Valor institucional del juicio por jurados. 3. Encuadre constitucional. 4. Supuestos en los que puede proceder el juicio por jurados civil. 5. Imparcialidad del tribunal. 6. ¿Existe un derecho al juicio por jurados? 7. Motivación de la sentencia y juicio por jurados. 8. Posibilidad de revisión de la decisión. 9. Reflexiones finales.

1. Introito⁽³⁵⁶⁾.

Los procesalistas civiles raramente hablan de juicio por jurados, salvo para señalar objeciones sobre cualquier posible aplicación del sistema anglosajón en nuestro medio. La tradición de la que somos signatarios es ajena al enjuiciamiento por jurados, no obstante, en las últimas décadas la experiencia en materia penal fue avanzando. Pero la resistencia en lo civil es muy grande pues ni siquiera se ha logrado superar el modelo de proceso “desesperadamente escrito” como lo calificó con sabiduría Eduardo J. Couture. Quizás este apego al expediente, a los registros y actas, sea uno de los grandes problemas que impida animarse a imaginar alguna posibilidad de enjuiciamiento popular para casos determinados.

La fuerza de la cultura judicial es decisiva a la hora de instaurar cualquier cambio, el procedimentalismo sobrevive en el trámite perverso que habilita la escritura. El formalismo excesivo parece dar seguridades a litigantes y jueces, en torno a él crece un negocio especulativo y dañino, el tiempo exorbitante del proceso judicial.

En materia civil no se ha discutido la posibilidad de instaurar el juicio por jurados y el artículo 24 de la Constitución Nacional en este punto es ignorado. La reciente sanción a fines de 2020 de la Ley de Juicios Civiles y Comerciales por Jurados para la Provincia de Chaco de inmediato alzó algunas voces opositoras. Los argumentos son conocidos: la supuesta falta de motivación de la sentencia, los costos y la falta de capacitación de los jurados para resolver cuestiones técnicas, entre los principales. En tanto pocos reconocen el valor del juicio por jurados en términos de legitimidad democrática y transparencia institucional.

Quizás sea hora de pensar en su enorme valor simbólico y en la necesidad de crear un puente entre la justicia y la sociedad, donde esta institución puede jugar un rol decisivo.

^{*355} Profesora Titular Regular de “Elementos de Derecho Procesal Civil”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Co-fundadora y presidenta honoraria de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

³⁵⁶ Estas reflexiones tienen como antecedente la entrevista publicada en “Juicio por Jurados en la Justicia Civil. Materiales y Reflexiones desde Argentina”, Leonel GONZÁLEZ POSTIGO y Matías A. SUCUNZA, Compiladores, CEHA-JSCA, septiembre de 2021.

Atrevernos a repensar y desafiar nuestras tradiciones, es la propuesta de estas líneas.

2. Valor institucional del juicio por jurados.

En el modelo anglosajón del common law, la centralidad del juicio por jurados es fundamental. Su sistema judicial se concibe a partir de -y en torno a- el juicio por jurados, tanto para el juzgamiento de los casos penales como civiles, en consonancia con sus principios democráticos y republicanos.

Al punto que el juicio por jurados tiene una gran relevancia en la historia del propio nacimiento de los Estados Unidos de América, país en el que hasta el día de hoy tiene un gran peso simbólico. Al respecto, es interesante lo que apunta Stürner, quien llama la atención sobre el hecho de que “no obstante la escasa cantidad de procesos que arriban para su conocimiento ante el jurado –no más del 2% al 3%– este impregna la totalidad de la estructura procesal y es un importante medio de presión político-jurídica”³⁵⁷.

En similar sentido, Duff explica que no obstante el hecho de que el juicio por jurados en Inglaterra y Escocia ocupa menos del 1% de los casos criminales, mantiene una inmensa importancia política y simbólica.³⁵⁸

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que: “El juicio por jurados se ha concebido, además, como una forma de devolver a la sociedad la confianza en el sistema judicial, como forma de democratización y acercamiento de la impartición de justicia a la comunidad, otorgándole a ésta un rol fundamental en aquellos delitos sensibles al orden público”.³⁵⁹ Estas expresiones, refuerzan la idea de puente entre la justicia y la sociedad, vínculo que sin lugar a dudas reclama ser cultivado. Así el valor social que se le asigna al jurado debería ser resguardado también en materia civil en nuestro país, pues es precisamente en este ámbito donde se debaten los conflictos que mayoritariamente afectan a la ciudadanía.

De tal suerte, como lo revelan variados estudios empíricos realizados en Estados Unidos, el juicio por jurados (tanto en materia civil como penal), puede producir un cambio social muy notable en relación a la legitimidad del sistema de justicia. Los profesores Valerie Hans y John Gastil señalan, por ejemplo, que “en un gran estudio sobre más de 8.000 jurados estadounidenses de dieciséis cortes federales y estatales, el 63% dijo que su visión sobre el servicio del jurado fue mucho más favorable después de servir”³⁶⁰. A este tipo de datos empíricos se puede agregar el hecho de que el sistema de jurados promueve un mayor compromiso cívico, fomentando formas de democracia deliberativa en las que los y las ciudadanas se involucran en debates de alta connotación e impacto público.

³⁵⁷ STÜRNER, Rolf -“*Derecho procesal y culturas jurídicas*”, Ius et Praxis, volumen 13, N° 1, Chile, Universidad de Talca, 2007, p. 435.

³⁵⁸ DUFF, Peter -“*The Limitations on Trial by Jury*”, Revue internationale de droit pénal, 2001/1, volumen 72, pp. 603-609.

³⁵⁹ Véase Corte IDH, caso “*V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*”, de fecha 08 de marzo de 2018”, párrafo 222.

³⁶⁰ HANS, Valerie y GASTIL, John -“*El juicio por jurados. Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia*”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, p. 40.

A ello se aduna la opinión de Gargarella quien afirma que la razón más importante es que la reflexión colectiva es el mejor medio para conocer qué es lo justo, cuando tenemos visiones distintas de lo que es justo.³⁶¹

Por lo demás un estado democrático y republicano de derecho no puede negar la necesidad de abrir las puertas de la justicia a la ciudadanía. En este sentido la transparencia institucional que genera la publicidad de los actos es doblemente garantizada, mediante la oralidad por un lado y mediante la participación popular en la administración de justicia por el otro. Sumado a ello, que no se puede concebir un juicio por jurados que no sea oral y público, es decir de cara a la sociedad.

3. Encuadre constitucional.

El mandato del art. 24 de la Constitución Nacional y el del art. 75 inc. 12 son amplios respecto a la implementación del juicio por jurados. Luego, la reforma constitucional de 1994 lo ratifica, es decir, desde el minuto uno hasta hoy, es un mensaje muy importante que Gargarella cree razonablemente que tiene que ser tomado como base de apoyo.³⁶² Solo en el art. 118 C.N. se refiere específicamente a causas criminales. Por tanto, la omisión de una especificación respecto de los conflictos civiles no implica negación, cuando el art. 24 establece “en todos sus ramos”.

Ante similar situación, en el caso estadounidense, en “El Federalista” (1788) el Juez Hamilton sostuvo: ¿cómo podría válidamente juzgar con jurados un caso gravísimo de crimen y no un caso civil? y expresó que: el silencio de la Constitución jamás es una prohibición sino una omisión que deja una oportunidad abierta para los legisladores, y de esta forma también respetar las autonomías de los estados federados³⁶³.

Por ello es que, la trascendencia de ciertos conflictos que involucran intereses de la comunidad, aconseja abrir esta puerta como máxima fuente de legitimación de la decisión.

Así se afirma, que puede ser una excelente vía de entrada para empezar a empujar por otra visión de la democracia como predominante, una muy distinta a esa que se fue consolidando con el paso del tiempo que es esta más burocratizada, más elitista, más verticalizada.³⁶⁴

4. Supuestos en los que puede proceder el juicio por jurados civil.

La tradición ha mostrado con mayor asiduidad la intervención del jurado para dirimir conflictos de interés público mayoritariamente en los casos que involucran el ejercicio de la acción penal pública, pero este interés también puede estar comprometido en casos no penales. Toda vez que variados conflictos privados trascienden a lo comunitario y generan un fuerte impacto en la sociedad, tanto en casos individuales como colectivos.

³⁶¹ Conf. GARGARELLA, Roberto - “Juicio por Jurados en la Constitución Nacional”, entrevista, en “Juicio por Jurados en la Justicia Civil. Materiales y Reflexiones desde Argentina”, Leonel González Postigo y Matías A. Sucunza, Compiladores, CEHA-JSCA, septiembre de 2021, pág. 25.

³⁶² Conf. GARGARELLA, Roberto, op. Cit. pág. 28.

³⁶³ HAMILTON, MADISON y JAY: “El federalista”, Edición traducida por Cantilo, J.M., Año 1868, Capítulo LXXXIII; págs. 670/690

³⁶⁴ Conf. GARGARELLA Roberto, op. Cit., pág. 28.

Es precisamente en los casos de trascendencia social donde esta modalidad de juzgamiento se manifiesta como una herramienta única para democratizar la justicia.

Conforme lo recoge la legislación y la práctica en el derecho comparado, parece importante proponer el juzgamiento por jurados en materia civil para aquellos casos en los que la cuestión a decidir se considere trascendente en función del interés público o institucional comprometido, donde lo justifique su relevancia para otros casos o grupos de personas similares, o su interés desde el punto de vista político, social o jurídico.

De tal modo se pueden considerar trascendentes los casos que aun siendo individuales, su resolución revista interés público, institucional o relevancia desde el punto de vista social.³⁶⁵

El criterio no se puede limitar a una cuestión meramente patrimonial sino que, si se tratare de resarcimiento de daños se trate de algún supuesto que por su magnitud tenga trascendencia social y pública, cuestiones en las cuales la decisión pueda coadyuvar a mejorar la vida comunitaria, así como al cambio de reglas en materia de consumidores con efectos expansivos hacia el futuro, como consecuencia del impacto punitivo.

La Ley de Juicios Civiles y Comerciales por Jurados de la Provincia de Chaco, delimita la competencia del tribunal de jurados a aquellos supuestos en los que “se tratare de determinar la responsabilidad civil extracontractual individual” y donde “se hayan afectado derechos colectivos, sea que tengan por objeto bienes colectivos o intereses individuales homogéneos”. Pero fija un monto alto para habilitar su procedencia, que la reparación sea superior a ciento cincuenta Salarios Mínimos Vital y Móvil, “salvo que en el caso estuviesen en juego el derecho a la libertad de expresión, pensamiento, religión, conciencia o no discriminación”, de modo que en estos casos cualquiera sea el monto pecuniario que se reclame queda habilitada la intervención de jurados.³⁶⁶ Asimismo se admite cualquier otro conflicto con independencia del tipo de derecho en juego cuando “fuera trascendente”, si aun siendo individual “su reclamo revista interés público, institucional o relevancia desde el punto de vista político, social o jurídico.”

A nuestro entender la cuestión no se debe limitar simplemente a un resarcimiento patrimonial, en la medida que tiene que estar ligado a las particularidades del caso, esencialmente al impacto que pueda tener en la sociedad. Pareciera que esta es la idea que subyace en la legislación provincial.

Podríamos dar como ejemplo el impacto en cuestiones de consumo o supuestos de daños que por su magnitud tengan trascendencia pública como puede ser el escape de gas de un edificio.

Obviamente quien lo solicite debería justificar adecuadamente la trascendencia del caso y esta es una cuestión a debatir en audiencia pública.

Desde esta perspectiva el juicio por jurados puede operar preventivamente en el comportamiento de las grandes corporaciones, a partir del impacto de los daños

³⁶⁵ Conf. Ley 3325, Juicios Civiles y Comerciales por Jurados, de la Provincia de Chaco.

³⁶⁶ Ley 3325, Juicios Civiles y Comerciales por Jurados, Art. 4°.

punitivos impuestos en un caso, lo que puede generar indirectamente mejoras en el nivel de vida de la sociedad.

El juicio por jurados adquiere especial trascendencia social cuando se lleva a cabo para dirimir conflictos colectivos vinculados al medio ambiente, usuarios y consumidores entre otros, así como en supuestos de pretensiones divisibles referidas a derechos individuales homogéneos. En los cuales opera como medio para garantizar el acceso a la justicia, la economía procesal, la modificación de conductas y obtención de soluciones igualitarias.³⁶⁷

En este sentido, también se ha resaltado cuán importante puede ser la instauración de juicios por jurados para casos colectivos desde la faz política, como estrategia que podría ayudar en la construcción de un nuevo sentido común sobre el Poder Judicial y la forma en que administra las controversias en una sociedad determinada (con las consecuencias que ello supone sobre nuestros derechos y arreglos comunitarios).³⁶⁸

En esta línea, la definición del tipo de casos que inicialmente se someterán a jurados. La trascendencia social, política y económica de los conflictos, su carácter estructural o el interés que concitan, deberían ser factores claves a valorar.³⁶⁹

Por otro lado, se ha destacado, que el juicio por jurados es la mejor manera de procesar el conflicto ambiental atendiendo su naturaleza transindividual, colectiva y pluriofensiva, en tanto concibe una solución de ejercicio republicano, deliberativo, participativo, racional y legitimado por la intervención de la ciudadanía afectada.³⁷⁰ Esta afirmación tiene particular trascendencia en los tiempos que vivimos donde la atención del medio ambiente involucra fuertemente a la sociedad en su conjunto.

Así Lloret señala que, las experiencias del jurado afirmativo híbrido (o plurisectorial) permiten asegurar una pluralidad participativa social, adecuando en el órgano decisor una representación de las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género del público y promoviendo la valoración del conocimiento local, el diálogo y la interacción de las diferentes visiones y saberes.³⁷¹

El impacto de este tipo de decisiones en los países en que se practica, es muy trascendente a partir de los cambios estructurales que genera, a pesar de la escasa cantidad de casos. Es decir que impacta en el cambio de reglas al mejorar la vida comunitaria. ¿Por qué no evaluarlo entonces en nuestro medio?

5. Imparcialidad del tribunal.

³⁶⁷ Conf. Ley de Chaco, op. Cit. Art. 21.

³⁶⁸ Conf. MARTINELLI Augusto, VERBIC Francisco y SUCUNZA Matías A. -“*Jurado Civil en Procesos Colectivos: omisión inconstitucional y desafíos*”, en “Juicio por Jurados en la Justicia Civil. Materiales y Reflexiones desde Argentina”, Leonel González Postigo y Matías A. Sucunza, Compiladores, CEHA-JSCA, septiembre de 2021, pág. 47.

³⁶⁹ Conf. MARTINELLI Augusto, VERBIC Francisco y SUCUNZA Matías A, op. Cit., pág.77.

³⁷⁰ Conf. LLORET, Juan Sebastián -“*Jurados y Ambiente: entre la decisión judicial y la gobernanza*”, en “Juicio por Jurados en la Justicia Civil. Materiales y Reflexiones desde Argentina”, Leonel GONZÁLEZ POSTIGO y Matías A. SUCUNZA, Compiladores, CEHA-JSCA, septiembre de 2021, pág. 97.

³⁷¹ Conf. LLORET, Juan Sebastián, op. cit., pág. 97.

Otro aspecto a considerar es cómo opera el juicio por jurados a la hora de fortalecer los derechos de las partes, en particular para garantizar la imparcialidad del tribunal.

En este sentido si analizamos los diferentes problemas que presentan los grandes conflictos de política pública a la hora de garantizar un juzgamiento imparcial, el juicio por jurados es un formidable resguardo de la imparcialidad de la decisión, toda vez que asegura un veredicto justo mediante una contienda transparente. La CIDH en *V. R. P., V. P. C. y otros Vs. Nicaragua*, destacó que el procedimiento central que la disipa esta modalidad de juzgamiento para asegurar la imparcialidad es la audiencia de *voir dire*. Audiencia en la que las partes tienen amplias facultades para impugnar a los jurados.

Si bien las instrucciones constituyen la columna vertebral de decisorio que se adopte, no es menos cierto que en materia de prejuicios tiene particular incidencia la selección del tribunal de jurados y las reglas que determinan su conformación.

Con relación a los sesgos, emociones y prejuicios, es muy ingenuo pensar que el juez profesional se vea exento de tenerlos, con el agravante de que los tribunales técnicos raramente deliberan dado que en el modelo escrito la deliberación es sustituida en la mayoría de los casos por la circulación del expediente. Además, la riqueza de la deliberación del jurado se magnifica por la cantidad de miembros que lo integran y la representatividad que detentan democráticamente, dado que las leyes y el trámite de *voir dire* garantizan la pluralidad de posiciones. Esa deliberación ineludible se ve reforzada en las normas que exigen unanimidad donde el esfuerzo en el intercambio previo a la toma de decisiones se magnifica. En este sentido cabe destacar, la modificación del 2005 de los Principios para Miembros del Jurado y Juicios por Jurados de la American Bar Association (ABA) que sostiene que la unanimidad es una regla óptima de decisión, tanto para juicios por jurados civiles como criminales. Esta característica del tribunal de jurados es la mejor salvaguarda contra prejuicios, sesgos y emociones.

Cabe mencionar que a nivel comparado existen múltiples estudios empíricos que dan cuenta de los altos niveles de acuerdo que existen entre jueces profesionales y legos en relación a la resolución de los casos.

El famoso estudio de Kalven y Zeisel de 1966 sobre el jurado norteamericano reveló que, sobre un universo de 3500 casos, en el 78% de ellos los jueces y jurados coincidieron en el veredicto. Más recientemente, en el estudio de Heuer y Penrod del año 1994, sobre una muestra de 77 juicios, la tasa de acuerdos fue del 74%. Ahora bien, estas cifras no son exclusivas del sistema norteamericano dado que también es posible advertirlas en estudios europeos. En un estudio realizado en Inglaterra, las coincidencias entre jueces y jurados fueron del 82% y en otro hecho en Alemania fue del 90%³⁷².

Este tipo de relevamientos contradice la clásica desconfianza que algunos depositan en los jurados. Por otro lado, como lo detallaremos más adelante nuestra CSJN en el fallo Canales, considerando 19, destacó que todo veredicto tiene motivación.

³⁷² DIAMOND, Shari - "*Las múltiples dimensiones del juicio por jurados*", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 54.

6. ¿Existe un derecho al juicio por jurados?

Por imperio constitucional (Art. 24) esta posibilidad constituye un verdadero derecho de los ciudadanos. En consecuencia, los supuestos deberían estar regulados legalmente como lo establece la ley de la Provincia del Chaco, siempre y cuando se justifique adecuadamente la trascendencia del caso, con la potestad jurisdiccional de decidir lo contrario.

En los casos propuestos con anterioridad, las partes “podrían”, si la ley lo prevé, solicitar la intervención de un tribunal de jurados, pero sería interesante analizar si en determinados casos la ley no debería establecerlo de modo obligatorio, así en procesos colectivos cuando medie un interés público comprometido, sobre todo si pensamos en que se trata de un derecho social.³⁷³

Por ello, las litigantes deberían tener la posibilidad de optar por esta modalidad de juzgamiento en sus escritos postulatorios.

En otro orden los demás estándares del debido proceso constituyen la regla en esta modalidad de procesos, litigación intensa, es decir fuerte ejercicio del contradictorio, derecho al interrogatorio, intermediación y plazo razonable, ello en un marco en el que se resaltan los valores de la publicidad y transparencia institucional.

7. Motivación de la sentencia y juicio por jurados.

Una de las resistencias más fuertes contra el modelo clásico de juicio por jurados en Argentina ha sido la inmotivación del veredicto del jurado y la supuesta falta de adecuación de ese modelo de juzgamiento con los derechos y garantías consagrados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 CN).

Ello ha generado una profunda disputa académica entre prestigiosos abogados e investigadores del derecho, así como una proliferación de artículos, tesis doctorales y publicaciones vinculadas con las características que debía contener el jurado argentino para ser compatible con los estándares constitucionales y convencionales.

Finalmente, esa disputa ha sido zanjada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua" del 8 de marzo de 2018 y, luego, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Canales", del 2 de mayo de 2019, en la medida que ambos Tribunales confirmaron la absoluta adecuación convencional y constitucional del sistema clásico de juicio por jurados vigente en Argentina. También este tema fue resuelto antes por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en "Taxquet vs. Bélgica" del 16 de noviembre de 2010, con relación al proceso penal. No se advierte por qué la respuesta debería ser otra para la materia civil.

En el caso citado la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado de Nicaragua específicamente por no haber garantizado la imparcialidad del juzgador ni evitar la arbitrariedad en el caso concreto. Allí hizo un exhaustivo análisis sobre los aspectos centrales del juicio por jurados sin cuya comprensión tampoco es posible entender la mecánica de esta modalidad de juzgamiento, y estableció la validez convencional de: el veredicto general del jurado clásico, el voir

³⁷³ CIDH, V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, op. Cit., párr.. 222.

dire, las instrucciones del juez y la íntima convicción del jurado como método de valoración probatoria.

En primer lugar, la CIDH dejó en claro que, “nada excluye que las garantías judiciales recogidas en la Convención Americana sean aplicables al sistema de juicio por jurados”. En cuanto al deber de motivación, la CIDH sentó como estándar la validez del veredicto inmotivado basado en la íntima convicción de los miembros del jurado. Citando precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estimó que “la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación”³⁷⁴ (*Saric Vs. Dinamarca*), si el mismo permite, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, que pueda construirse una valoración a partir del curso lógico de la decisión de los jurados. Seguidamente, la CIDH hizo un análisis sobre los estándares básicos que debe cumplir un sistema clásico de jurados para garantizar el debido proceso convencional (art 8 .1 CADH) y evitar la arbitrariedad en la decisión.

Entre ellos destacó: 1. La función del juez técnico de brindar instrucciones al jurado sobre el derecho aplicable al caso o un cuestionario antes de la deliberación. 2. La necesidad de contemplar una audiencia destinada a asegurar la imparcialidad del tribunal de jurados que permita a las partes recusar con y sin causa (audiencia de desinsaculación o voir dire). 3. El ofrecimiento de pruebas de expertos (contra-intuitivas) dirigidas a brindar información a los jurados sobre temas particulares. 4. Un juicio público con control de las partes y la participación de todos los involucrados. 5. la posibilidad del juez de anular un veredicto de culpabilidad cuando el mismo ha resultado manifiestamente contrario a la prueba producida en el proceso, y ordenar un nuevo debate con otro tribunal. 6. la facultad de las partes o del juez, tras el resultado del veredicto, de indagar a los jurados individualmente sobre la efectiva existencia de unanimidad en la decisión del veredicto.

En punto a la íntima convicción del jurado, la CIDH sostuvo que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que el sistema de decisión por íntima convicción no vulnera en sí el derecho a un juicio justo siempre que, del conjunto de actuaciones realizadas en el procedimiento, la persona interesada –en ese caso la condenada- pueda entender las razones de la decisión³⁷⁵ *Lhermitte Vs. Bélgica*, No. 34238/09. Al respecto, citó el precedente “*Taxquet vs. Bélgica*”, en cuanto sostuvo que “Teniendo en cuenta el hecho de que el cumplimiento de las exigencias del proceso justo se aprecia sobre la base del conjunto del procedimiento y dentro del contexto específico del sistema jurídico en cuestión, la tarea del Tribunal, frente a un veredicto no fundamentado, consiste en examinar si, a la luz de todas las circunstancias de la causa, el procedimiento seguido ofreció suficientes garantías contra la arbitrariedad y permitió al acusado comprender su condena”.³⁷⁶

Asimismo, expresó que la íntima convicción no es un criterio arbitrario: “La libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, sólo que no lo expresa. En definitiva, cualquier tribunal (técnico o popular) debe reconstruir un hecho pasado, para lo cual utiliza la lógica

³⁷⁴ Cfr. TEDH, *Caso Saric Vs. Dinamarca*, No. 31913/96. Decisión de admisibilidad de 2 de febrero de 1999, págs. 14 y ss

³⁷⁵ Cfr. TEDH, *Caso Lhermitte Vs. Bélgica*, No. 34238/09. Sentencia de 29 de noviembre de 2016, párr. 80.

³⁷⁶ TEDH, *Caso Taxquet Vs. Bélgica* [GS], No. 926/05. Sentencia de 16 de noviembre de 2010, párr. 93.

metodológica que es común a cualquier persona, pues no depende de que tenga o no formación o entrenamiento jurídico.”

Por consiguiente, la CIDH sostuvo que en cada caso se debe analizar si el procedimiento penal en su conjunto ofrece mecanismos de salvaguardia contra la arbitrariedad y que permitan comprender las razones del veredicto –no acotado al acusado sino también a la víctima o a la parte acusadora-. Afirmación que resulta igualmente aplicable al proceso civil.

Otro dato a destacar del fallo de la CIDH es que refirió que la legislación de Nicaragua no contenía una regulación expresa sobre las instrucciones del juez profesional a los jurados, tampoco contemplaba preguntas que el jurado debiera contestar a través del veredicto, ni incorporaba referencia alguna sobre la prueba contra-intuitiva, medidas todas que podrían haber puesto límites de racionalidad a una decisión y, que en definitiva, podrían haber fungido como garantías contra una decisión arbitraria.

Lo expresado hasta acá pone de relieve la trascendencia de los resguardos que la legislación debe contener y en el punto es interesante destacar que también se mencionó diversos aspectos de las leyes argentinas de las provincias de Neuquén, Buenos Aires, Río Negro y Chaco, con relación al proceso penal.

La CSJN en el fallo Canales reconoció que “la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación” y que “todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa”, explicando que “la libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, sólo que no lo expresa” (consid. 19).

Asimismo, nuestra Corte sostuvo que: “...la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia”. Y agregó: “...la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo —no electivos— en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representando por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional” (párr. 2o del considerando 19).

Además “pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado con base en la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia)”. Esta última afirmación hecha por tierra otro fantasma, el de la posibilidad de impugnar el decisorio.

De esta manera, la CSJN ratificó la constitucionalidad del veredicto “culpable” o “no culpable” del jurado, y de esta forma, puso fin a la máxima resistencia teórica del juicio por jurados. Pareciera entonces que no existen razones para sostener las

mismas resistencias en los casos civiles, toda vez que al ser de aplicación idénticos conceptos no se advierte incompatibilidad alguna.

8. Posibilidad de revisión de la decisión.

El jurado es perfectamente compatible con el re-examen amplio de la sentencia, tal como se desprende de las consideraciones citadas. El tema ha sido bastamente desarrollado por la jurisprudencia de los países que tienen este sistema, Canadá y Estados Unidos entre otros e incluso por los tribunales supranacionales conforme los casos mencionados precedentemente y en particular lo expresado por nuestra CSJN, a lo que me remito.

Así, lo resuelto en el fallo Canales es un hecho por demás relevante si tomamos en consideración que en el proceso penal el derecho al recurso tiene jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) Constitución Nacional) y convencional (art. 8.2 h Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), a diferencia de lo que sucede en el proceso civil donde el tema aun es materia de discusión.

Los cuestionamientos parecen emerger de la búsqueda de una manera de controlar al jurado, pero sin valorar la génesis del instituto, diseñado a partir de sólidas bases de control republicano y democrático. Las limitaciones de comprensión, por lo general tienen que ver con nuestros escasos conocimientos sobre su funcionamiento y especialmente sobre su esencia.

Los sistemas modernos angloamericanos y continentales se inclinan a conceder control sobre la vida de un pleito a las partes que están en situaciones comparables. El veredicto es el colofón de un juicio justo (fair trial), con oralidad e inmediación como base del juicio y amplia deliberación.

Todo el sistema recursivo gira principalmente sobre el eje de las instrucciones y los actores del sistema están largamente acostumbrados a que los recursos se interpongan y se litiguen en base a lo que el juez dijo, o dejó de decir o dijo erróneamente en las instrucciones.³⁷⁷ Explica Harfuch, que lo que se recurre en el juicio por jurados, no es el veredicto: lo que se cuestiona directamente son las instrucciones del juez y el estándar probatorio (la cantidad y calidad probatoria producida en el debate).³⁷⁸ En el common law no hay reparo para abrir la instancia recursiva y evaluar el quantum de la prueba.

Para ratificar lo señalado, resulta interesante remitir al diseño de la nueva regulación establecida en la Ley de Chaco cuando establece que serán aplicables las reglas generales de la impugnación de las sentencias que prevé el Código Procesal Civil y Comercial y Tributario de la Provincia y conforme al art. 61 de la misma prevé además que “constituirán motivos específicos para su interposición: “a) La inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución y recusación del jurado y a la capacidad de sus miembros; b) La arbitrariedad de la decisión que rechace o admita medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado

³⁷⁷ Conf. HARFUCH, Andrés - “*El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires – Ley provincial 14.543 anotada y comentada. El modelo de jurado clásico.*”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2013, págs. 307/9.

³⁷⁸ Conf. HARFUCH, Andrés, op. Cit., pág. 308

el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado; c) Cuando se hubieran cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión; d) Cuando la sentencia se derive de un veredicto del jurado que sea arbitrario o que se apartare manifiestamente de la prueba producida en el debate.”

En definitiva, esta sintética aproximación a un tema tan trascendente, nos desafía a superar prejuicios y temores, sobre todo cuando no nos hemos adentrado en la génesis y dinámica armónica del instituto en cuestión.

9. Reflexiones finales.

El tema nos reclama un estudio serio con participación de expertos, las presentes reflexiones son solo una aproximación acerca del funcionamiento del instituto. Los distintos foros académicos deberían abrir esa instancia de estudio y debate plural.

Ese estudio no tendría que omitir una mirada introspectiva y analítica. La visión autocrítica nos ayudaría a ser menos prejuiciosos, sin que ello implique afirmar que el juicio por jurados solucionará todos los problemas de la justicia, sino que modestamente puede articular de puente entre el poder judicial y la sociedad, actuando como un espacio de interacción con la comunidad, en particular cuando se trate de solucionar conflictos que por sus características reclamen una reflexión colectiva. Como señala Gargarella, para conocer qué es lo justo, cuando tenemos visiones distintas de lo que es justo.³⁷⁹ Afirmación de particular relevancia si pensamos en las características de determinados procesos colectivos como es el caso de los conflictos sobre medio ambiente.

Otro aspecto no desdeñable, es que en los jurados el control democrático es directo mediante el juicio de sus pares, toda vez que el ciudadano común regresa a su barrio a su pueblo o al lugar de donde provenga y debe dar explicaciones de su decisión a los vecinos.

Estas reflexiones solo pretenden acercarnos a un tema novedoso entre nosotros que nos interpela hoy en el proceso civil, donde deberíamos redoblar los esfuerzos para instaurar una oralidad menos declamada y más practicada.

³⁷⁹ Conf. GARGARELLA, Roberto - “Juicio por Jurados en la Constitución Nacional”, entrevista, en “Juicio por Jurados en la Justicia Civil. Materiales y Reflexiones desde Argentina”, Leonel González Postigo y Matías A. Sucunza, Compiladores, CEHA-JSCA, septiembre de 2021, pág. 25.

CAPÍTULO XII PSICOLOGÍA Y PROCESO (De Wundt a las neurociencias)

Por Enrique M. Falcón(*380)

Sumario.- A) LA PSICOLOGÍA .1. Introducción. 2. El origen “científico” de la Psicología y las escuelas. a) Estructuralismo. b) La psicología de JAMES. c) Otras escuelas. 3. Otras líneas en materia del examen de la mente. a) Psicoanálisis. b) La “Gestalt”. c) Psiquiatría y Psicología. Los analistas. d) Psicología cognitiva. d) El Conductismo. e) Las neurociencias. g) Conclusión preliminar. 3. Equipo interdisciplinario. 4. El examen psicológico del individuo. a) El enfoque psicológico mediante la teoría de la percepción. b) La percepción y su fiabilidad. 5. Los sentidos. a) Objeto y tipo de sentidos. b) Aplicaciones psicológicas en el Derecho. B) PSICOLOGIA Y DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL. 6. Psicología en el Derecho Penal. a) Insuficiencia de facultades. b) Morbosidad. c) Psicopatía y psicópatas respecto de los delitos penales. La sociopatía. d) El borderline. e) Alcoholismo. e) Estado de inconciencia. 7. El error o la ignorancia de hecho no imputables. a) Error de hecho y de derecho. b) Error de prohibición. 8. El error de tipo. 9. Errores evitables e inevitables. 10. La comprensión. 11. Las Psicología en el proceso y las circunstancias del imputado. a) Incapacidad previa del imputado. b) Incapacidad sobreviviente. c) Delitos que requieren examen mental. C) PSICOLOGIA Y DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL. 12. La evolución del Derecho en el campo de la psicología. 13. La evolución de la incapacidad en la legislación. 14. La cuestión de la salud mental. a) La protección de la salud mental. b) Las evaluaciones interdisciplinarias. c) Sordomudez. d) Convenios con las provincias. 15. El proceso incapacidad y de restricción de la capacidad. Las reglas generales. 16. La cuestión de la internación. Carácter restrictivo. 17. Legitimación. a) Solicitud. b) Edad. c) Legitimación activa interpersonal. d) Legitimación activa parental. e) Legitimación activa del Ministerio Público. |f) Legitimación pasiva del propio interesado. 18. Competencia. 19. Procedimiento. 20. Actuación del juez durante el proceso. 21. Las pruebas. 21.1. Plena capacidad. 21.2. Ofrecimiento y producción probatoria. 23. Sentencia. a) Reglas generales. b) Persona con capacidad restringida. c) Los apoyos. d) La declaración de incapacidad. e) Alcances y registración de la sentencia. f) Revisión de la sentencia. g) Externación y cese de la incapacidad. 24. El pródigo.

A) LA PSICOLOGÍA

1. Introducción.

La Psicología (literalmente del griego «estudio o tratado del alma», más tarde entendido como *estudio de la mente* (de *psique*, “mente”, y *logos*, “conocimiento”), es una de las tareas más interesantes en el campo de investigación actual, entendiendo por Psicología, la disciplina que se ocupa del estudio de la mente del ser humano en sus varias y múltiples facetas (como el estudio y el análisis de la conducta y los procesos mentales de los individuos y grupos, y que va desde lo más elemental de la investigación inicial hasta la actual neurociencia) y cuyo campo abarcativo comprende todos los aspectos de la experiencia humana, aunque desde el punto estricto de la ciencia resulta ser una proto-ciencia, ya que las diversas escuelas e ideas que la representan no han logrado desarrollar un edificio uniforme, sino que por el contrario se contradicen y se abroquelan en muchos casos de manera fanática

*380 Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Ex profesor Titular Regular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Co-fundador y presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Director del Instituto de Derecho Procesal de la Academia citada.

en ideas y teorías que no han superado los estándares científicos probatorios básicos⁽³⁸¹⁾.

Sin perjuicio de ello, muchos y prometedores avances resultan del mayor interés para el estudio del Derecho por las importantes implicancias que la Psicología introduce en el mismo. Como muestra de esta evidencia, en los últimos tiempos el Derecho tiene la tendencia de abandonar los criterios de estructuras cerradas, para pasar a la aplicación de las cuestiones psicológicas de manera elástica y dinámica, aspectos que ya se destacaron en las modificaciones del Código Civil (Leyes 17.771 y 26.657, arts. 152 bis y ter CCivil respectivamente) que se reflejaron en la nueva visión que trae el Código Civil y Comercial, no olvidando en materia penal las modernas concepciones sobre la mediación y la justicia restaurativa y teniendo presente la las cárceles tienen por objeto, además de la seguridad, la reeducación del detenido para su reinserción en la sociedad, criterio ya antiguo, pero difícilmente logrado. Lamentablemente la realidad no acompaña la evolución teórica y los criterios de ciertas normas jurídicas crean más perjuicios que soluciones. En parte ello se debe a la orientación universitaria que se da a la materia y en lo que hace al Derecho la poca atención que se presta en la enseñanza de la Psicología, donde sólo recientemente algunas Facultades la han incorporado a su curriculum. Sin embargo, una simple mirada sobre lo más elemental de esta materia nos muestra la necesidad de su estudio. Aspectos como la memoria y el olvido en las pruebas por declaración, los procesos de incapacidad, la capacidad para comprender la criminalidad del acto, es decir, la inimputabilidad, el examen previo del imputado, el estado psicológico para obtener salidas, etc., son todos elementos fundamentales que ocupan un campo importante de la psicología judicial.

Si bien la psicología abarca toda una serie de ramas diversas, es al aspecto patológico al que mayor atención se le presta en el campo del Derecho, en razón de que las conductas que se despliegan en el campo de la psicología tienen especial efecto en la resolución de los conflictos jurídicos. A esta área de la Psicología se la denomina generalmente Psiquiatría Médico Legal o Forense, por ser la especialidad médica que se ocupa de las enfermedades mentales y su tratamiento. Pero la Psiquiatría, de modo genérico es también una parte de la Psicología en sentido amplio⁽³⁸²⁾, o -dicho de otra manera- se ocupa del estudio de las conductas

³⁸¹ La división del campo de trabajo en escuelas es una de las características de la psicología que la diferencia de las demás disciplinas científicas. Las escuelas se distinguen de las ramas científicas por el hecho de que -entre otras cosas- aquéllas no se originan, como éstas, en el avance lineal de las ciencias. Cuando el progreso científico coloca a los investigadores frente a nuevos hechos en torno de los cuales surgen conocimientos o técnicas especializados, esta especialización da lugar a la formación de ramas científicas. Tales son, por ejemplo, la microfísica o la embriología experimental, -que se diferencian de las otras ramas de sus respectivas disciplinas científicas por sus objetos de estudio. Las escuelas, en cambio, no se diferencian entre sí por sus objetos sino por las teorías y métodos que propugnan para los mismos objetos. Su proliferación constituye, por lo tanto, un indicador del estado precientífico de la disciplina en la que se desarrollan (MUSSO, J. Ricardo -*Falacias y mitos metodológicos de la psicología*, Paidós, Buenos Aires 1965, p. 11). BLEGER, en este mismo orden de ideas, explica que "en el abigarrado panorama de la Psicología actual, coexiste en forma aislada y contrapuesta un numeroso conjunto de escuelas y subescuelas, de método y técnicas, de corrientes e ideologías. El conjunto ofrece la apariencia de una verdadera dispersión, sin orden, sin nexo, sin sentido, sin comunicación" (BLEGER, José -*Psicología de la conducta*, EUDEBA, Buenos Aires 1969, p. 9).

³⁸² Al respecto ACHÁVAL expone que "la Psiquiatría medicolegal o Psiquiatría forense o Psicopatología médico-legal o forense, es aquella parte de la medicina legal que estudia las cuestiones legales de los estados de anormalidad psíquica" (ACHÁVAL, Alfredo -*Manual de medicina legal*, Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 457), o -dicho de otra manera- se ocupa del estudio de las conductas psicopatológicas en relación con la legislación de cada país (STINGO, Néstor - ZAZZI, María C. -

psicopatológicas en relación con la legislación de cada país, pero es la psicología aplicada por médicos (por lo menos en nuestro país). Desde otro ángulo, SILBERSTEIN dice que la Psiquiatría es aquella rama de la medicina que se ocupa de las enfermedades mentales, los problemas emocionales y los desórdenes de la personalidad⁽³⁸³⁾, asociando así el estudio de las enfermedades mentales con la Psiquiatría de modo específico. Pero no es sólo el campo patológico lo que se relaciona al Derecho con la Psicología, sino otros aspectos como ser, por ejemplo, las conductas y los modos de observación de las partes y de los testigos a fin de establecer criterios para determinar la verdad o falsedad de sus dichos. Más allá de estos aspectos es importante considerar también, junto con los elementos psicológicos las causas biológicas de las enfermedades mentales y ponerlas en consideración de los elementos a estudiar en cada caso en particular⁽³⁸⁴⁾.

2. El origen “científico” de la Psicología y las escuelas.

La Psicología, como otras disciplinas, tiene sus propias dificultades. Las numerosas escuelas, como hemos ya señalado, ensombrecen el panorama científico. Ha resultado muy costoso a la Psicología -que originariamente estaba dentro de la Filosofía- lograr su independencia, la creación de marcos y métodos propios, y definir su presencia de modo concluyente. Una revisión de las escuelas del siglo XX, cuando la Psicología se había instituido como una disciplina a la que llaman científica por oposición a los estudios anteriores de tipo filosófico, nos permite ver la diversidad de contenidos. Llamarnos entonces Psicología moderna o científica (sin perjuicio de la calificación de protociencia que le hemos dado) a la nacida a partir de Wundt, a quien corresponde el mérito de haber iniciado el movimiento para fundar y establecer la Psicología como ciencia sobre sólidas bases

AVIGO, Liliana N. y GATTI, Carlos L. *-Psiquiatría medicolegal*, en Patito y otros, "Tratado de medicina legal y elementos de Patología Forense", Editorial Quantum, Buenos Aires 2003, p. 845).

³⁸³ SILBERSTEIN, José Alejandro *-Psiquiatría forense. Temas de debate y puntos de partida*, La Ley, 1991-E-1069.

³⁸⁴ DONNA explica a este respecto: Coincide la doctrina en sostener que la mayoría de las legislaciones prefiere el método mixto. "La ley -dice Maurach Zipf- enumera taxativamente las causas del deterioro espiritual pero les atribuye importancia sólo en la medida en que alcancen el grado presupuestado". El método mixto según Díaz Palos "atiende tanto a las bases biológicas que producen la inimputabilidad como sus consecuencias en la vida anímica del autor". Dentro de este último grupo se pueden encontrar diversas alternativas del sistema mixto, que van desde fórmulas biológicas -psicológicas y psiquiátricas-, hasta formulas psiquiátricas-jurídicas. En estas últimas, esto es, las psiquiátricas-jurídicas, se ubica el Código Penal argentino. "Son fórmulas psiquiátricas-jurídicas aquellas que incorporan los resultados de alcance moral y jurídico inherente a la psiquiátrica deficiencia o perturbación. Esta forma de regular la capacidad de culpabilidad se remonta a las Partidas cuando se refería el loco, desmemoriado o menor, y les exime de pena en el homicidio, "porque no sabe ni entiende el yerro que face". Esta doctrina española no reaparece hasta principios del siglo XIX, recogida por códigos foráneos, el primero el de Baviera de 1813, que sirve de fuente, a su vez, a los códigos de los cantones suizos para incorporarse luego en las legislaciones hispanoamericanas (Argentina, Paraguay y México). En este tipo de fórmula se da una conjunción feliz del error y de la insania, concretado en la expresión que impida a la gente tener conciencia del hecho o de su criminalidad En este sentido se puede decirse que está incorporada al código danés de 1886, al Noruego de 1902 y alemán vigente" (con cita de Díaz Palos) (DONNA, Edgardo Alberto - *Capacidad de culpabilidad o imputabilidad*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, =31, Abril 1998, p. 47). La fórmula mixta del art. 34, inc. 1º, prevé causas psicopatológicas y consecuencias psicológicas, que deben haber provocado en el agente su incapacidad valorativa. La peritación médica sólo debe tender a acreditar la existencia de uno de tales estados mentales que hayan tenido como consecuencia psicológica privar al sujeto de la comprensión de la criminalidad o de la posibilidad de dirigir sus acciones de acuerdo a esa comprensión (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala I, 22 de junio 1995, Rufino).

experimentales⁽³⁸⁵⁾. La paternidad de Wundt ha sido admitida por todas las corrientes. Pero HEIDBREder aclara: “El primer laboratorio de psicología fue fundado en 1879 por Wilhelm Wundt, en Leipzig. Esta frase figura inevitablemente en toda exposición acerca del desarrollo de la psicología como ciencia. La referencia no es por completo exacta y la verdad que contiene puede llevar fácilmente a conclusiones falsas, pero como se acerca tanto a un hecho de importancia, ha encontrado lugar seguro en la erudición psicológica... Desde el punto de vista estrictamente cronológico, es probable que el primer laboratorio de psicología haya sido el que William James creó en Harvard, casi en forma casual hacia 1875. Pero... la psicología experimental estaba ya en el ambiente; existía mucho antes de que se instalaran los laboratorios... Una vez que las ciencias físicas comenzaron y siguieron en constante progreso, la psicología científica debía surgir inevitablemente”⁽³⁸⁶⁾. Y es cierto y redundante decir que en determinados contextos científicos, artísticos, industriales o de cualquier otra naturaleza, cuando maduran los conocimientos o actividades en alguna materia, que distintas personas vayan recorriendo el nuevo camino de la misma manera, aun sin conocerse⁽³⁸⁷⁾. En la actualidad estos aspectos se destacan en la Informática. Veamos algunos aspectos de las escuelas e ideas psicológicas que se formaron en el siglo XIX.

a) *Estructuralismo*. El estructuralismo surgió en los Estados Unidos de América. Tuvo como representante de la escuela de Wundt a Titchener (1867-1927) y contó con importantes miembros como Catell, Wolfe, Frank y Angell (que luego pasó al Funcionalismo), entre otros. Esta psicología era experimental y dogmática, y Titchener pensó que la psicología y la física tienen el mismo objeto porque parten de la experiencia, aunque la examinan desde ángulos diferentes. Para Titchener, la psicología es *la experiencia que depende de un sujeto “experienciante”*. De modo que la tarea de la psicología no existe para prestar auxilio a las almas enfermas, ni

³⁸⁵ BRENNAN, R.E. -*Historia de la psicología*, Ed. Morata S.A., Madrid, 1969, p. 140. Wilhelm WUNDT, escribió numerosas obras y tuvo muchos e importantes discípulos. De las obras que se relacionan específicamente con el tema que estamos examinando puede destacarse *Elementos de psicología fisiológica* (título original en alemán “Grundzüge der physiologischen Psychologie”, 1874, en español, editado por *ElSeminario.com.ar*, 2000, p. 2). En este libro, Wundt sostuvo su propuesta de estudiar la mente humana en forma objetiva y científica, es decir, recurriendo al método científico, pero para ello explica en la Introducción: “El título de este libro indica ya que intento combinar dos ciencias que, aunque ambas se ocupan casi de un sólo y mismo tema, del estudio particular de la vida humana, han recorrido no obstante, durante mucho tiempo, vías diferentes. La Fisiología expone su luz sobre esos fenómenos biológicos que perciben nuestros sentidos externos. En la Psicología el hombre se ve, por así decirlo, por dentro, y busca explicarlo el encadenamiento de los hechos que le ofrece esta observación interior. A pesar del aspecto tan diverso que parecen presentar por lo general de su contenido nuestra vida interna y nuestra vida externa, las dos tienen, sin embargo, numerosos puntos de contacto, porque la experiencia interna es continuamente influenciada por agentes exteriores, y nuestros estados internos ejercen frecuentemente una acción decisiva sobre los cambios del hecho externo. Es así como se forma un círculo de fenómenos biológicos accesible simultáneamente a la observación externa e interna; un dominio limítrofe que, mientras la fisiología y la psicología permanezcan separadas una de otra, será convenientemente asignado a una ciencia particular que le es intermediaria. ...Por consiguiente, nosotros imponemos a nuestra ciencia una doble tarea. Ella debe, en primer lugar, escrutar esos fenómenos biológicos que, estando equidistantes de la experiencia interna y la externa, necesitan la aplicación simultánea de los dos métodos de observación, externa e interna; en segundo lugar, debe utilizar las perspectivas a las que la ha conducido la investigación de ese dominio, para aclarar el conjunto de los fenómenos biológicos, a fin de mejor develar y comprender en su totalidad al ser humano”.

³⁸⁶ HEIDBREder, Edna - *Psicologías del siglo XX*, Paidós, Buenos Aires 1967, p. 61 y 63.

³⁸⁷ Quizás la polémica más importante o más conocida, sobre este tema, fue la que desarrollaron Newton y Leibniz sobre quien descubrió o inventó el cálculo infinitesimal (conocida como controversia del cálculo), aunque dado la capacidad y conocimientos de cada uno de ellos no resulta fuera de lugar que ambos hubieran trabajado de manera independiente sobre la materia.

para aliviar sufrimientos, ni para producir mejoras, sino para descubrir hechos relativos al objeto y comprenderlos⁽³⁸⁸⁾.

b) *La psicología de JAMES*. William JAMES fue contemporáneo de Titchener; aunque murió cuando se hallaba en su apogeo, no obstante, su psicología tuvo fuerza e influencia. Partió de la metafísica para volcarse a la ciencia. James fue un psicólogo desconcertante, pero su fuerza y necesidad de conocimientos lo llevó a investigar áreas en las que estaba vedado entrar seriamente en aquellos años, como la metapsíquica (actual “parapsicología”). En sí fue un empirista, para quien sin la experiencia no hay nada. Entre sus conceptos incluye el de que la conciencia no está constituida por compartimientos, sino que es un fluir continuo, y adelantó conceptos como el pensamiento sin imágenes. En sus obras trata sobre el tiempo (contenido todo en un engañoso presente), la memoria y aspectos generales como la sensación, la percepción, la creencia, el razonamiento y la volición⁽³⁸⁹⁾.

c) *Otras escuelas*. Entre éstas podemos encontrar la del *funcionalismo* (DEWEY, 1859-1952; ANGELL, 1869-1949), cuyo objeto era el estudio de las actividades o procesos psíquicos; la *psicología dinámica* (WOODWORTH, 1869-1968), que se basó en el desarrollo de otras escuelas, tratando de aplicar los principios diversos a cada situación como “actividad de la mente”; la *psicología del individuo* de ADLER (1870-1937), para quien los instintos agresivos y la tendencia al poder predominan sobre los demás instintos. Se recuerda especialmente la introducción del concepto de “complejo de inferioridad”, y la *psicología de la transferencia* de JUNG (1875-1962), que -a diferencia de Freud- considera que el inconsciente no es personal sino colectivo. Las líneas se fueron orientando de manera particular. Así, fue apareciendo la *psicología social* (en la cual se nota la participación de numerosos filósofos, científicos y psicólogos), la *psicología reflexológica* de PAVLOV, la *psicología comprensiva* de Dilthey; la *fenomenológica* de MERLEAU-PONTY; la *psicología factorial* de Spearman; el *movimiento parapsicológico* de RHINE y otras numerosas escuelas a las que podemos agregar la *Psicología clínica* (MENCHS).

3. Otras líneas en materia del examen de la mente.

Más allá de lo expresado, cabe mencionar de modo especial algunas orientaciones en el campo de la Psicología (en el sentido que hemos dado al término) que se han destacado y que ocupan un lugar fundamental en el presente.

a) *Psicoanálisis*. El psicoanálisis es una creación de FREUD, que pretendió la investigación de las causas de ciertos fenómenos psicológicos con fuente en impulsos y conflictos originados durante la niñez. Asimismo, en numerosos trabajos se ocupó del inconsciente, de la interpretación de los sueños, buscó una explicación a la forma de operar de la mente y a tal fin propuso una estructura de la misma

³⁸⁸ TITCHENER, E. B.. -*Experimental Psychology: A manual of laboratory practice*. Volume I: New York: The Macmillan Company, 1901; Volume II, Id. Id. 1905.

³⁸⁹ Una de las obras fundamentales de JAMES fue “Pragmatismo” (1907), que se publicó con otra posterior “Cuatro ensayos de ‘El significado de la verdad’”. La obra tiene una dedicatoria interesante que indica la línea del autor “A la memoria de John Stuart Mill de quien yo aprendí por primera vez la pragmática, apertura de la mente y a quien mi fantasía gusta imaginar como nuestro líder si el viviera hoy” (JAMES, William -*Pragmatismo y cuatro ensayos*, de “El significado de la verdad”, versión castellana de S. Elizondo, Ed. Roble- México, 1963). Lo interesante de la dedicatoria es que J. S. Mill, como sabemos, fue un filósofo, político y economista británico, representante de la escuela económica clásica y teórico del utilitarismo, pero no psicólogo. Lo que muestra la interrelación de las ciencias y cómo elementos de una pueden ser útiles a la otra.

dividida en tres partes: el ello, el yo y el superyó. Argumentó que la relación de estas partes está influenciada por factores o energías innatos, a las que denominó pulsiones: el Eros o pulsión de vida y el Tanatos o pulsión de muerte. Sostuvo que libido madura en los individuos por medio del cambio de su objeto, etc. ⁽³⁹⁰⁾.

En las distintas apreciaciones del Psicoanálisis tenemos por ejemplo que LAGACHE comenta: “Cuando Freud habla de instinto, le da la significación de un comportamiento animal fijado por la herencia y característico de la especie, cuando habla de impulso, es en el sentido de un ‘empuje’ energético y motor que orienta al organismo hacia una finalidad”⁽³⁹¹⁾. Un tema importante respecto del psicoanálisis es el de la verdad. Freud pasó por varias etapas respecto de este concepto. En un estudio completo sobre el tema, LUTENBERG nos explica que Freud -por medio de su teoría del aparato psíquico- nos aproxima a la noción de que la verdad no puede ser pensable según el criterio “real y objetivo”, sino desde una perspectiva limitada por la propia estructura de la mente que la concibe y el lenguaje que la devela. Concluye Lutenberg que el psicoanalista debe discriminar, dentro del vínculo analítico, cuál es el vértice de la verdad apropiado para ser usado en cada instante de la sesión⁽³⁹²⁾. Por su parte, NUTTIN critica por superficial los conceptos del psicoanálisis en tanto están referirlos exclusivamente a la libido⁽³⁹³⁾. Pero cabe recordar que la teoría de los impulsos de Freud evolucionó desde 1920 (impulsos sexuales e impulsos del “yo”), para agregarle luego los conceptos narcisistas, y más tarde -en una segunda teoría de los impulsos- distinguió los impulsos de la vida (Eros, sexualidad, libido) y de la muerte y agresión. LAGACHE aclara: “La proyección de los impulsos de muerte que son autodestructivos, sobre los objetos exteriores, produce las tendencias destructivas; los impulsos de la vida, primitivamente investidos del Yo, dan, por proyección también, la libido objetal. No existe conducta puramente narcisista u objetal, destructiva o libidinal; todas las conductas son combinaciones u opciones de ambos grupos de instintos”⁽³⁹⁴⁾.

Pero las críticas sobre diversos aspectos del psicoanálisis no finalizan allí y de todas ellas la realizada por BUNGE no puede soslayarse. En primer lugar manifiesta que cualquier filosofía capaz de comprender y promocionar la investigación científica reúne las características siguientes: lógica, semántica, ontológica, gnoseológica, ética y sociológica⁽³⁹⁵⁾. Y dice: El psicoanálisis viola la ontología y la

³⁹⁰ FREUD, Sigmund, *Obras completas*, Amorrortu, Buenos Aires Madrid, 1979, 25 tomos.

³⁹¹ LAGACHE, Daniel -*El psicoanálisis*, Paidós 1963, p. 29.

³⁹² "Técnicamente hablando, no es posible que un paciente pueda adquirir una visión de conjunto de las divisiones de su personalidad por el mero hecho de levantar representaciones o reconocer conscientemente sus escisiones yoicas. Se requiere de la mirada intuitiva del yo dirigida hacia la totalidad de sí mismo para percibir una noción realista acerca de las consecuencias que tienen las escisiones en su vida total" (LUTENBERG, Jaime M. -*El psicoanalista y la verdad*, Ed. Punlikar, Buenos Aires, 1998, p. 377).

³⁹³ NUTTIN, Joseph -*El psicoanálisis y la concepción espiritualista del hombre*, EUDEBA, Buenos Aires 1972, p. 8.

³⁹⁴ LAGACHE, cit. -*El psicoanálisis*, p. 31.

³⁹⁵ Con cita del mismo BUNGE, Mario, en su -*Teatrise on Basic Philosophy*, 8 vols. Reide, Dordrecht y Boston 1974-1989; Id. BUNGE, *La investigación científica*, Siglo XXI, México 2000 p. 32 y 36. En el mismo sentido ALONSO, José Ramón y ALONSO ESQUISÁBEL, Irene -*Del alma a la neurociencia*, Emse Edapp SL. y Editorial Salvat SL., España 2019, p. 118, dicen: “El psicoanálisis sigue siendo influyente en la psicología y en la psiquiatría a pesar de la carencia de evidencias científicas en su favor, y ha ampliado su ámbito de actuación de ser una forma de terapia para enfermedades mentales a permear gran parte de las humanidades. Sin embargo, a pesar de algunos intentos para vincularlo a la ciencia experimental, como el neuropsicoanálisis, en las últimas décadas han arreciado las críticas sobre su eficacia y su estatus, y es considerado por la mayoría de los investigadores del cerebro más que una verdadera disciplina científica una pseudociencia, pues se basa en postulados no demostrados”.

metodología de toda ciencia genuina. Ciertamente, sostiene que el alma (“mente”, según la traducción estándar al inglés de las obras de Freud) es inmaterial y puede actuar sobre el cuerpo, como se muestra en los efectos psicósomáticos. Sin embargo, el psicoanálisis no supone ningún mecanismo mediante el cual una entidad inmaterial pueda alterar el estado de otra material; simplemente afirma que se da el caso. Además, esa afirmación es dogmática, puesto que los psicoanalistas, a diferencia de los psicólogos, no realizan ninguna prueba empírica. Concretamente, ningún psicoanalista ha montado jamás un laboratorio. El propio Freud diferenció enfáticamente el psicoanálisis tanto de la psicología experimental como de la neurociencia. Para conmemorar el primer centenario de la publicación de “La interpretación de los sueños”, de Freud, el *International Journal of Psychoanalysis* publicó un informe realizado por seis analistas de Nueva York (Vaughan et al., 2000), que supuestamente informaron de la primera prueba experimental del psicoanálisis en un siglo de existencia. En realidad, no se trató de ningún experimento, puesto que no se contó con ningún grupo de control. Por tanto, esos autores no tenían derecho a concluir que las mejoras observadas se debieron al tratamiento; pudieron haber ocurrido simplemente de forma espontánea. Así pues, los psicoanalistas no emplean para nada el método científico, puesto que no saben de qué se trata. Al fin y al cabo, no tienen formación científica; en el mejor de los casos, son médicos generalistas. El psicoanalista francés Jacques Lacan —un héroe del postmodernismo— admite esta idea y sostiene que el psicoanálisis, lejos de ser una ciencia, es simplemente una práctica retórica: *l’art du bavardage* (el arte de la charla). Al final, dado que los psicoanalistas sostienen que sus conclusiones son tanto reales como efectivas sin haberlas sometido al ensayo experimental o a pruebas clínicas rigurosas, difícilmente puede afirmarse que procedan con la honradez intelectual por la que, se supone, deben regirse los científicos (aunque ocasionalmente cometan deslices). En suma, el psicoanálisis no está cualificado para considerarse una ciencia. Contrariamente a la creencia general, no es siquiera una ciencia fallida, puesto que prescinde del método científico e ignora los contraejemplos. Se trata de una charlatanería psicológica³⁹⁶. Y concluye: Una semi-ciencia es una disciplina que comenzó como ciencia y es considerada normalmente como tal, aunque no reúna todas sus características. Mi opinión es que la cosmología, la psicología y la economía son semiciencias³⁹⁷.

b) *La “Gestalt”*. Desde fines del siglo XIX, a pesar de los desarrollos analíticos de la ciencia y los logros que conquistaba, se advertía que la idea del conocimiento únicamente a través del sistema analítico no era suficiente. La psicología de la forma, gestáltica o de la configuración (como la llaman los españoles), tiene sus orígenes en las últimas décadas del siglo XIX y principios del XX. Podemos encontrar antecedentes en Brentano, von Ehrenfels, Mach y Benussi. Pero el verdadero fundador fue WERTHEIMER, quien en 1910 inauguró sus famosos estudios con la visión del movimiento, temas en los que participaron como observadores Kohler y Koffka³⁹⁸. Wertheimer había cuestionado las teorías anteriores, pues -como probó en 1912- psicológicamente se percibe el movimiento no como una suma de sensaciones, sino simplemente como experiencia, como fenómeno, algo que debía considerarse una forma, una *Gestalt*³⁹⁹. No se trataba de un haz de unidades de sensación sumadas, porque el todo es mayor que la suma de

³⁹⁶ BUNGE, Mario -*Las pseudociencias ¡Vaya timo!*, Ed. Laétoli, Navarra, España 2010, p. 52 y 53.

³⁹⁷ BUNGE, cit. -*Las pseudociencias*, cit. p. 55.

³⁹⁸ BRENNAN, cit -*Historia de la psicología*, p. 215.

³⁹⁹ WERTHEIMER, Max -*Gestalt psychology*; *Source Book of Gestalt Psychology* (Libro fuente de la Psicología gestáltica). New York: Harcourt, Brace and Co. 1938.

las partes. La teoría fue desarrollada especialmente por sus discípulos Köhler⁽⁴⁰⁰⁾ y Koffka⁽⁴⁰¹⁾.

La psicología de la forma no sólo representaba una idea global en el conocimiento de una ciencia, sino que importaba una manera de pensar de modo interdisciplinario, por sus relaciones con lo biológico, los animales, la cibernética, la epistemología, el lenguaje, etc., y es de carácter esencial para los antecedentes de los sistemas y la comunicación⁽⁴⁰²⁾. Esta visión vamos a ver que se emparenta con el examen global de la causa en la sentencia, mostrando que aspectos parciales que se van desarrollando durante el juicio no permiten llegar a resultados finales, aunque puedan tomarse medidas precautorias e inclusive dictar sentencias anticipadas, y esta visión de la psicología ha sido base de la Teoría General de los Sistemas.

En nuestro medio ha tenido gran desarrollo, destacándose la obra de BLEGER, quien expresa que trabajar en Psicología con el concepto de conducta es una especie de retorno a “los hechos mismos”, en la medida en que esto es factible en cualquier ciencia; debe atenerse a los hechos, tal cual se dan y tal como existen; permite confrontación de observaciones, verificación de teorías y comprensión unitaria de aportaciones ubicadas en distintos contextos o encuadres teóricos⁽⁴⁰³⁾.

c) *Psiquiatría y Psicología. Los analistas.* Al distinguir las dos profesiones (la Psicología y la Psiquiatría)⁽⁴⁰⁴⁾, COON cita a Deleon, Sammons y Sexton⁽⁴⁰⁵⁾, y

⁴⁰⁰ KÖHLER, W. -*Psicología de la forma*, Bs. As., Argonauta, 1948.

⁴⁰¹ KOFFKA, Kurt -*Principios de la psicología de la forma*, Bs. As., Paidós, 1953.

⁴⁰² BÜHLER, Karl -*Psicología de la forma*, Madrid 1965 p. 53 y ss., 75 y 130. La Psicología de la Forma nació de una reacción contra la Psicología del siglo XIX, que se había asignado por tarea el análisis de los hechos de consciencia o de conducta. El ejemplo de otras ciencias parecía imponer este método; la física y la química dividían los cuerpos en moléculas y átomos y la fisiología aislaba órganos; por consiguiente, la Psicología tenía también que aislar elementos y descubrir las leyes de sus combinaciones; el análisis ideológico de había allanado el camino. Los elementos fueron las sensaciones, es decir los datos simples, originales, irreductibles a todo nuevo esfuerzo de análisis, que respondían en la conciencia a la excitación de cada órgano sensible, según se decía. Fue la ambición de psicólogo componer un catálogo completo de ellas, describir o medir sus propiedades. El contenido propio de la sensación se encontraba en un segundo elemento, la imagen, que era en principio la reproducción. Pero después de haber descrito los elementos era preciso dar cuenta de su orden y agrupamiento, explicar la organización de los todos y las funciones de sus partes. Durante largo tiempo es problema apareció resultado por el asociacionismo. En la forma más sistemática de esta teoría, la asociación se establece por la contigüidad de los elementos en el tiempo y se refuerza por la repetición de esos contactos. Los límites en el espacio y el tiempo de esas agrupaciones complejas que llamamos objetos o acontecimientos, su significación y su valor, resultaban de conexiones establecidas por contactos accidentales entre elementos indiferentes unos a otros (GUILLAUME, Paul -*Psicología de la forma*, Cap. I, p. 1. Ed. Psique. Buenos Aires, traducción de *La psychologie de la forme* -Flammarion, 1937). Los hechos físicos son formas, es decir, unidades orgánicas que se individualizan y se limitan en el campo espacial y temporal de percepción o de representación. Las formas dependen de un conjunto de factores objetivos, de una constelación de excitantes; pero son transportables, es decir que algunas de sus propiedades se conservan en cambios que de cierta manera afectan a todos esos factores. La percepción de las diferentes clases de elementos y de las diferentes clases de relaciones corresponde a diferentes modos de organización de un todo, que dependen a la vez de condiciones objetivas y subjetivas. La correspondencia que se puede establecer entre los miembros naturales de un todo articulado y ciertos elementos objetivos no se mantiene, en general, cuando esos mismos elementos pertenecen a otro conjunto objetivo. Una parte en un todo es algo distinto a esa parte aislada o en otro todo, a causa de las propiedades que debe a su lugar y a su función en cada uno de ellos. El cambio de una condición objetiva puede producir un cambio local en la forma percibida, o traducirse por un cambio en las propiedades de tal forma (GUILLAUME, cit. - *Psicología de la forma*, Cap. I, p. 3).

⁴⁰³ BLEGER, cit. -*Psicología de la conducta*, p. 29.

⁴⁰⁴ Téngase en cuenta que hemos definido la Psicología como una disciplina general de la mente que comprende la Psiquiatría, la que apareció mucho después.

dice que un psiquiatra es “un médico que se especializa en el tratamiento de trastornos mentales. Los psiquiatras por lo general son ‘doctores que pasan gran parte de su tiempo haciendo psicoterapia’. Sin embargo, también pueden usar procedimientos médicos y recetar medicamentos, algo que un psicólogo no puede hacer. No obstante, esta diferencia, podría desaparecer. Una mayoría de psicólogos cree que deben concedérseles privilegios para prescribir medicamentos después de recibir capacitación adicional. Quienes apoyan este cambio señalan que los psicólogos hacen ahora todo lo que hacen los psiquiatras, excepto recetar medicamentos. Será interesante ver si los legisladores están de acuerdo”.

Con su característico humor, COON continúa: “Para ser psicoanalista, usted debe tener bigote y barba, anteojos, acento alemán y un diván bien acojinado, o al menos ése es el estereotipo del cine y la televisión. En realidad, para volverse psicoanalista, debe tener un título de médico o un doctorado en filosofía, además de una capacitación especializada adicional en la teoría y práctica del psicoanálisis freudiano. En otras palabras, un médico o un psicólogo puede convertirse en analista si obtiene mayor capacitación en un tipo específico de psicoterapia. Los analistas por lo general se someten a psicoanálisis antes de aplicar el método a otros. El análisis freudiano tradicional es costoso y requiere de mucho tiempo. Como resultado, los psicoanalistas se están convirtiendo en una variedad rara y los clientes buscan el análisis con menos frecuencia. Muchos psicoterapeutas modernos prefieren un enfoque ecléctico y flexible, en lugar de aplicar un solo tipo de terapia”(406).

Ello también es así en la Argentina donde, al igual que en España, un psiquiatra es un médico especializado en la rama de la medicina que estudia las enfermedades mentales, mientras que un psicólogo es un profesional que se dedica al estudio de los procesos y fenómenos mentales o psicológicos y especialmente en relación con la conducta humana y animal(407). De hecho, el psicólogo tampoco puede medicar en la Argentina.

d) *Psicología cognitiva*. La Psicología Cognitiva, llamada también Cognitivismo, es un área de la Psicología que estudia los fenómenos psicológicos de manera experimental. Entre ellos están las sensaciones, la percepción, la memoria, el conocimiento, el aprendizaje, las emociones etc. Básicamente se ocupa de los procesos cognitivos que regulan el comportamiento humano y los somete a un estudio a través de una metodología científica, basada en la razón. También se ocupa de temas como las creencias, los juicios, la adopción de decisiones y el lenguaje. El estudio de estas materias se ha considerado por los psicólogos como fuera del alcance de medición criterio con el que se han venido estudiando la Psicología. Desde este punto de vista la mayor crítica a la Psicología Cognitiva proviene del Conductismo (escuela psicológica que se basa en el estudio objetivo y experimental de la conducta) y del hecho de que ciertos supuestos sobre los que trabaja la psicología cognitiva, que pueden resultar inciertos. Sin embargo, esta línea de conocimiento psicológico se ha ido fortaleciendo y desde la década del sesenta del siglo pasado se ha venido formando una línea hegemónica en todo el mundo. Parte

⁴⁰⁵ DELEON, Patrick H – SAMMONS, Morgan T. y SEXTON, John L. -*Focusing on society's real needs. Responsibility and prescription privileges?* (Enfoque sobre las necesidades reales de la Sociedad. Responsabilidad y prescripción de privilegios?"American Psychologist", 50 (12), 1995, p. 1022 a 1032.

⁴⁰⁶ COON, Dennis -*Psicología. Exploración y aplicaciones*, 8ª edición, Ed. International Thomson Editores, México y otros países, 1999, p. 18.

⁴⁰⁷ FARRÉ MARTÍ, Joseph M. - LASHERAS PÉREZ, María Gracia -*Psicoanálisis*, en Farré Martí (dir.), "Diccionario de psicología", OcéanoGrupo Editorial, Barcelona 1999, p. 284 y 290.

de su aceptación y su avance se debe a los descubrimientos de las neurociencias con las que tiene una íntima relación, especialmente por los experimentos de escaneo del cerebro y otros adelantos logrados a través de diversos sistemas tecnológicos⁽⁴⁰⁸⁾. La Psicología cognitiva, además de su relación con la neurociencia, lo hace también con la educación, la inteligencia artificial, la lingüística, la antropología y la filosofía.

d) *El Conductismo*. El Conductismo es una línea de la psicología que considera que el conocimiento psicológico sólo se puede lograr mediante el empleo de procedimientos estrictamente experimentales para estudiar el comportamiento observable (la conducta; de allí su nombre), considerando el entorno como un conjunto de estímulos-respuesta. La línea conductista es tributaria de diversas escuelas anteriores (como al asociacionismo y el funcionalismo), pero también de concepciones de la época como la teoría darwiniana de la evolución, pues ambas corrientes hacen hincapié en una concepción del individuo como un organismo que se adapta al medio (o ambiente). El conductismo se desarrolló a comienzos del siglo XX; su figura más destacada fue el psicólogo estadounidense WATSON, quien insistía en que -sin perjuicio del estudio de los fenómenos psíquicos internos mediante la introspección-, tales experiencias no podían ser objeto de estudio científico, porque no eran observables⁽⁴⁰⁹⁾.

e) *Las neurociencias*. Las neurociencias son un conjunto de disciplinas científicas que estudian la estructura y la función del cerebro y las bases biológicas de la conducta. Constituyen un modelo interdisciplinario que va acompañadas por la matemática, la biología, la farmacología, la lingüística, la filosofía, la ingeniería, la

⁴⁰⁸ Véase QUINLAN, P. T. y DYSON, B -*Cognitive Psychology*, Publisher-Pearson (Londres, UK) Prentice Hall (Nueva Jersey, USA), 2008; TRIGLIA, Adrián -*Psicología cognitiva: definición, teorías y autores principales*, <https://psicologiamente.com/psicologia/psicologia-cognitiva>; EYSENCK, M.W. -*Cognitive Psychology*; An International Review. West Sussex, England: John Wiley & Sons, Ltd. 1990; BRUNER, Jerome S.: *La importancia de la educación*, Buenos Aires: Paidós, 1987; *Acción, pensamiento y lenguaje* (Compilación de José Luis Linaza). Madrid: Alianza Editorial, 2002. BROADBENT, Donald E. -*Perception and communication*; Oxford University Press, UK, 1987. GARCÍA GARCÍA, Emilio --*Primera ponencia. Teoría de la mente y ciencias cognoscitivas*, en “Nuevas perspectivas científicas y filosóficas sobre el ser humano”. Madrid: 2007-Universidad Pontificia de Comillas. p. 19.

⁴⁰⁹ En 1913, J.B. WATSON publicó un artículo titulado “Psychology as the behaviorist views it” (La Psicología como la ve el conductista) que tuvo gran influencia en la comunidad psicológica de comienzos del siglo XX. El sistema psicológico propuesto por Watson buscaba ser el fundamento de una psicología basada en las ciencias naturales, la experimentación y el estudio objetivo del comportamiento “El conductista pregunta ¿Por qué no hacer lo que podemos observar el verdadero campo de la psicología? Limitémonos a lo observable, y formulemos leyes sólo relativas a estas cosas. Ahora bien: ¿qué es lo que podemos observar? Podemos observar la conducta —lo que el organismo hace o dice. Y apresurémonos a señalar que hablar es hacer, esto es, comportarse. El hablar explícito o con nosotros mismos (pensar) representa un tipo de conducta exactamente tan objetiva como el béisbol” (WATSON, John Broadus y MCDUGALL, William -*El conductismo*, Paidós -Biblioteca Psicologías del siglo XX, Buenos Aires 1947, Cap. I). En este campo BLEGER tiene una visión dinámica de la conducta. Su concepción no es totalmente conductista ni idealista. Por otro lado incluye a la psiquis dentro del campo de la conducta, la cual es motivada por razones internas y externas. Y dice: “De manera que todo lo que los seres humanos hacemos o no hacemos resulta ser conducta y señala que Mowrer y Kluchhohn enumeraron cuatro proposiciones “mínimas esenciales” de una teoría dinámica de la personalidad, a saber: 1) la conducta es funcional. Por funcional entiende que toda conducta tiene una finalidad: la de resolver tensiones, 2) La conducta implica siempre conflicto o ambivalencia. 3) La conducta sólo puede ser comprendida en función del campo o contexto en que en el que ella ocurre. 4) Todo organismo vivo tiende a preservar un estado de máxima integración o consistencia (interna esto es adaptación) (BLEGER, cit. *Psicología de la conducta*, pp. 29 y 30).

psiquiatría y la psicología y se ha desarrollado en campos específicos como la neurobiología, la psicobiología, o la propia psicología cognitiva.

Como casi todas las cosas que creemos novedosas, la neurociencia tiene antecedentes en el estudio del cerebro que datan de 2800 a.C, (Papiro Smith, con datos sobre las primeras descripciones de suturas craneales, de la meninge, la superficie externa del cerebro, del líquido cerebroespinal y de las pulsaciones intracraneanas -Egipto-Dinastía XVII)⁽⁴¹⁰⁾. aunque lo que se conoce como la neurociencia moderna comenzó a finales del siglo XIX y ha tenido un notable desarrollo durante el siglo XX y comienzos del XXI. Nombres como RAMÓN y CAJAL, FLECHSING, ROEETGEN, KRAEPELIN, WUNDDT, PAVLOV, SHERRINGTON, BRODMANN, HORSLEY, DALE y otros numerosos científicos, desde distintos ángulos han jalonado la escalera del conocimiento en esta materia

MANES y NIRO explican que “las neurociencias estudian los fundamentos de nuestra individualidad: las emociones, la conciencia, la toma de decisiones y nuestras acciones sociopsicológicas. Todos estos estudios exceden el interés de los propios neurocientíficos, ya que también captan la atención de diversas disciplinas, de los medios de comunicación y de la sociedad en general. Como todo lo hacemos con el cerebro, es lógico que el impacto de las neurociencias se proyecte en múltiples áreas de relevancia social y en dominios tan disímiles. Por ejemplo, la neuroeducación tiene como objetivo el desarrollo de nuevos métodos de enseñanza y aprendizaje, al combinar la pedagogía y los hallazgos en la neurobiología y las ciencias cognitivas. Se trata así de la suma de esfuerzos entre científicos y educadores, haciendo hincapié en la importancia de las modificaciones que se producen en el cerebro a edad temprana para el desarrollo de capacidades de aprendizaje y conducta que luego nos caracterizan como adultos”⁽⁴¹¹⁾. En síntesis podemos decir que la neurociencia es el estudio del sistema nervioso, su estructura y funcionamiento, su desarrollo bioquímico y farmacológico y las patologías que lo afectan, para determinar cómo funciona y cómo se pueden obtener beneficios para la vida y la salud de las personas⁽⁴¹²⁾, a través de accesos no invasivos al cerebro.

⁴¹⁰ WILKINS, Robert H. -*Neurosurgical Classic-XVII. Edwin Smith Surgical Papyrus*». Cyber Museum of Neurosurgery (de la American Association of Neurological Surgeons- Asociación Estadounidense de Cirugía Neurológica).

⁴¹¹ MANES, Facundo y NIRO, Mateo -*Usar el cerebro*, Planeta, Buenos Aires, 2014, p. 26.

⁴¹² Las neurociencias han tenido una importante recepción en el Derecho, en especial en su faz penal, aunque también se cubren aspecto del Derecho Civil y del Derecho en general. Puede verse al respecto por ejemplo: DEMETRIO CRESPO, Eduardo - *Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho Penal* - Revista de Derecho Penal Rubinzal Culzoni; Año 2012 - N° 2 - Pág 65; PÉREZ MANZANO, Mercedes - *Fundamento y fines del derecho penal. una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia* - Revista de Derecho Penal Rubinzal Culzoni; Año 2011 - N° 1 - Pág 117; ROMEO CASABONA, Carlos María - *Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora ("enhancement") en neurociencias* - Revista de Derecho Penal Rubinzal Culzoni; Año 2012 - N° 2 - Pág 33; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel - *Libertad, culpabilidad y neurociencias* - Revista de Derecho Penal Rubinzal Culzoni; Año 2012 - N° 2 - Pág 156; ABRALDES, Sandro F. - *Derecho Penal y Neurociencias*, Rubinzal Culzoni Online, RC D 124/2021; MARCO FRANCIA, María Pilar -. DÍAZ, Viviana Laura -*Las neurociencias y el trabajo conectado: el camino de la empleabilidad sustentable en el marco de la revolución industrial 4.0*, Rubinzal Culzoni Online, RC D 1661/2017. SHINA, Fernando E. -*Las neurociencias en el Código Civil y Comercial: la explotación del sesgo cognitivo y el vicio de lesión. Una interpretación diferente del art. 332 del Código Civil y Comercial*, LA LEY Online, AR/DOC/3687/2020; Id. -*El acto jurídico voluntario sin discernimiento y sin intención. El impacto de las neurociencias en el Derecho Privado. El pensamiento de Daniel Kahneman* - LA LEY Online-AR/DOC/3835/2019; GALDÓS, Jorge M. - *Hacia una nueva noción conceptual del daño moral. El aporte de las neurociencias* Online, AR/DOC/2903/2020. SOBRINO, Waldo -*Neurociencias y Derecho*, Supl. Jur.Arg. 6/5/2020, p. 15.;

Desde el punto de vista psicológico puede decirse, de manera sencilla que la neurociencia es el conjunto de disciplinas científicas que estudian el sistema nervioso, con el fin de acercarse a la comprensión de los mecanismos que regulan el control de las reacciones nerviosas y del comportamiento del cerebro. Por estas razones y los avances dispares en las ciencias particulares es que también se han especializado los estudios y se habla en general de la neurociencia aplicada, la neurociencia cognitiva y el neurodesarrollo; en el campo de la medicina de la neurofisiología y la neuroanatomía, en las ciencias en general de la neurociencia computacional, la neuroeconomía, la neurolingüística y tal vez tengamos que agregar en algún momento el neuroderecho.

Este último aspecto no debe llamarnos la atención, pues el campo de las neurociencias ha penetrado en la moral y los valores humanos. Aunque todavía existen numerosas dificultades, parece ser que determinados exámenes y experimentos determinan que “en el intervalo temporal de 250 a 750 milisegundos tras la proyección del estímulo DMN ⁽⁴¹³⁾ que se encontraba activa en estado de reposo se desactivaba, siendo sustituida por una red relacionada sobre todo con las áreas occipitales (que son las encargadas de procesar estímulos visuales). Dicha red era la misma tanto para los estímulos «bellos» como para los «no bellos». Sin embargo, en el intervalo temporal de 1000 a 1500 milisegundos se producía la activación de una red diferente, que coincidía en bastante medida con la DMN, y a la que los autores denominan «red estética» porque aparecía solo para los estímulos «bellos». Los autores se preguntan si ¿Lo dicho acerca de la percepción de la belleza es aplicable a la valoración moral? Y agregan que Inmanuel Kant ya advertía en el siglo XVIII acerca de la semejanza que existe entre juicios estéticos y éticos)⁽⁴¹⁴⁾.

Pero estos autores habían iniciado su libro con las siguientes ideas “El cerebro moral... ¿Qué cerebro? Ni siquiera hace falta decir a cuál nos referimos porque se da por supuesto que estamos hablando del humano, del cerebro de nuestra especie. Pero ¿puede decirse que contamos con un cerebro moral? En realidad, no, porque no

VILLANUEVA RASPA La Ley, Paula N. -¿"Neuro"derecho? Hacia un diálogo entre el Derecho y las Neurociencias, LA LEY 2019-F- 997; VALENTE, Luis Alberto -Neurociencia y Neuroética en el marco jurídico de la salud mental, LA LEY Online AR/DOC/3909/2014.

⁴¹³ Default mode network (Red neuronal por defecto). “La DMN se considera un núcleo de procesamiento de la información neural y desarrolla un papel importante en la modulación de la atención entre los estímulos internos y externos. La alteración de esta red en ambos trastornos de aprendizaje no había sido descrita previamente de una manera tan robusta y con un patrón tan claro. En conjunto, los resultados encontrados ponen de manifiesto que en ambos trastornos hay una alteración de la red neural intrínseca a los procesos lectores, y al procesamiento numérico y el cálculo respectivamente, además de una alteración global de redes neurales implicadas en otros procesos, como el control atencional y la distribución de recursos cognitivos, entre las que destaca la alteración de la DMN. Estos resultados pueden abrir nuevas vías de conocimiento en la comprensión de estos trastornos del neurodesarrollo, en su detección precoz y en su reeducación”. (MATEU ESTIVIL, Roger -Alteraciones en la conectividad funcional cerebral asociadas a las dificultades lectoras y numéricas en la infancia (Tesis doctorales en Xarxa, Universitat de Barcelona- Departament de Psicologia Clínica i Psicobiologia, Resumen)).

⁴¹⁴ CELA CONDE, Camilo J. y AYALA, Francisco J. -El cerebro moral (evolución del cerebro y valores humanos), Neurociencia y Psicología, Emse Edapp, SL y Editorial Salvat, SL, 2019, págs.. 125 y 126. Sobre relaciones entre ética y estética véase: KANT, Inmanuel, -Lo bello y lo sublime: ensayo de estética y moral, Madrid, Calpe. 1919, id. con el título: Observaciones sobre lo bello y lo sublime: ensayo de estética y moral Edición bilingüe: alemán-español, UNAM, Fondo de Cultura Económica, México, 2005 (Podemos decir de manera resumida y simple que lo bello y lo sublime, según Kant, corresponden a la armonía o al antagonismo de dos facultades: el entendimiento y la imaginación. El sentimiento de lo bello proviene de una armonía pura entre estas dos facultades, mientras que lo sublime resulta de un conflicto que las opone, -ensayo original de 1764 en Kongsbey).

existe semejante cosa. El cerebro humano es un órgano. A su vez, la moral, en nuestra especie y, como iremos viendo a lo largo de este libro, en las de otros animales, tiene distintos significados, pero se refiere, en general, a un determinado comportamiento. No, ningún cerebro se comporta de forma moral. Quien lo hace es la persona que se sirve de él. No obstante, aunque sea por elipsis, ya hemos dado por supuesto algo que nos sirve de punto de partida. Los seres humanos actuamos de forma moral. Y lo hacemos merced a las características que tiene nuestro cerebro. Pero ¿qué quiere decir que nos comportamos de forma moral? La ética es un atributo humano universal. Los valores morales los hallamos en personas de todas las épocas y culturas, siempre utilizados tanto para guiar su conducta como para evaluar las de otros; para ello aceptan estándares con arreglo a los cuales juzgan una acción como «correcta o incorrecta», «buena o mala». Las normas particulares para juzgar varían en buena medida de individuo a individuo y de cultura a cultura. Sin embargo, el hecho de que algunas normas -no matar, no robar, honrar a los padres- estén muy difundidas lleva a pensar que quizá sean universales también. Aunque resulte que no lo sean, la presencia de juicios de valor moral sí que es propia de todas las culturas”(415)

g) *Conclusión preliminar.* No obstante los problemas que atraviesa la Psicología para colocarse plenamente en el campo científico, el uso del modelo experimental y clínico -con sus útiles aplicaciones a las pruebas personales- introdujo nuevos puntos de vista que han hecho progresar realmente los métodos probatorios, basados en la observación y la experiencia, mucho más que en el razonamiento y en el análisis. En este campo la psicología experimental, la psicología cognitiva (del conocimiento), la psiquiatría y las neurociencias, forman un capítulo particular por el cual la psicología ha producido avances y permite tener un buen pronóstico en la evolución de esta disciplina. Por otro lado, el tratamiento de las cuestiones desarrolladas por la Psicología, las que influyen en el Derecho dando lugar a una nueva mirada en el campo de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

4. Equipo interdisciplinario.

La abreviada panorámica Psicológica que hemos presentado nos permite ver que en el Derecho debemos tener una mente abierta y guiarnos por estándares acreditados y contrastados con otros varios elementos. En ese sentido, a partir de la ley 26.657 se estableció la necesidad de un equipo interdisciplinario para la consideración judicial del estado mental de una persona, destacando el art. 5° que “La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado”. y el art. 13° agrega; “Los profesionales con título de grado están en igualdad de condiciones para ocupar los cargos de conducción y gestión de los servicios y las instituciones, debiendo valorarse su idoneidad para el cargo y su capacidad para integrar los diferentes saberes que atraviesan el campo de la salud

⁴¹⁵ CELA CONDE, Camilo J. y AYALA, Francisco J. -*El cerebro moral*, cit. Págs. 9 y 10.

mental. Todos los trabajadores integrantes de los equipos asistenciales tienen derecho a la capacitación permanente y a la protección de su salud integral, para lo cual se deben desarrollar políticas específicas”. Un equipo interdisciplinario está integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes (art. 8º, ley 26.657). La idea de equipo interdisciplinario es adecuada, en tanto que el individuo no puede ser examinado sólo en su mente (aunque esta sea la esencia para la determinación del estado mental), si no que se debe comprender el entorno, la necesidad de apoyos y quienes pueden darlos de la mejor manera, sus antecedentes y todo un conjunto de elementos, muchos de los cuales escapan al campo psicológico y requieren otros saberes y otros estudios teóricos y de campo.

El equipo interdisciplinario, que se ha sido utilizado por varias otras disciplinas, ha sido replicado en los art. 31, c; 37, 40, 41,47, 509, 405 y 642 del Código Civil y Comercial y aparece en el ordenamiento penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde se establece respecto del “Régimen penal juvenil “Los centros especializados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad deben contar con un grupo interdisciplinario de profesionales especializados. La dirección de estos centros será desempeñada por personal especializado y capacitado. En ningún caso podrá estar a cargo de personal policial, penitenciario o de las fuerzas de seguridad. Los centros deberán contar con los recursos necesarios para garantizar las necesidades de los niños, niñas y adolescente” (art. 85, ley 2451 CABA). La Ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad, dispone en el art. 1º “Art. 1 La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada. (Conforme art. 1 de la Ley N° 27.375). Por su parte el Código Procesal Penal Federal dispone: “ARTÍCULO 67.- *Presunta inimputabilidad en el momento del hecho.* Si se presumiere que el imputado, en el momento de cometer el hecho, padecía alguna alteración mental que le impidiera comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, sus derechos de parte serán ejercidos por el defensor particular o, en su defecto, por el defensor público, con los apoyos y ajustes razonables que fueran necesarios, con comunicación al curador, si lo hubiere. Si el imputado fuere menor de Dieciocho años de edad sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o tutor, ello sin perjuicio de la intervención que prevea la Ley Orgánica del Ministerio Público. En caso que se dictara el sobreseimiento por inimputabilidad, se deberán analizar en forma previa las causales en el orden dispuesto en el artículo 269. *Si correspondiere, se dará intervención a la Justicia Civil a fin de que, en caso de ser necesario, se resuelva sobre las medidas de protección de derechos que correspondan de acuerdo a la (sic: con la) legislación específica en salud mental*”. A su vez el art. 172, señala: “*Peritajes especiales.* Si debieran realizarse diferentes pruebas periciales a niños, niñas y adolescentes o personas afectadas psicológicamente, se procurará concentrar la actividad de los peritos, ordenando que actúen conjunta e interdisciplinariamente”.

Queda por determinar si cuando se habla de “equipo” se está considerando a un grupo de personas unidos para la realización de la tarea o como señala G. PEYRANO, marcando la diferencia al decir que “La necesidad de esa diversidad probatoria se patentiza, por ejemplo, con el requerimiento del inc. b) del art. 37 CCyC (determinación de la época en que la situación se manifestó), cuya determinación puede no encontrarse al alcance de los equipos en cuestión”⁽⁴¹⁶⁾. Esto significaría que el equipo interdisciplinario (como lo es el del tipo de equipo asistencial en geriatría) es un conjunto de personas de diferentes profesiones que trabajan en un área común de forma interdependiente e interactúan entre ellos de manera formal e informal, pero, en lo que hace a la validez de las decisiones tendrán más peso las que correspondan a su especialidad según las reglas de la sana crítica, siendo el juez el que observando la totalidad del informe el que debe decidir las medidas a tomar. De modo que, independientemente de la consideración que hagan las distintas áreas del equipo interdisciplinario, los conocimientos de una de ellas no pueden ser suplidas por las otras (así, por ejemplo, el informe psicológico no puede ser dado por un Asistente Social)⁽⁴¹⁷⁾.

5. El examen psicológico del individuo.

Como consecuencia de lo expresado precedentemente podemos recordar que, en el aspecto psicológico, en general, que Gorphe ya señalaba, el juez tiene el deber de recurrir a un experto, siempre que se encuentre frente a dificultades técnicas que requieran largas búsquedas o investigaciones científicas que no está capacitado para realizar personalmente. No vemos -agrega- la razón por la cual no podría hacerse lo mismo en materia psico-judicial, en la que los problemas a resolver no son menos delicados que en las demás ramas de los conocimientos. “Es indudable que un método experimental no se adecua a las condiciones de la audiencia pública, sobre todo en la atmósfera perturbadora y agitada que reine en ella... El método experimental requiere condiciones de calma, pacientes investigaciones y ciertos instrumentos que no pueden encontrarse en las salas de audiencia, que existen o pueden existir en cierta medida en la oficina de instrucción y que sólo se encuentran totalmente reunidos en el laboratorio del experto calificado”⁽⁴¹⁸⁾.

Pero ¿qué es lo que queremos que nos brinde la Psicología? En realidad requerimos de ella dos cosas. Primero, el examen profundo del individuo, científico, elaborado, para determinar sus calidades cuando enfrente al tribunal o haya que calificar su conducta frente a desórdenes psíquicos. Otro, el que nos interesa ahora, es la formación jurídico-psicológica que deben tener los abogados y los jueces para poder apreciar en las declaraciones el grado de verdad o certidumbre y poder realizar las preguntas (especialmente las circunstanciales de una audiencia), de modo que puedan conducirnos al esclarecimiento de esa verdad, para advertir la capacidad del individuo en el momento de realizar el acto y la capacidad de actuar en el momento de la audiencia y poder así determinar el valor de los dictámenes del equipo interdisciplinario o, en su caso, el de los psiquiatras y médicos forenses, conforme

⁴¹⁶ PEYRANO, Guillermo F. *-Declaración judicial de incapacidad o de restricciones a la capacidad de ejercicio. La sentencia (exigencias del art. 37 del nuevo Código Civil y Comercial) y el alcance temporal de sus efectos*, El Derecho, t. 263 - 15/06/2015, nro 13.748 (párr. II in fine).

⁴¹⁷ En el mismo sentido TOBÍAS, José W., quien señala que el equipo interdisciplinario no constituye una mera acumulación (en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tratado exegético”. Director General Jorge Alterini, Director del tomo I, José W. Tobías, La ley, Buenos Aires 2015, p. 312 y 313).

⁴¹⁸ GORPHE, Francois *-Apreciación judicial de las pruebas*, La Ley Buenos Aires, 1967, p. 83 y 84.

con las reglas de la sana crítica. Algunos aspectos para tener en cuenta nos muestran que además el aporte de otras disciplinas. No cabe duda de que en este aspecto la Psicología debe ser auxiliada por la Lingüística en tanto la misma nos permite hablar el lenguaje del interlocutor en la audiencia, el del juez en los reclamos y el que corresponde a cada persona según su cultura y condición, para que la comunicación sea efectiva.

a) *El enfoque psicológico mediante la teoría de la percepción.* La percepción es una actividad selectora de las distintas sensaciones o estímulos externos, y supone la intervención de la atención, que puede ser espontánea o provocada y voluntaria o involuntaria. La primera apreciación, conforme a MERLEAU-PONTY -con fuerte influencia cartesiana- es la de la percepción externa y la del cuerpo mismo⁽⁴¹⁹⁾. De todos modos, para establecer el valor relativo de la percepción cuando hablamos de nuestros sentidos, debemos considerar -en general- que la visión es la que recepta la mayoría de las sensaciones a promedio diario. Esto -por un lado- se debe a la particularidad que tiene (su alcance, la ubicación de los objetos en el espacio, la recepción de elementos cognoscitivos por medio de ella, como la lectura, etc.); otro, es que la ley del menor esfuerzo utiliza este sentido por ser el más práctico en el mundo en que vivimos, y el que nos brinda mayores posibilidades. Sin embargo, la visión no es el más preciso de los sentidos. La audición tiene más definición y -en algunos sectores de la piel- el tacto también tiene mayor precisión; lo mismo sucede con el gusto y aun con el olfato, que el hombre tiene particularmente atrofiado por falta de uso, por inhalaciones tóxicas, *smog*, humo de cigarrillos, etcétera.

El desarrollo de los estudios psicológicos ha dado lugar a diversas corrientes, pero pocas han planteado la cuestión de modo directo desde el punto de vista jurídico. MUÑOZ SABATÉ examina la prueba del conocimiento en diversos aspectos, haciendo notar un concepto que se ha reiterado, pero que conviene remarcar, y es que el hecho psíquico es de difícil prueba. “Indudablemente -dice el autor citado- por tratarse de un hecho psíquico la respuesta debiera ser positiva, ya que penetrar en la interioridad de la mente humana y reproducir judicialmente cuanto en ella acontece no es cosa que pueda realizarse, al menos con plausible facilidad, a base de los instrumentos de prueba que posee el proceso... Pero ello no significa una imposibilidad absoluta, sino la necesidad de tener que recurrir generalmente a pruebas presuncionales”⁽⁴²⁰⁾. También entiende que *percepción* es un proceso de extracción de información por medio de los siguientes elementos: 1) *estímulo* (como cualquier hecho externo del organismo viviente que altera su actividad o provoca o modifica una experiencia de éste); 2) *receptor* (que por vía de terminales de determinadas células nerviosas -generalmente especializadas- o canales sensoriales, transforman el estímulo en impulsos eléctricos); 3) *transmisor* (una vez que el estímulo ha sido transformado en impulsos nerviosos, éste es transmitido al cerebro) y, finalmente, 4) el *centro* (que es un conjunto de células nerviosas que actúan como unidad integrada en la realización de alguna función más o menos específica)⁽⁴²¹⁾.

b) *La percepción y su fiabilidad.* Desde antaño, la falibilidad de los sentidos ha sido demostrada por las particularidades de la percepción, y ello constituye uno de los temas de estudio a los fines de determinar el valor de la prueba por declaración

⁴¹⁹ MERLEAU-PONTY, Maurice -*Fenomenología de la percepción*, Planeta Agostini, Barcelona 1985, p. 219 y siguientes.

⁴²⁰ MUÑOZ SABATÉ, Luis -*La prueba del hecho psíquico*, en "Tratado de probática judicial" José María Bosch Editor, Barcelona 1992, t. I, p. 21.

⁴²¹ MUÑOZ SABATÉ, cit. *La prueba del hecho psíquico*, t. I, p. 12 y 13.

en las distintas circunstancias. Pero también el planteo de la causa por las partes puede estar teñida de apreciaciones erróneas. Existen causas objetivas en las cuales la fiabilidad del sentido se hace menor, tanto por problemas que atañen al órgano receptor (problemas visuales, auditivos, táctiles, etc.), cuanto por la interpretación que se le da al hecho, situación o conocimiento que se pudo tener de éste (interpretar ciertas señales no verbales de otra cultura a la manera de la nuestra), otras por el sesgo cognitivo que lleva a una interpretación errónea, mantenida de modo sistemático respecto de la información disponible que ejerce influencia en la manera de procesar los pensamientos, emitir juicios y tomar decisiones.

A los fines de la comunicación, también la emisión puede estar contaminada por defectos, ya sea en la transmisión de la idea o concepto hacia el vehículo de comunicación (lenguaje), ya por defectos físicos temporarios o definitivos (mudez, pronunciación errónea, problemas de vaguedad o ambigüedad⁽⁴²²⁾ no aclarados, etc.), o trastornos de la memoria como las *amnesias* -incapacidad general de recordar-, o *agnosis* -no reconocer lo percibido- y *afasia* -incapacidad de emplear el lenguaje con sentido-, la *paramnesia* -ilusión de reconocimiento- y la *hipermnesia* -hipertrofia en la función de recordar, que le sucede a algunos débiles mentales-. No escapan a estas interferencias el estrés y el cansancio.

La percepción amplía enormemente el campo de nuestra conciencia. Por lo general, los órganos sensoriales registran solamente un aspecto del mundo que nos rodea; a veces, un simple detalle, porque la percepción es un proceso mediante el cual unas partes son enlazadas con otras para formar un todo coordinado. Pero todos estos aspectos tienen la particularidad de tener diversas distorsiones llamados *sesgos cognitivos*, que resultan importantes al momento de considerar el error.

6. Los sentidos.

La percepción se produce por medio de los sentidos. Entendemos por sentidos la vivencia subjetiva producida por un estímulo sobre determinados órganos especializados (llamados órganos sensoriales) de los seres vivos que en el humano se manifiestan por el envío al sistema nervioso de dicho estímulo que recibidos por distintas partes del cerebro nos manifiestan el entorno a través de la visión, la audición, el olfato, el gusto y el tacto.

a) *Objeto y tipo de sentidos.* En general, los sentidos nos permiten entender las características espacio-temporales del mundo en que nos desarrollamos y algunos de ellos, muchas veces actúan en conjunto, ya trate de una combinación necesaria para un mejor efecto (vista, gusto y olfato en las comidas), o de la aplicación de varios sentidos a una tarea (vista, tacto y oído en el cajero del banco cuando cuenta el dinero; la persona que maneja un automóvil, etcétera). Además de los cinco sentidos

⁴²² Es interesante destacar que las particularidades de la percepción pueden estar fundadas en *ambigüedades* (v.gr., el dibujo que simula a la vez un vaso y dos rostros enfrentados), o -a la inversa- interpretar una serie de objetos como del mismo tamaño, no obstante que en la imagen (aun fotográfica o en un dibujo) se presentan como más pequeños, en virtud de estar mostrados en determinada perspectiva. También entra en esta categoría la ilusión, que “es un modo único de interpretar datos por los sentidos, pero de una forma falsa” (BRENNAN, R. E. -*Psicología general*, Ed. Morata, Madrid, 1969, p. 201 y 205). Las ilusiones pueden deberse al estímulo, cuando los objetos se presentan de manera distinta de como son, debido a un trastorno de tipo funcional de los órganos de los sentidos o, finalmente, al estado mental del sujeto que percibe. En resumen -agrega el autor citado-, “podemos afirmar que la percepción es un proceso mediante el cual los datos del conocimiento que han llegado a la mente en forma de sensaciones son reunidos o conformados en experiencias completas”.

tradicionales existen sensaciones o sentidos que nos pueden dar informaciones más detalladas o de otros campos. A este grupo se lo conoce como sensaciones *somestésicas* (sensaciones táctiles, de presión, dolorosas, térmicas, de movimiento), sumadas a algunos sentimientos que llamamos *cenestésicos* (sensación de dolor, hambre, sed, bienestar, malestar, angustia, ligereza, fortaleza, depresión, fatiga, debilidad, fuerza, somnolencia, etcétera). Finalmente se encuentran los “sentidos” *parapsicológicos*, cuyo estado de investigación y aplicación está, a los efectos de nuestra explicación, en sus comienzos⁽⁴²³⁾, aunque han sido duramente criticados por Bunge como pseudociencia⁽⁴²⁴⁾. El efecto de los sentidos que comienzan sobre una base orgánica que recepta un fenómeno exterior o interior y lo transmiten a la mente o si se quiere a la conciencia, es el que finalmente da lugar a la formación de la personalidad, aunque no debe excluirse de este aspecto los antecedentes hereditarios. Dentro de la clasificación general tradicional, la percepción y la memoria se ubican entre de las funciones cognitivas (las otras son las afectivas y las volitivas). Pero la personalidad también tiene importancia para la consideración del delito y del delincuente, especialmente en lo penal, en el caso de psicópatas⁽⁴²⁵⁾.

b) *Aplicaciones psicológicas en el Derecho*. Como se ve, la Psicología abarca tantos campos que requiere un desarrollo extenso y pormenorizado. Para lograr una síntesis que nos permita ver su importancia y aplicación en el campo del Derecho, nos ocuparemos solamente de dos cuestiones en sus aspectos fundamentales referidos al: 1) Derecho Penal y Procesal Penal, y 2) referidas al Derecho Civil y Procesal Civil.

B) PSICOLOGIA Y DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

7. Psicología en el Derecho Penal.

La Psicología tiene una gran importancia dentro del campo penal, donde diversas conductas psicológicas están valoradas en el ordenamiento tanto de fondo como de forma⁽⁴²⁶⁾. El primer aspecto que relaciona la Psicología con el Derecho Penal está inserto en el inciso 1º del art. 34 del Código Penal Argentino cuando dice: *No son punibles: 1º). El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un

⁴²³ En este aspecto consultar, entre otros RHINE, Joseph Banks -*El alcance de la mente*, Paidós, Bs. As., 1971 y MUSSO, J. Ricardo -*En los límites de la psicología*, Paidós, Buenos Aires 1965; AMADOU, R. -*La parapsicología*, Paidós, Buenos Aires, 1971.

⁴²⁴ BUNGE, cit. *La investigación científica*, p. 34 a 36.

⁴²⁵ GARCÍA BLANCO expresa que actualmente se considera que la personalidad es una configuración única (igual a sí misma y distinta de todas las demás) que se va construyendo a lo largo de la vida en un determinado ambiente socio-cultural integrante de un contexto mucho más amplio, que es consecuencia de la evolución histórica a través de los siglos. Por eso, la personalidad no sólo es historia sino historia dentro de otra historia (GARCIA BLANCO, Jorge A. -*Delito y personalidad psicopáticas*, La Ley, 1991-E-1257).

⁴²⁶ ROVALETTI, María Lucrecia -*Positivismo argentino. La influencia de la psicología en el derecho penal*, La Ley, 1984-B-881.

establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.

¿Qué significa en el Código la “insuficiencia” de las facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables? El Código es de 1921 (ley 11.179) y la descripción que realiza si bien es lo suficientemente genérica como para ubicar al intérprete en el sentido de las palabras, necesita complementarse con una visión actual conforme el avance de la disciplina psicológica y las nuevas concepciones jurídicas, lo que tiene una especial importancia porque se trata de la libertad y protección de las personas y de la sociedad. Veamos cada uno de los supuestos⁽⁴²⁷⁾.

a) *Insuficiencia de facultades*. Se refiere indudablemente a las facultades mentales. Pero ¿Cómo medimos ese nivel de insuficiencia? De alguna manera la insuficiencia está relacionada con el Coeficiente Intelectual. En base a una serie de test estandarizados destinado a ese fin. Si tomamos la tabla Stanford-Binet⁽⁴²⁸⁾ con algunas otras modificaciones, por ejemplo, tendremos que una persona normal tiene un CI que oscila entre 90 y 110 puntos. Para poder determinar algunas enfermedades mentales es interesante conocer los distintos grados y capacidades de los individuos. La persona estúpida -si bien es normal- desarrolla un CI entre 90 y 75 puntos. Por debajo de los 75, estamos ante el retrasado mental (algunos entienden que ese límite se halla en los 70 puntos). Así, podemos decir que los grados decrecientes en la inteligencia son morón o débil mental, cuya capacidad mental oscila entre la de un niño de siete y uno de diez años (la edad mental superior se considera a los dieciséis

⁴²⁷ Para inferir el estado subjetivo y pretérito que se invoca, referente a la insuficiencia de las facultades o alteración morbosa de las mismas, o estado de inconsciencia alegados por la defensa como causal de inimputabilidad, resulta sumamente idóneo el examen de la conducta del imputado antes, durante y después del hecho (Cám. Fed. Tucumán, 17 de mayo 1971, La Ley, 143-401). No basta para considerar inimputable a un sujeto que se verifique que padece una alteración morbosa de sus facultades o una perturbación de la conciencia, ya sea definitiva o transitoria, porque de ese modo se excluiría el factor valorativo, indispensable para el juicio de culpabilidad y, por consiguiente, el juez debería manejarse conforme a un esquema según el cual, cuando el perito médico diagnosticase “alienación”, en cualquiera de sus formas, debería absolver por inimputabilidad, y de lo contrario, considerar al sujeto imputable, limitándose al papel de convidado de piedra. La comprobación de uno de esos trastornos o alteraciones, pues, no basta para la estimación de la capacidad de culpabilidad (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala II, 15 de septiembre 1992, JA, 1993-II, p. 378). Pero cuando el autor del hecho dirige su conducta al no comprender la criminalidad de su actuar, constatado por perito médico que indica que los parámetros mentales no encuadran en los parámetros normales, el imputado debe ser sobreseído (CNCrimCorrecc., sala I, 17/2/2011, La Ley Online AR/JUR 2081/2011), lo mismo se resuelve cuando el imputado posee ciertas alteraciones mentales que ponen en juicio su inimputabilidad (AApelPenalContrav. y de FaltaS -CABA- SALA I, 22/12/2010, La Ley CABA 2011 (Abril), p. 214), o cuando el dictamen forense muestra que padece de afectaciones o insuficiencias en la esfera volitiva, crítica y judicativa, que ponen en serias dudas su capacidad para apreciar la ilicitud de su conducta y para motivarse en la ley (CNCrimCorr. Sala V, 21/11/12, La Ley 2'13-A-356).

⁴²⁸ El sistema de coeficiente intelectual un método empleado por primera para puntuar los resultados de los primeros test de inteligencia para niños, desarrollados por Alfred Binet y Théodore Simon a principios del siglo XX (BINET, A. y Th. SIMON: *Méthodes nouvelles pour le diagnostic du niveau intellectuel des anormaux*, L'Année Psychologique, n° 11/1905, pp. 191-244), de forma que pudieran compararse entre sí. En dicho método, se dividía la "edad mental" por la "edad cronológica" y se multiplicaba el resultado por 100, dando como resultado el mencionado cociente. Este método tuvo numerosas revisiones hasta que la escala fue sometida a reajustes, entre la que se encuentra fundamentalmente la realizada en la Universidad de Stanford (USA), de allí el nombre de Stanford-Binet. Sobre tests en particular véase ROID, G. H. *-Stanford-Binet Intelligence Scale*, 5th Edición. Itasca, IL, Riverside Publishing, 2003; PICHOT *-Los test mentales*, Paidós, Buenos Aire, 1963.

años); el imbecil, y el idiota, con una edad mental inferior a los dos años (menos de 20 puntos de CI). En el examen de coeficiente intelectual se produce una desviación típica de los resultados que se sitúa entre 15 y 16 puntos. Sin embargo, este sistema fue seriamente contradicho especialmente por estudios posteriores realizados especialmente en Canadá y en Londres. Los estudios consideraron determinar si una sola cifra puede realmente medir las capacidades cognitivas, y reflejar si esta puede establecer las diferencias en las distintas habilidades cognitivas. Con estudios realizados a través de un escáner cerebral se advirtió que los componentes cognitivos del cerebro – que coinciden en general con las clasificaciones que hemos hecho antes de distintos aspectos de la mente- muestran tres tipos fundamentales – memoria a corto plazo, razonamiento y habilidad verbal–. Estos componentes se corresponden con patrones distintos de actividad neural. Estos estudios sugieren que el CI Stanford Binet y otros similares tienen fallas que los descalifican al no tener en cuenta la naturaleza compleja del intelecto humano con todos sus distintos componentes, que seguramente no se limitan a los expresados, ya que nuevas investigaciones pueden presentar otros campos donde actúa el cerebro en relación a la inteligencia.

Por otro lado, existen *otras inteligencias*. De manera que el CI no sólo no da un índice exacto, si además se tiene en cuenta que los “locos” no necesariamente son retrasados mentales, sino muchas veces todo lo contrario, por lo que claramente pueden comprender la criminalidad de su conducta, según sea el caso. Es por ello que, en el proceso, la actividad del juez debe desplegarse en función de un criterio de valoración altamente instruido sobre el tema y la inmediatez en la causa se hace imprescindible. Es cierto, en principio, que la edad mental de una persona es una buena medida de la capacidad real, pero ello no indica en absoluto si la inteligencia es relativamente alta o baja y tampoco la inteligencia de por sí indica una enfermedad mental, aunque si puede indicar una falta de desarrollo mental. Por ello, la inteligencia se ha clasificado -a partir de las modificaciones de Binet- por una tabla de medición cuyo estándar es 100. Sin embargo, no resulta claro que esos coeficientes -salvo diferencias importantes- indiquen que una persona es más inteligente que otra⁽⁴²⁹⁾.

A su vez se ha elaborado el concepto de *inteligencia emocional*, que considera el desarrollo humano desde otro ángulo⁽⁴³⁰⁾, donde se cuestionan los sistemas psicométricos, o mediciones estandarizadas de las habilidades humanas⁽⁴³¹⁾. La inteligencia múltiple, o inteligencia emocional especializada, supone que en el interrogatorio a las partes o a los testigos deben tenerse en cuenta, especialmente, las características del declarante en función de la posibilidad de apreciación de los hechos, para obtener un enfoque más cercano a la verdad. Contrariamente a lo que podría suponerse, el tratamiento de las declaraciones en el proceso no observa en

⁴²⁹ ORTIZ DE MASCHWITZ, Elena M. -*Inteligencias múltiples en la educación de la persona*, Ed. Bonum, Buenos Aires 1999, p. 76.

⁴³⁰ A diferencia del coeficiente intelectual (CI), con sus casi cien años de historia de estudios a cientos de miles de personas, el concepto de inteligencia emocional es nuevo (GOLEMAN, Daniel -*La inteligencia emocional*, Javier Vergara, Buenos Aires 1996, p. 53). La inteligencia emocional se desarrolla en todos los ámbitos de la vida y provee distintas conductas, que se reflejan posteriormente en el derecho.

⁴³¹ ARMSTRONG, Thomas -*Las inteligencias múltiples en el aula*, Ed. Manantial, Buenos Aires 1999, p. 20 a 26. Lo que significa un nuevo paradigma, en los términos de KUHN, T.S. (*La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México 1985, p. 80), pudiendo verse una inteligencia lógico-matemática, una espacial, una musical, otra intrapersonal, una lingüística, otra físico-quinética, otra naturalista y, finalmente, una interpersonal (ORTIZ DE MASCHWITZ, cit., *Inteligencias múltiples*, p. 76 y siguientes).

modo alguno estos parámetros, cuestiones que se vuelven a presentar en temas más complejos como el de la insuficiencia de las facultades mentales, que estamos examinando ⁽⁴³²⁾. También estos distintos tipos de inteligencia pueden ser adecuados para establecer el grado de incapacidad. Pero la fórmula de imputabilidad contenida en el art. 34, inc. 1, supone que esa alteración impida a la persona comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, sin que baste sólo con la enfermedad mental ⁽⁴³³⁾. El sordomudo, no es considerado en el Derecho Penal como una persona que no puede comprender la criminalidad del acto. Deberá verse en cada caso si la puede comprender o no, conforme al estado particular de la persona.

b) *Morbocidad*. Lo “morboso” es la causa de una enfermedad o algo relacionado con ella, que se aplica a la insuficiencia a que se refiere previamente la norma. Se refiere a alteraciones en la mente de la persona y desde luego se trata de una enfermedad mental⁽⁴³⁴⁾. No cualquier enfermedad de la mente implica necesariamente incapacidad ni falta de comprensión, pues sólo determinadas enfermedades mentales producen la incapacidad para comprender la criminalidad del acto. De modo que la persona puede tener una enfermedad mental, pero ser imputable respecto de los actos que realiza, si comprende claramente la criminalidad del acto. La alteración morbosa puede comprenderse como “alienación mental”, definida por ROJAS como el trastorno general y persistente de las funciones psíquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo y que impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio, sin provecho para sí ni para la sociedad⁽⁴³⁵⁾. Ciertamente que la demencia ya avanzada, la psicosis y la esquizofrenia entran dentro de los elementos a considerar en general en esos supuestos, pero también existen también distintos cuadros que pueden acomodarse a las definiciones, según el CIE 10-V⁽⁴³⁶⁾, no todos los cuales caen dentro de la

⁴³² COON, cit. -*Psicología*, p. 383 y 384; ver, también, PICHOT, Pierre -*Los test mentales*, Paidós, Buenos Aires, 1963.

⁴³³ Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala VI, 26 de agosto 1985, JA, 1986-III, p. 183. La epilepsia no es causa de inimputabilidad cuando no consta que en el momento de cometerse el delito el autor se encontrase en un estado tal que le impidiese comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala V, 20 de agosto 1976, JA, 1977-I, p. 720; ídem, Sala I, 9 de febrero 1990, Bol. Cám. Nac. Crim. Y Corr., 1990, n° 1, p. 43; Cám. Crim. y Corr. Tucumán, 20 de marzo 1963, JA, 1964-I, p. 348).

⁴³⁴ Los vocablos "alteraciones morbosas" no deben entenderse como simples sinónimos de enajenación o alineación mental sino de manera más amplia comprensiva de otros estados que, como las neuropatías o psicopatías, pueden -en circunstancias excepcionales- provocar la inimputabilidad (TCP Sala III, La Plata, Buenos Aires; 30/03/2004-0.01 -F., R. H. s. Violación seguida de muerte; Rubinzal Online; RC J 3841/04).

⁴³⁵ ROJAS, Nerio -*Medicina legal*, El Ateneo, Buenos Aires, 1966, p. 353. SILBERSTEIN hace notar que "la relación entre la enfermedad mental y la conducta criminal es un tema complejo y difícil dependiente el mismo de numerosos factores en los cuales interviene el autor con su personalidad, sus causas individuales, el contexto social, etcétera. Numerosos intentos se han realizado para tratar de integrar y clasificar el comportamiento criminal adecuado. En un extremo, algunos psiquiatras consideran que todo criminal es un enfermo mental. En el otro, el crimen es entendido como una forma de enfermedad social. Por último, existe una amplia zona intermedia donde se ubican aquellos profesionales que enfocan dicho fenómeno combinando distintos enfoques y teorías". Y concluye: "La pregunta básica entonces, no radica tanto en el hecho de si la psiquiatría o la psicología pueden ofrecer información al sistema legal, sino más bien qué es lo que ellas pueden ofrecer" (SILBERSTEIN, cit. -*Psiquiatría forense*. La Ley, 1991-E-1075).

⁴³⁶ El CIE-10 es la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, 10ª revisión, cuyos títulos que luego desarrolla son los siguientes: 1. (F00-F09) Trastornos mentales orgánicos, incluidos los trastornos sintomáticos; 2. (F10-F19) Trastornos mentales y de comportamiento debidos al consumo de psicotrópicos; 3. (F20-29) Esquizofrenia, trastornos esquizotípicos y trastornos delirantes; 4.(F30-39) Trastornos del humor (afectivos); 5. (F40-49)

inimputabilidad. Un aspecto particular es el tema de la psicopatía, aspecto que veremos en el párrafo siguiente.

c) *Psicopatía y psicópatas respecto de los delitos penales. La sociopatía.* Los psicópatas son sujetos con personalidades antisociales con desprecio por la violación de los derechos de los demás. Se considera que el trastorno comienza en la niñez o en la adolescencia. Las distintas organizaciones psiquiátricas internacionales (vgr. La Organización Mundial de la Salud –CIE-) y la American Psychiatric Association, han ido modificando con el tiempo los criterios sobre este trastorno. Se considera actualmente que psicopatía y sociopatía⁽⁴³⁷⁾ son términos asociados aunque no idénticos. En general el comportamiento no permite un patrón generalizado, aunque se puede considerar que los psicópatas tienen falta de conformidad social, desprecio por las normas legales, engañan, mienten, estafan, son impulsivos, irritables y agresivos, irresponsables y carecen de remordimientos, culpa o racionalización de su conducta. Muchas veces el psicópata pueda aparecer como una persona corriente y hasta considerada socialmente y en la familia, hasta que cometen conductas antisociales que pueden llevar al homicidio, la estafa, la agresión física, verbal o psicológica. Parece ser que ciertos componentes genéticos se combinan con determinados aspectos del medio ambiente, pero este último no necesariamente es condicionante, sino que puede ser detonante. El psicópata no es un demente, aunque pudiera darse el caso de que tuviera también un trastorno demencial, de psicosis o esquizofrenia.

Los pasos de la evolución en las psicopatías se pueden considerar en diversos planos histórico-evolutivos de consideración, en función del tema que tratamos: 1) el desconocimiento de la psicopatía como un elemento que pueda considerarse a los efectos de la inimputabilidad; los psicópatas son siempre imputables (concepción biopsiquiátrica); 2) la jurisprudencia, que se dividió luego en tres líneas perfectamente claras: la que sostenía que los psicópatas nunca pueden ser imputables (caso “Sáenz Valiente”)⁽⁴³⁸⁾, contrapuesta con la de que la psicopatía sólo puede ser causa de inimputabilidad cuando se equipara a las llamadas “psicosis” (caso “Stambuli”)⁽⁴³⁹⁾ y la tesis intermedia de FRÍAS CABALLERO en el caso “Tignanelli”, que luego desarrolló en un trabajo especial al comentar el caso “S. V.”⁽⁴⁴⁰⁾, criterio -este último- que resulta rector en la materia; un detallado análisis de las posiciones de los fallos mencionados puede verse en un comentario a

Trastornos neuróticos, trastornos relacionados con el estrés y trastornos somatomorfos; 6(F50-59) Síndromes del comportamiento asociados con alteraciones fisiológicas y factores físicos; 7. (F60-69) Trastornos de la personalidad y del comportamiento en adultos; 8. (F70-79) Retraso mental; 9. (F80-89) Trastornos del desarrollo psicológico; 10. (F90-F98) Trastornos emocionales y del comportamiento que aparecen habitualmente en la niñez o en la adolescencia; 11. (F99) Trastornos mentales sin especificar. Todo ello incluye un desarrollo explicativo las afecciones que se mencionan. Por su parte el CIE-11(que entró en vigencia el 1° de enero de 2022) ha realizado una serie de modificaciones incluyéndolas en el apartado 06: Trastornos mentales del comportamiento y del neurdesarrollo..

⁴³⁷ Sociopatía: Trastorno mental de personalidad antisocial en el cual una persona no demuestra discernimiento entre bien y mal e ignora los derechos y sentimientos de los demás.

⁴³⁸ CNCrimCorr, Sala VI, 11/2/86, *La Ley*, 1986-D-264. Ver, también, FRÍAS CABALLERO, Jorge -*Responsabilidad penal de las personalidades psicopáticas*, *La Ley*, 1991-D-903. -

⁴³⁹ CNCrimCorr, Sala I, 20/4/89, *La Ley*, 1989-E-464; id., id., 29/5/89, *La Ley*, 1989-E-471. En ambos supuestos se entendió que la psicopatía puede ser causa de inimputabilidad sólo cuando se equipara en sus efectos a las llamadas "psicosis" (voto del vocal DONNA).

⁴⁴⁰ FRÍAS CABALLERO, Jorge -*Algo más sobre la imputabilidad de las personalidades psicopáticas*, *La Ley*, 1987-B-975.

fallo de BORINSKY⁽⁴⁴¹⁾, y 3) por último, las nuevas líneas, que pretenden que la concepción de estándares como la psicopatía -tributaria de las ideas del siglo XIX- son términos que no se adecúan a los conocimientos actuales y que cada caso debe examinarse de modo interdisciplinario, pues la explicación “psicopática” no resulta útil⁽⁴⁴²⁾.

Un modo concreto de abordar el problema es entender que el psicópata debe ser examinado específicamente para ver si comprende la antijuricidad de su acción, y -aun comprendiéndola- si puede controlar y dirigir sus acciones. Claro que no sólo la psicopatía sino también la psicosis -e incluso la neurosis- son términos que en la actualidad tienden a dejarse de lado como modelos absolutos de clasificación. LINDNER señala que la dificultad en comprender la psicopatía es que se la consideró como un cesto de desperdicios psicológicos, y fue la única aberración que careció de un tema principal⁽⁴⁴³⁾. De allí que muchos de sus síntomas rocen la psicosis y otros la neurosis. La falta de una definición precisa puede dar lugar a interpretaciones diversas en la jurisprudencia. Aparentemente, el psicópata es un sujeto que fisiológica y psíquicamente es distinto de los demás individuos. La diferencia aparente con otras enfermedades mentales parece estar determinada por el hecho de que la psicopatía no produce una evolución degradativa del individuo, sino que funciona como una caracterología diferente permanente. El carácter fronterizo de la enfermedad o estado mental hace que en las clasificaciones se incluyan campos totalmente excluidos de la psicopatía, por ser menores que ella (como el alcoholismo crónico, toxicómanos, neurosis⁽⁴⁴⁴⁾, etc.)- y otros que pueden llegar a la psicosis (como la personalidad paranoica o esquizoide). Sin embargo, su clasificación puede ser útil. CABELLO los distingue en *mitomaníacos, histéricos, epileptoides, paranoicos, esquizoides, ciclotímicos, hiperemotivos, asténicos y perversos*, a los que podríamos agregar los compulsivos⁽⁴⁴⁵⁾, pero este tipo de clasificaciones resultan hoy inadecuadas. En cualquier caso, creemos que no se puede juzgar la imputabilidad por una expresión general como “psicopatía”, sino que debe estudiarse a cada individuo en particular y examinar su respuesta frente a la norma penal⁽⁴⁴⁶⁾. Todas estas cuestiones hicieron variar en alguno la jurisprudencia, que

⁴⁴¹ BORINSKY, Carlos -*Psicopatía y responsabilidad penal*, La Ley, 1989-E-465, especialmente p. 467 a 472.

⁴⁴² GARCÍA BLANCO, cit. -*Delito y personalidades psicopáticas*, La Ley, 1991-E-1258.

⁴⁴³ LINDNER, Robert M. -*Psicopatía*, en Balken y otros, "Neurosis, psicopatía y psicosis" Paidós, Buenos Aires 1966, p. 91.

⁴⁴⁴ AHÁVAL, cit -*Manual de medicina legal*, p. 464.

⁴⁴⁵ CABELLO, Vicente P. -*El concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal argentina*, La Ley, 123-1197.

⁴⁴⁶ Dentro de los trastornos de la personalidad la OMS, en la clasificación de trastornos mentales CIE-10, identifica el trastorno disocial de la personalidad (F60.2): "Se trata de un trastorno de personalidad que, normalmente, llama la atención debido a la gran disparidad entre las normas sociales prevalecientes y su comportamiento; está caracterizado por: a) cruel despreocupación por los sentimientos de los demás y falta de capacidad de empatía; b) actitud marcada y persistente de irresponsabilidad y despreocupación por las normas, reglas y obligaciones sociales; c) incapacidad para mantener relaciones personales duraderas; (i) muy baja tolerancia a la frustración o bajo umbral para descargas de agresividad, dando incluso lugar a un comportamiento violento; e) incapacidad para sentir culpa y para aprender de la experiencia, en particular del castigo; f) marcada predisposición a culpar a los demás o a ofrecer racionalizaciones verosímiles del comportamiento conflictivo. Puede presentarse también irritabilidad persistente. La presencia de un trastorno disocial durante la infancia y adolescencia puede apoyar el diagnóstico, aunque no tiene por qué haberse presentado siempre. Incluye: trastorno de personalidad sociopática; trastorno de personalidad amorala; trastorno de personalidad asocial; trastorno de personalidad antisocial; trastorno de personalidad psicopática. Excluye: trastornos disociales (F91); trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad (F60.3)". Los afectados por estos tipos de trastornos comprenden perfectamente la criminalidad del acto y no caen dentro de la exclusión del art. 34 del Cód. Penal.

finalmente se inclinó por no considerar inimputable al psicópata, sin perjuicio de que alguna jurisprudencia ha entendido que debe ser examinado de acuerdo con las circunstancias del caso (⁴⁴⁷).

d) *El borderline*. Distinto es el caso del *borderline* (persona que está al borde de la línea que separa los casos de imputabilidad de aquellos en que no lo son), aunque en varios supuestos, como hemos visto la psicopatía presenta esa cualidad. Ello ha dado lugar a diferencias de apreciación, en las cuales también hay que tener en cuenta los casos en particular. Al respecto se ha dicho que el trastorno límite de la personalidad (TLP) es una afección mental por la cual una persona tiene patrones prolongados de emociones turbulentas o inestables. Estas experiencias interiores a menudo los llevan a tener acciones impulsivas y relaciones caóticas con otras personas. Por ello se declaró que no procede absolver al acusado de homicidio simple si, aun cuando presente una personalidad *borderline* con trastornos depresivos, ha podido comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones (⁴⁴⁸). Pero el mismo tribunal en otra sala había dispuesto lo contrario al decir que configuran circunstancias atenuantes del homicidio simple la penosa infancia vivida por el condenado, sus muestras de arrepentimiento y deseo de enmienda (⁴⁴⁹).

e) *Alcoholismo*. Otro supuesto, dentro de estas categorías, es el relacionado con el alcoholismo. En este caso también existe criterios diversos. En primer lugar, hay que determinar cómo llegó el sujeto a embriagarse. Por ello si se concluye que el procesado produjo su ebriedad completa voluntariamente sabiendo que en ese estado realizaba actos agresivos, antisociales, antijurídicos, con “liberación de los instintos”, no se llega a resolver que haya previsto, en lo concreto, que en su

⁴⁴⁷ En nuestra legislación no se considera como inimputables a los psicópatas (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 11/7/1975). El psicópata no resulta en nuestra ley inimputable, aunque quepa sostener que tal individuo dista de ser una personalidad psíquicamente normal (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala VII, 14/6/ 1985, JA,1986-II, p. 535). Para que determinadas patologías, como pueden resultar la psicopatía y la adicción a las drogas, puedan generar la inclusión de su portador dentro de las previsiones del art. 34, inc. 1°, resulta imprescindible que el elemento psicológico que contiene la regla aparezca integrando el presupuesto de morbilidad que lo genera, puesto que inimputabilidad y enfermedad mental no pueden ser tomados como si fueran conceptos unívocos (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala VII, 17/12/1990, JA, 1991-III, p. 388). Y sin exculparlo se ha considerado también que las alteraciones del psicópata por trastornos del impulso sexual sólo podrían pretender algún efecto atemperante dentro del marco de la capacidad de imputabilidad atenuada, cuando el autor, capaz de actuar culpablemente, en tensión de sus fuerzas intelectuales morales por su menor capacidad de comprensión y su mayor inestabilidad impulsiva, debe acudir a una fuerza de voluntad incomparablemente mayor, para lograr el mismo resultado que un individuo normal (Cámara 2a en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, sala III - 09/05/1997 - Rivero, Jorge D. LLBA 1997-736). El rechazo de la eximente aducida por el impugnante relativa a que la psicopatía perversa del imputado afectaba su capacidad volitiva impidiendo mantener su condena, se corresponde con las circunstancias objetivas de la causa, pues de la pericia psiquiátrica allí ponderada surge que la personalidad psicopática del imputado no impide o altera la percepción de la realidad circundante, así como tampoco su capacidad para actuar en consecuencia, y que surge sin ambages de las piezas sobre la que acampa la condena. En consecuencia, no se observa la infracción alegada del artículo 34 inciso 1° del Código Penal (TCP, Sala III, La Plata, 26/10/2006, "L., S. s/ Recurso de casación", RSD-561-6 S. J. www.jusbuenosaires.gov.ar -Penal; 561; Rubinzal Online, RC J 5370/00). Para determinar la imputabilidad el Código Penal sigue el criterio psiquiátrico-psicológico-jurídico, por lo que no basta con la dolencia para que actúe automáticamente, sino que el juez debe comprobar si tuvo consecuencias funcionales que afectaron, en el momento del hecho, la valoración no sólo de las cosas o sucesos en general, sino referidos a la normativa penal en particular (TO Criminal y Correccional, Nro. 16 de la Capital Federal - 10/03/1998 - Di Palma, Bruno N. y otro. - LA LEY 1999-D- 651).

⁴⁴⁸ Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala II -08/11/2007 Otero, Carlos G. -la Ley Online - 70044145.

⁴⁴⁹ Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala I - 04/11/1999 - Prieto, Héctor J. y otro - La Ley Online 70025784.

ebriedad completa podía cometer los hechos que realiza ⁽⁴⁵⁰⁾. Pues con excepción de los casos de ebriedad patológica y de alcoholismo crónico en que la imputabilidad puede considerarse excluida cuando se encuentra incluida en alguna de las situaciones previstas en la última parte del inc. 1º del párrafo 1º del art. 34 CP., quien delinque encontrándose completa y voluntariamente ebrio es imputable porque le es de aplicación el principio de las *actiones liberae in causa*, no obstante lo cual y conforme a las probanzas de cada caso, puede no ser culpable por el delito cometido en dicho estado; o bien serlo a título de dolo o de culpa si las circunstancias que integran una u otra forma de culpabilidad concurren en su conducta al tiempo en que se embriagó ⁽⁴⁵¹⁾. De manera que un alcohólico queda subordinado en la categoría de inimputable únicamente cuando, como consecuencia de la ingesta alcohólica, presenta trastornos de conducta propios de una alteración morbosa de sus facultades ⁽⁴⁵²⁾. Por lo cual la condición del procesado de alcohólico portador de una personalidad psicopática grave de fondo esquizoparanoide, debe computarse como atenuante al individualizar la pena a imponer ⁽⁴⁵³⁾. Sin perjuicio de lo expresado algún tribunal ha entendido que en la embriaguez el acto voluntario, si existe, es psicológicamente imperfecto; es que el proceso de obnubilación de la conciencia propio del estado confusional en que el ebrio está inmerso, supone un psiquismo rudimentario en el cual no cabe aplicar, por definición, la plenitud de los elementos representativos del dolo o de la culpa ⁽⁴⁵⁴⁾. Más allá de lo expresado, claramente no constituye eximente la ebriedad *preordenada* -aquella por la que el autor se coloca en estado de ebriedad con el fin de cometer un delito- lleva a condenar al autor por delito como doloso. La misma solución cabe respecto de los estados de inconsciencia producidos por las drogas.

e) *Estado de inconsciencia*. La conciencia es la estructura de la personalidad en que los fenómenos psíquicos son plenamente percibidos y comprendidos por las personas. De por sí, la conciencia es esencial para las restantes funciones del cerebro. Si no estamos conscientes no podemos aprehender ni el entorno ni nuestro interior. Por lo cual este estado impide que se pueda considerar que la persona ha realizado un acto que está dentro de sus facultades y voluntad, porque se trata de una situación clínica que la lleva a una disminución del estado de alerta normal, pudiendo oscilar desde una tendencia al sueño hasta una ausencia total de respuesta frente a estímulos externos, persistiendo únicamente una actividad refleja residual. La inconsciencia puede resultar de alguna afección orgánica, psíquica como una lesión cerebral, infarto cerebral o paro cardíaco, pero también del estado intoxicación de ebriedad o la ingesta de drogas, anestesia, fatiga severa, provenir de enfermedades mentales como la epilepsia o el sonambulismo; de situaciones no relacionadas con ellas, como los traumatismos craneanos, las intoxicaciones agudas, la emoción violenta, estados crepusculares⁽⁴⁵⁵⁾, o de situaciones inducidas por

⁴⁵⁰ SCBA., 26/10/1993, JA, 1994-III, p. 627

⁴⁵¹ Cám. Nac. Crim. y Corr., en pleno, 13 /8/964, ED, 9-571.

⁴⁵² Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala IV, 23/12/ 1994, La Ley, 1994-E-604; 38.297-S.

⁴⁵³ Cam. Nac. Crim. y Corr., Sala III, 19/3/ 1987, La Ley, 1987-E-244.

⁴⁵⁴ Cám. Penal Rosario, en pleno, 17/12/1991, JA, 1992-IV-298.

⁴⁵⁵ Según el texto legal -art. 81, inc. 1º, a, Cód. Penal- literalmente considerado, lo excusable en función de las circunstancias debe ser el "estado de emoción violenta". Y, para que tal exigencia de la ley tenga sentido, no obsta la naturaleza del objeto "estado de emoción violenta", de carácter psicológico, que supuestamente no podría ser destinatario de valoración. La psicología y, en particular, las emociones exhiben obvia y recíproca relación con lo cultural. Además, con frecuencia la ley aparece imponiendo la valoración de objetos naturales (así, el carácter "no imputable" del "estado de inconsciencia" en el art. 34, inc. 1º, Cód. Penal). En realidad, lo que en estos casos ocurre no es que la ley suponga valorable la propia esencia del fenómeno natural sino las circunstancias que lo condicionan (SCBA, 12/12/89, DJBA, 138-3159).

terceros, como la sugestión hipnótica. En estos casos, el individuo está privado de los elementos esenciales de comprensión y de acción, de modo que no puede ser imputado del delito etc. Se considera que la inconciencia es patológica cuando se produce la suspensión completa y transitoria de las operaciones cognoscitivas con presencia de actividad motora automática independiente (capacidad práxica). De modo que en general podemos decir que el estado de inconciencia -o de falta de consciencia- es aquel por el cual un individuo *en vigilia* no puede procesar la información con lucidez, careciendo de capacidades para realizar los actos normales (por ausencia de focalización, organización, orientación, percepción, introspección y control emocional), lo que provoca confusión y falta de capacidad para comprender la realidad. Los estados de inconciencia son generalmente transitorios y varían en su intensidad⁽⁴⁵⁶⁾.

8. El error o la ignorancia de hecho no imputables.

El error es la idea, opinión, expresión o acción que una persona considera correcta pero que en realidad es falsa o desacertada. Desde el punto de vista de la psicología, de modo similar, es el juicio o valoración que trasgrede el criterio reconocido como válido en el campo al cual se refiere, o bien los límites de aplicabilidad del criterio mismo. La referencia al criterio de validez y de aplicación hace que el contrario del error no sea la verdad sino la exactitud o la corrección. En psicología el error representa un momento constitutivo del aprendizaje y se determina teniendo en consideración la información de que se dispone, que se valora sobre la base de un código o un sistema de creencias en posesión del sujeto⁽⁴⁵⁷⁾. En este aspecto MATUTE señala que hay que considerar que el error proviene del sesgo evolutivo conforme el cual el objetivo de nuestra adaptación al medio no es lograr una percepción precisa, saber con exactitud qué es eso que vemos u olemos en cada momento... “pues el objetivo de la adaptación al medio, decía, no es percibir correctamente la realidad, ni recordarla correctamente, es actuar muy rápido, incluso con muy pocos datos”⁽⁴⁵⁸⁾, y agrega “los errores son aleatorios y dependen de mil factores” que son individuales, “estas trampas mentales son lo que los psicólogos solemos llamar <sesgo cognitivo>”⁽⁴⁵⁹⁾. Estos aspectos no son tomados en cuenta por la jurisprudencia, que sólo aplica estándares comunes, no siempre correctos.

⁴⁵⁶ La posibilidad del trastorno mental transitorio, fundado en la amnesia lacunar, permitiría dejar en la impunidad los hechos cumplidos sin dominio psíquico por el sujeto incapaz de dirigir sus acciones. Admiten los psicólogos tales estados, semejantes a los de quienes obran en trance crepuscular, alucinatorio, hipnótico o sonambúlico; sólo que, en psicología forense, tendrían que construir una argumentación ad hoc para explicar la especificidad del comportamiento delictual "producido" por el agente y a la vez la corta duración del *shock* alegado (CCrimCorr MdelPlata, Sala III, 27/10/94, LLBA, 1995-284).

⁴⁵⁷ GALIMBERTI, Umberto –*Diccionario de Psicología*, trad, María E.g. de Quevedo, siglo XXI Editores, México 2002, p. 415.

⁴⁵⁸ MATUTE, Helena –*Nuestra mente nos engaña*, Emse Edapp SL y Editorial Salvat SL, España 2018, p. 31.

⁴⁵⁹ MATUTE, cit. –*Nuestra mente nos engaña*, cit. p. 54. El sesgo cognitivo es un efecto psicológico normal que produce una desviación en el procesamiento mental en la percepción inmediata y no examinada con precisión. Los estudios de Kahneman (premio 2002 novel en Economía por integrar sus descubrimientos de la investigación psicológica a las Ciencias económicas) y Tversky (fallecido en 1996), fueron los que desarrollaron los conceptos de sesgos en el sentido que hoy le damos (KAHNEMANN, Daniel –*Pensar rápido, pensar despacio* (Psicología), trad. Joaquín Chamorro Mielke, Amazon, 2021).

a) *Error de hecho y de derecho*. En doctrina se distinguía tradicionalmente el error de hecho y el de derecho, según se relacionase con el campo fáctico o con la norma jurídica, pero en general, en nuestro ordenamiento jurídico sólo se admite el error de hecho. Esta regla está expresamente en el ordenamiento civil (Código Civil, art. 20, Código Civil y Comercial arts. 8 y 257), pues la ley sólo excusa el error de derecho cuando la excepción está prevista en la ley⁽⁴⁶⁰⁾, lo que Según SOLER queda reforzado en el Código Penal por sólo por no tener por ninguna norma similar a la civil, sino por referirse exclusivamente el error de hecho⁽⁴⁶¹⁾, en la referencia que hace el art. 34 inc. 1° del Código Penal. Posteriormente otras concepciones examinaron consideraron que la expresión “hecho” del artículo 34, podía incluir el campo del Derecho, pero en Penal esa extensión no es la correcta para interpretar⁽⁴⁶²⁾. Vamos a ver luego, a diferencia de estas nuevas concepciones, y sin necesidad de forzar las normas, que el error sobre el tipo penal es una cuestión distinta y da lugar el error de Derecho, de donde se colige que la regla de la inexcusabilidad no es aplicable en el Derecho Penal en todos los casos. Cuando se habla de error de hecho, también se incluye junto al mismo la ignorancia. No obstante, para la consideración en el caso concreto hay que comprender que error e ignorancia se distinguen claramente, pues la ignorancia es el desconocimiento de hecho de que el acto está prohibido y sancionado, mientras que el error es tener conocimiento falso o equivocado. En cualquier caso, a los fines de la inimputabilidad se considera que error e ignorancia tienen el mismo rango pues se relacionan específicamente con la culpa.

b) *Error de prohibición*. El error al que se refiere el art. 34 inc. 1° es el *error de prohibición* que consiste en tener una falsa apreciación de la realidad jurídica existente, la que se puede deber a que el autor de la violación puede creer que exista una causa justificante, o directamente en el desconocimiento de que exista la norma en sí. Este tipo de error está relacionado exclusivamente con la culpa y excluye el dolo, y se da cuando el sujeto no comprende, o desconoce que hay una norma que prohíbe determinada conducta. El error de prohibición puede ser *directo* o *indirecto*. Generalmente el directo se asocia a la ignorancia y el indirecto al error propiamente dicho, aunque esta asociación no marca un régimen absoluto. El error *directo* se da muchas veces en el caso de extranjeros que vienen de una legislación prohibitiva distinta y suponen que la conducta que no es punible en su origen tampoco es punible en nuestro país. En estos supuestos hay casos que son difíciles de argumentar. Por ejemplo, si en el país de origen no está prohibido la tenencia de

⁴⁶⁰ La regla del conocimiento por la ley por todos, que comprende no sólo la ley en sentido estricto, sino toda norma del ordenamiento jurídico, es obviamente una falacia, pues nadie puede conocer todo el ordenamiento y mucho menos en las distintas variantes que presenta el derecho positivo, unido a la jurisprudencia y la costumbre. Pero la regla es necesaria *prima facie*, pues no existiría sistema jurídico si todos los sujetos a los que se les reclama una conducta acorde con las normas se exculpare bajo el argumento de que se desconocen las normas infringidas o que han tenido un error de apreciación respecto de las mismas, lo que no impide que haya excepciones a esta regla.

⁴⁶¹ SOLER, Sebastián -*Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires 1963, t. II, p. 77.

⁴⁶² En el Derecho Civil, la cuestión del hecho y su relación con la producción de efectos jurídicos, ha dado lugar a muy diversas interpretaciones, que asocian problemas de causa efecto, de psicología, además de su relación con el acto jurídico del cual el hecho resulta ser el antecedente necesario. Sobre este particular véase el importante estudio de TOBIÁS (TOBIÁS, José W. -*Comentario al art. 257 del CCyC*, en ALTERINI, Jorge H. (director general) “Código Civil y Comercial Comentado- Tratado Exegético”, tomo II, José W. TOBIAS (Director del tomo), La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 119 a 143. Sobre Hechos en particular y en el proceso, véase mi “Tratado de Derecho Procesal-Parte General”. capítulos VI y XVI, párr. 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2018.

drogas para el consumo, pero sí en nuestro país⁽⁴⁶³⁾, pues es sabido y de conocimiento público, que muchos países prohíben el uso de drogas. Distinto resulta cuando en el país de origen se trata de una conducta social admitida de la que no se sigue una prohibición generalizada conocida, por lo que la conducta no es percibida como prohibida en nuestro país⁽⁴⁶⁴⁾. Es *indirecto* cuando se entiende que hay una causa de justificación de la conducta, como cuando se recibe asesoramiento técnico o legal erróneo⁽⁴⁶⁵⁾, o la normativa resulta confusa⁽⁴⁶⁶⁾ o ambigua.

⁴⁶³ Así el art. 14 de la ley 23.737 dispone que “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”. Ello independientemente de las mitigaciones de los arts. 16, 17 y 18 de la misma ley. Pero el art. 4° de la ley 23.737 integró al Código Penal el art. 204 quáter, y en los artículos 5°, 6° y 7° referido a los estupefacientes (modificados por la ley 27.302) completó el esquema penal, que quedó redactado de la siguiente manera: Art. 4° — Incorporáse como artículo 204 quáter del Código Penal el siguiente texto: Artículo 204 quáter: Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización. Art. 5° — Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientos (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo :a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines; b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes; c) Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte; d) Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte; e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará prisión de tres (3) a doce (12) años y multa de quince (15) a trescientas (300) unidades fijas. Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueren ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de cinco (5) a quince (15) años. En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un (1) mes a dos (2) años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21. En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21. Art. 6° — Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientos (900) unidades fijas el que introdujera al país estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de su fabricación, precursores químicos o cualquier otra materia prima destinada a su fabricación o producción, habiendo efectuado una presentación correcta ante la Aduana y posteriormente alterara ilegítimamente su destino de uso. En estos supuestos la pena será de tres (3) a doce (12) años de prisión cuando surgiere inequívocamente, por su cantidad, que los mismos no serán destinados a comercialización dentro o fuera del territorio nacional. Si los hechos fueren realizados por quien desarrolle una actividad cuyo ejercicio depende de autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará además inhabilitación especial de cinco (5) a veinte (20) años Art. 7° — Será reprimido con prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de noventa (90) a mil ochocientas (1.800) unidades fijas, el que organice o financie cualquiera de las actividades ilícitas a que se refieren los artículos 5° y 6° de esta ley, y los artículos 865, inciso h), y 866 de la ley 22.415.

⁴⁶⁴ Debe admitirse la defensa de error de prohibición invocada por el imputado de violación al art.72, inc. a), de la ley 11.723 si se trata de una persona de nacionalidad extranjera que alega una sensación de permisión generada a partir de que la conducta que se le atribuye es aceptada en nuestro país, pues los DVD's conteniendo copias de películas son vendidos habitualmente en la vía pública, incluso en zonas que no son consideradas marginales (del voto del Dr. Pociello Argerich) CNApelCrimCorr, sala I, 30/05/2014 F. V., R. C. - LA LEY 2014-F -327).

⁴⁶⁵ Corresponde sobreseer en orden al delito de evasión tributaria a los directivos de una sociedad anónima que dedujeron del impuesto a las ganancias quebrantos correspondientes a pérdidas de una empresa extranjera controlada por aquélla pues, si bien el art. 19 de la Ley 20.628 establece que los quebrantos provenientes de actividades cuyos resultados no deban considerarse de fuente argentina sólo podrán compensarse con ganancias de esa misma condición, el hecho de que los imputados

También la doctrina y la jurisprudencia distinguen el error *vencible* y el *invencible*, oponiendo aquél que supera la capacidad de diligencia del sujeto para conocer e informarse (invencible), del supuesto en que existe negligencia en el actuar del sujeto, aunque en ambos casos la relación es con la culpabilidad, sea que se la excluya absolutamente o se la considere de modo relativo (arrrts. 40 y 41 C.Penal). Así se ha dicho que el error de prohibición sólo da lugar a la inimputabilidad cuando se trata de un error invencible, de lo contrario tratándose de errores vencibles en donde puede exigírsele al autor que lo supere, éste no elimina la reprochabilidad del injusto. Ahora bien, puede afirmarse que el error es invencible cuando el sujeto no tuvo la posibilidad de informarse o cuando teniéndola y habiendo hecho uso de los medios idóneos para la información no logró la misma. En este sentido, la evitabilidad del error presenta tres aspectos que se deben analizar: a) si el sujeto tuvo la posibilidad de analizar la antijuricidad, es decir si le era posible acudir a algún medio idóneo de información; b) si el sujeto al tiempo del hecho tuvo la oportunidad de hacerlo, lo que dependerá del tiempo que disponga para la decisión, reflexión, etc. y c) si al autor le era exigible que concibiese la antijuricidad de su conducta, lo que no acontece cuando cualquier sujeto prudente y con igual capacidad intelectual que el autor no hubiera tenido motivos para sospechar la antijuricidad ⁽⁴⁶⁷⁾. La evitabilidad del error de prohibición es un límite a la culpabilidad -a la exigibilidad y, en consecuencia, a la reprochabilidad-, por lo que no puede haber reglas fijas e inconvencibles; siempre habrá que analizar las particularidades de cada caso, examinando las condiciones personales del agente como son, entre otras, el grado de instrucción, el medio cultural y la actividad que realiza), las circunstancias de hecho (p. ej., la posibilidad de acudir a un medio idóneo de información o la urgencia con que debía tomar la decisión), las contradicciones de la jurisprudencia y de las resoluciones administrativas, la oscuridad de la ley, etc. Sobre esa base, el error será invencible cuando el sujeto no haya tenido la posibilidad de informarse adecuadamente y no le sea exigible que imaginase la criminalidad de su conducta, pues cualquier información, en principio confiable, puede llevar a la persona a cometer un error invencible⁽⁴⁶⁸⁾.

9. El error de tipo.

hubieren procedido a efectuar la deducción impugnada como consecuencia del asesoramiento brindado por su contador, permite tener por acreditado la existencia de un error de prohibición (CNCas. Penal, sala III, 4/6/2008-Ciccone Calcográfica S.A. - Revista IMP 200821 (Noviembre) p. 1816).

⁴⁶⁶ El deber de cooperación del ciudadano exige que, antes de actuar, este se cerciore de que su conducta resultará inocua. Ello implica que tiene el deber de adquirir el conocimiento fáctico y jurídico necesario para que aquello sea posible. Sin embargo, ¿cómo puede ello coexistir con el gran número de leyes existentes en las sociedades modernas? ¿No se vería paralizada la sociedad si el ciudadano debiera conocer plenamente todas las normas jurídicas antes de actuar? ¿Cómo puede armonizarse el hecho de que no se debe cargar solamente al destinatario de la norma con el riesgo propio de los supuestos legales no claros con el constante reconocimiento, por el BGH, de la conciencia eventual de la antijuridicidad? En estos supuestos se debe definir el alcance del deber de cooperación en supuestos legales complejos, como aquellos en los que distintos tribunales no logran sostener un criterio uniforme, aquellos en los que su interpretación varía entre el momento del hecho y el de la sentencia o los casos sobre los que los tribunales aún no se han pronunciado (PAWLIK, Michael - *Error de prohibición en caso de situación legal confusa*, Revista Pensamiento Penal DOCTRINA49530.PDF).

⁴⁶⁷ CNCP Sala IV; 23/04/2003; 0.115635 - Perez, Daniel s. Recurso de casación - Sumarios Oficiales Poder Judicial de la Nación; 3658; (Voto del Dr. Hornos); RC J 472/00.

⁴⁶⁸ CNPE Sala A; 13/05/2016; 0.10986 -B. S. S.A. y otros s. Infracción Ley 24144 -Rubinzal Online; 161/2015-(Del voto del Dr. Bonzón.); RC J 5613/16.

Hemos visto que el error de prohibición se refiere a los hechos, con algunas discrepancias doctrinales, pues la confusión proviene de que esos hechos siempre deben estar relacionados con el derecho, pero no se produce una confusión en cuanto a la norma jurídica en sí. La clasificación actual de error de tipo y error de prohibición hace necesario establecer claramente los alcances de ambos institutos, que algunas veces han sido confundidos por la doctrina. Primero digamos qué es el “tipo” en materia penal. Para ello recordemos con ANTOLISEI que “Los caracteres de la norma penal es la *imperatividad*, como regla de conducta, puesta por el Estado, que es irrefutablemente obligatoria. El Derecho Penal constituye sin duda un complejo de imperativos, vale decir, de mandatos frente a los súbditos, prohibiendo determinados comportamientos o prescribiendo otros. Es, de esta manera, por supuesto, que el ordenamiento jurídico penal busca realizar su fin último, el cual, como se ha visto, consiste en la conservación y el desarrollo de la comunidad social”⁽⁴⁶⁹⁾. Y esas normas con esas características, contienen el *tipo* penal, esto es la descripción de la conducta que será sancionada. La característica del Derecho Penal es que la sanción sólo será aplicable si la conducta inculpada coincide con la conducta prescrita en la norma. Ello independiente de que en ciertos supuestos, que no son los que ahora examinamos, por muy diversas razones (prescripción, muerte, modificación de la ley penal, etc.) la conducta antijurídica o atípica (contraria a la descripción del tipo) no sea sancionada⁽⁴⁷⁰⁾. Aunque en la actualidad se dice que el error de prohibición y el error de tipo sustituyen el error de hecho y de derecho que sostenía antes la doctrina penal, no se ha hecho en realidad más que cambiar los nombres y permitir que algunas cuestiones complejas entren en una zona gris donde puede considerarse que el error es de una de las dos categorías indistintamente.

En consecuencia podemos decir que el error de tipo es aquel en el cual se tiene una falsa percepción que le hace creer al sujeto que su conducta no está incluida en el tipo penal, o como dice BACIGALUPO, tiene falsa percepción de una situación en la ejecución del tipo penal⁽⁴⁷¹⁾. Esta falsa percepción no se centra sólo en la descripción específica del tipo sino en la calidad de los sujetos incluidos en la situación jurídica, esto es el sujeto activo y la víctima, la forma y los medios de acción, el resultado, la relación de causalidad, etc. Cuestiones culturales diversas pueden encontrarse en este campo. Es dable en los pueblos originarios. Por ejemplo, ente los indios Wichí desde la primera menstruación la mujer es casable y busca esposo; éste será el reaseguro de su mantenimiento en el grupo. En una cultura cazadora y recolectora, la mujer necesita un hombre para formar hogar⁽⁴⁷²⁾, de modo

⁴⁶⁹ ANTOLISEI -*Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, p. 21, trad. del autor.

⁴⁷⁰ El error de tipo por incapacidad psíquica (Propuesto por ZAFFARONI, ver ZAFFARONI Eugenio R., "Manual de derecho penal, parte general", Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 418; mejor dicho *discapacidad psíquica*, es simplemente una variante específica de “insuficiencia de las facultades, por alteraciones morbosas de las mismas” y no es un error de tipo, pues se trata de alteraciones en el desarrollo intelectual o enfermedad mental de la persona, que pueden interferir en sus relaciones con los demás y en su adaptación a diversas situaciones y entornos.

⁴⁷¹ BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y error*, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1988, p. 144.

⁴⁷² *La cuestión es objeto de una disputa académica y jurídica*. Opinión experta de Morita CARRASCO, antropóloga y directora del proyecto Ubacyt “Aboriginalidad, provincias y nación: reconfiguraciones contemporáneas de las estrategias y demandas indígenas por la implementación de sus derechos” (<http://repositorio.filo.uba.ar/handle/filodigital/5351>); por su parte, John PALMER, antropólogo norteamericano que vive entre los Wichí señala: Lo que para nosotros es un adolescente, para ellos es un adulto. Las parejas sexuales se establecen por iniciativa de la mujer; si un hombre toma la iniciativa, la niña se está comportando como una mujer (PALMER, John H. -*La buena voluntad Wichí. Las Lomitas. Grupo de trabajo. Ruta 81*, 2005386 páginas; ver *Comentario en Anthropos* 103/2008), y eso no es aceptado en nuestra cultura corriente, especialmente la cosmopolita. Toda la cuestión depende del momento y de la cultura. María Remedios de Escalada se casó con José de San Martín recién cumplidos los 14 años, cuando él tenía 34, cuestión que hoy no sería admitida

que lo que nosotros entendemos por un niño en esa cultura es un mayor. Entre los musulmanes el Corán admite que puedan tener varias esposas, porque es un pueblo que tradicionalmente ha practicado la poligamia ⁽⁴⁷³⁾, pero en general sólo los ricos pueden mantenerlas, de modo que en la práctica los musulmanes tienen una sola esposa. Por primera vez, dos mujeres y un hombre contrajeron unión civil en Brasil ya que, según se interpretó, “el principio de monogamia no está en la Constitución, es una conducta cultural”. En Argentina la poligamia no está permitida de acuerdo con lo que dispone el Código Civil y Comercial, pero no es un delito, ya que el adulterio fue eliminado del Código Penal en 1995 por la ley 24.453, lo que deja la cuestión como tema puramente civil, aunque podría dar lugar a otro delito como bigamia, que no figura como tal, pero que aparece en el Código Penal al disponer “Delitos contra el estado civil. Capítulo I. *Matrimonios ilegales*. Art. 134. - Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años, los que contrajeren matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta” (Cód. Civ. Com, art. 403, d) ⁽⁴⁷⁴⁾. Esta circunstancia puede dar lugar a un error de tipo para un extranjero que en su país admite la poligamia.

En el caso del error de tipo de los mencionados anteriormente el sujeto que realiza la conducta antijurídica puede confundirse en el sentido de que la misma no

arts. 403 y 404 CCyC). A fines del siglo pasado Mary Kay Letourneau, la maestra que protagonizó uno de los mayores escándalos de abuso sexual con un alumno y luego se casó con él. Tenía 58 años. En 1997 la historia de violación a Vili Fualaau generó conmoción en los Estados Unidos. Por entonces, ella (que estaba casada y tenía tres hijos) contaba con 34 años y él 12. Mary purgó 7 años de prisión. Al salir contrajeron matrimonio, habiendo tenido dos hijos previamente, uno de los cuales nació durante la prisión de la madre. Mary luego murió de cáncer a los 58 años en 2021.

⁴⁷³ Entre otras muchas expresiones en sentido similar: 19. Es uno de los signos de su poder (de Alá) haberos creados de polvo. Luego os convertiste en hombres diseminados por todas partes. 20. Lo es también haberos dado *esposas* creadas de vosotros mismos, para que habitéis con ellas... (Corán, Sura XXX).

⁴⁷⁴ Código Penal. Art. 135. - Serán reprimidos con prisión de dos a seis años: 1º El que contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente; 2º El que engañando a una persona, simulare matrimonio con ella. Art. 136. - El oficial público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, sufrirá, en su caso, la pena que en ellos se determina. Si lo autorizare sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio, la pena será de multa de setecientos cincuenta pesos como mínimo y doce mil quinientos pesos como máximo e inhabilitación especial por seis meses a dos años. Sufrirá multa setecientos cincuenta pesos como mínimo y doce mil quinientos pesos como máximo el oficial público que, fuera de los demás casos de este artículo, procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley (texto conf. Ley 24.286). Art. 137. - En la misma pena incurrirá el representante legítimo de un menor impúber que diere el consentimiento para el matrimonio del mismo. Es violatoria de la defensa en juicio la sentencia que, sin fundamento legal que lo autorice y contradiciendo la norma del art. 468, Cód. Proc. Crim., invierte la carga de la prueba, exigiendo a la acusada probar, en un proceso seguido por bigamia, la inexistencia de impedimento que causara la nulidad absoluta del segundo matrimonio (CSJN, 1975, Fallos 292:561). Es violatoria de la garantía de la defensa en juicio la sentencia que, limitando la prueba de los hechos en que la actora fundó su acción, desestima una querrela por la comisión del delito de matrimonio ilegal, por considerar que el divorcio vincular decretado por tribunal extranjero Grecia no es contrario al orden público argentino y que por ello no puede acusarse de bigamia a la segunda esposa del divorciado, pues el matrimonio se había celebrado en Francia y los esposos se domiciliaban en aquel país al tiempo de sustanciarse el proceso circunstancia a la que, precisamente, se refería la prueba denegada (CSJN, 1969, Díaz, María Concepción, Fallos: 275:16). Para nuestra legislación, un doble matrimonio constituye, desde luego, presunción de bigamia, y la acción de nulidad no impide el procesamiento, sino que difiere la condenación. (Artículo 1004, Código Civil) (CSJN., 1923, Lavalle, Carlos Canuto, su extradición a solicitud de las autoridades de la República Oriental del Uruguay; Fallos: 138:274).

está penada pues en su origen no es sancionable. Pero para ello también hay que ver otras clasificaciones del error de tipo igual que las que hemos realizado respecto del error de prohibición. Es obvio que no puede haber error de tipo admisible respecto de delitos claramente conocidos desde siempre, como el homicidio, el robo, la defraudación, etc. a menos que el autor del ilícito carezca de capacidad mental para comprender sus acciones por cualquier causa excusable, pero en tal caso no se tratará de un error de tipo.

10. Errores evitables e inevitables.

Otra distinción que tiene efectos sobre el resultado de la condena, muy relacionada con los aspectos previamente tratados, es si el error pudo ser evitado tomando las precauciones normales de atención que debe tener una persona de acuerdo con las condiciones de modo, de tiempo y de lugar, o por el contrario, si aún tomando ese tipo de previsiones el error resultaba inevitable pues la situación superaba las posibilidades de esa personas. La consideración de la superabilidad debe tenerse en cuenta de acuerdo con el sujeto, pues no es una pauta objetiva y todas las personas no son iguales en ese aspecto.

Sin duda, el error inevitable sea de prohibición o de tipo elimina la responsabilidad penal. En cambio, en el caso del error evitable la situación es distinta. En este supuesto se elimina el dolo, pero subsiste la culpa, con la particularidad de que, si el delito de referencia no tiene especificada la culpa, el actor queda exento de pena. Estas formas se llaman también errores vencibles e invencibles. Otro aspecto del error en el caso del tipo son las variantes de causalidad, de persona y la desviación en la ejecución del acto penal querido (*aberratio ictus*). En todos estos casos el nexo causal se ve modificado por distintas circunstancias y la imputación penal varía a consecuencia de ellas. Y como se puede ver por lo ya dicho previamente es la Psicología la que nos da muchos elementos para considerar en esos casos.

11. La comprensión.

El último aspecto que ahora nos interesa, y no por ello de menor importancia es el de la comprensión, que conlleva la posibilidad de que el autor realice la actividad delictuosa por vía de defectos en el conocimiento de las cosas. Recordemos que el art. 34 inc. 1° del Código Penal dispone: “El que no haya podido ...comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”. DONNA expresa que “no se trata de un problema solo perceptivo por parte del sujeto, que tiene relación con el error de tipo, sino, tal como lo hemos mencionado, lo que está en crisis es la capacidad del sujeto para orientarse de acuerdo con valores. Es decir, se está en el ámbito de la capacidad o no del sujeto para poder motivarse de acuerdo a las normas”⁽⁴⁷⁵⁾. La capacidad es la facultad o facilidad del ser humano para percibir las cosas y tener una idea clara de ellas. En primer lugar, hay que tener en cuenta que debido a que los delitos no tienen todos el mismo disvalor, en el campo de la imputabilidad se puede sostener que un sujeto pueda tener capacidad para comprender la criminalidad de un delito y puede no tenerla para otro ⁽⁴⁷⁶⁾.

En este aspecto Dilthey introdujo la siguiente distinción: Las ciencias del espíritu se distinguen de las ciencias naturales porque el objeto de éstas son hechos

⁴⁷⁵ DONNA, cit. -*Capacidad de culpabilidad o imputabilidad*, p. 55.

⁴⁷⁶ Cám. Fed. San Martín, 26 de marzo 1990, ED, 137-447, JA, 1991-I, p. 3

que se presentan en la conciencia desde afuera, es decir como fenómenos dados singularmente, mientras que en las ciencias del espíritu los hechos surgen originalmente desde adentro como una conexión viviente”, por lo que “nosotros explicamos la naturaleza, pero comprendemos la vida psíquica” (477). A partir de esta distinción Jaspers fundó la *psicología comprensiva* basada en la distinción entre comprender (*verstehen*) y explicar (*erklären*): “Para evitar ambigüedades y malentendidos utilizaremos siempre la expresión ‘comprender’ para la visión interior de algo desde adentro, y nunca llamaremos comprender, sino ‘explicar’ al conocimiento de los nexos causales objetivos que siempre se ven desde afuera. Comprender y explicar, por lo tanto, tienen siempre significados precisos” (478). La explicación es una reducción de lo observado a las hipótesis anticipadas según el modelo de las ciencias exactas, mientras la comprensión se acerca al objeto, no para traducirlo a un esquema anticipado, sino para tomar las estructuras de significado que emergen desde su vertiente y no desde la de quien observa. En este sentido escribe Jaspers: “es posible explicar plenamente algo sin comprenderlo”, es decir reconducirlo hacia las hipótesis anticipadas sin hacer que emerja el significado que en esto se manifiesta. Esta enmienda metodológica emancipó a la psicología de la metodología de las ciencias naturales, sustituyendo el instrumento de interpretación que es la ley universal por otro, más propiamente psicológico, que es el significado que se manifiesta en cada uno de los casos(479).

Esta comprensión de la criminalidad supone un “conocimiento virtual” (potencial), que condiciona la punibilidad, que es la posibilidad de saber, sin que sea necesario el conocimiento efectivo. No se requiere entonces un conocimiento “actual”, pues se puede formular reproche al autor, aunque realice el hecho sin saber fehacientemente que era ilícito. Es culpable si pudo averiguarlo. Posibilidad de “comprensión” equivale a poder conocer e internalizar las pautas valorativas que llevaron a la sociedad a prohibir una conducta. Consiguientemente, el grado de esfuerzo que el sujeto debió realizar para comprender la criminalidad de su comportamiento es inversamente proporcional a la magnitud del reproche penal que se le formula: a mayor esfuerzo menor culpabilidad, y a la inversa si el esfuerzo que debió realizar es mínimo, más severo será el reproche(480).

Pero el no poder dirigir sus acciones está más de acuerdo con el comportamiento compulsivo, que es un trastorno (obsesivo-compulsivo) mental en el cual las personas tienen pensamientos, sentimientos, ideas, sensaciones (obsesiones) y comportamientos repetitivos e indeseables que los impulsan a hacer algo una y otra vez y compulsiones (Impulso o deseo intenso o vehemente de hacer una cosa) que no pueden controlar. Para ayudar a diagnosticar el trastorno obsesivo compulsivo (TOC), los profesionales de la salud mental usan la quinta edición del *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5*, por sus siglas en inglés) de la Asociación Estadounidense de Siquiatría. Entre otras variantes menores en el TOC se da la de pensamientos no deseados, incluida la agresión, o

⁴⁷⁷ Dilthey, Wilhelm - *Ideen über eine beschreibende und zergliedernde Psychologie* [Ideas sobre una psicología descriptiva y disecante], Obras completas, vol. V, Leipzig, Teubner, 1914-1936b1 43-144.

⁴⁷⁸ JASPERS, K. -*Psicopatologia generale*, Roma, Il Pensiero Scientifico, 1964, p.30.

⁴⁷⁹ GALIMBERTI, *Diccionario*, cit. pp. 865 y 866, con cita de Dilthey -*Ideen über eine beschreibende und zergliedernde Psychologie* [Ideas sobre una psicología descriptiva y disecante], Obras completas, vol. V, Leipzig, Teubner, 1914-1936b143 p. 144. Jaspers - *Psicopatologia generale*, Roma, Il Pensiero Scientifico, 1964, p.30.

⁴⁸⁰ Ver, sobre el particular, el esclarecedor trabajo de SPOLANSKY, *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad*, "Revista de Derecho Penal y Criminología", 1968, n° 1, p. 83 y sgtes. y DONNA, cit. -*Capacidad de culpabilidad o imputabilidad*, p. 454 y sgtes.

temas sexuales o religiosos. Generalmente el TOC no lleva a un delito a menos que se asocie con la agresión o temas sexuales. En el primer caso la agresión solo un indicador de una enfermedad subyacente cuando los sentimientos se vuelven excesivos y absorbentes, e interfieren con la vida cotidiana. En el campo sexual pueden desembocar en violencia familiar, social, sexual, o de género, o en concepciones relacionadas con pedofilia o incesto, los que a su vez pueden estar relacionados con otras enfermedades mentales de base más graves. En cada caso el examen mental del individuo, sus antecedentes y el entorno serán elementos esenciales a considerar⁽⁴⁸¹⁾.

12. Las Psicología en el proceso y las circunstancias del imputado.

⁴⁸¹ Una investigación de la Universidad de Granada de 2017 determinó que la mitad de las sentencias judiciales son imprecisas al definir trastornos neuróticos que pueden eximir de condena. Analiza todas las resoluciones judiciales dictadas en los últimos 114 años por el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales que incluyen este tipo de trastornos Su trabajo señala que en el 70% de los casos estos trastornos psiquiátricos suponen un atenuante de la condena, y en algunas ocasiones, eximente total (Inicio / UGRDivulga 20-11-2017; AGUILAR GUALDA, Salud de. *Estudio jurisprudencial de los trastornos neuróticos y del control de los impulsos*. Barcelona, 2017. José María Bosch Editor). El Código Penal de España, al igual que el nuestro, señala en su artículo 20.1: “Están exentos de responsabilidad criminal: 1º) El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, *no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*”. En España sucedió un interesante caso que es relativamente corriente, pues se trató del siguiente hecho; El acusado, mayor de edad y sin antecedentes penales, coincidió en el ascensor del inmueblecon la joven ..., e inmediatamente después de que ésta pulsase el botón de la cuarta planta del edificio, aquel pulsó el botón de “stop”, quedándose detenido el ascensor entre dos plantas, y con intención de satisfacer su ánimo libidinoso, comenzó a agarrarle de los brazos e intentar besarla, al tiempo que le tocaba por todo el cuerpo, a lo cual la indicada joven opuso fuerte resistencia, lo que motivó que el acusado la golpeara repetidamente, y que seguidamente pulsase el botón de la planta baja y saliese rápidamente huyendo hacia su domicilio que se encuentra contiguo, donde fue localizado y detenido por la Policía...”. La Audiencia Provincial de Córdoba, en un fallo, condenó al acusado como “autor criminalmente responsable del delito de agresión sexual y falta de lesiones ya definidas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (es decir que su actuación era obsesiva compulsiva de acuerdo con el informe psicológico) a las penas de un año de prisión por el delito y tres fines de semana de arresto por la falta... y a que indemnice a ... (la víctima) con”. Sin embargo el Tribunal Supremo (STS, nº 1798/2001, Sala de lo Penal), entendió en la causa como recurso de casación de la Sentencia dictada revocándola. Al respecto MORIANA y HERRUZZO destacan los siguientes conceptos del TS: “Es evidente que el acusado no tiene una personalidad con problemas episódicos y relativamente aislados, sino de un síndrome obsesivo permanente y grave, de cuya evolución dan cuenta los numerosos informes... En consecuencia, la Audiencia ha infringido el art. 20.1ª CP, pues se ha apoyado para evaluar las consecuencias normativas de la alteración mental del recurrente, evaluación requerida por la fórmula legal del art. 20.1ª CP, en la opinión de peritos médicos (en referencia al informe del médico forense) que no tuvieron en cuenta al opinar los límites de sus conocimientos científicos. De esta manera, se ha considerado que una alteración psíquica grave y permanente no era la causa de una conducta específica, cuando, en realidad, no se trataba de un problema causal, sino de la valoración jurídica de si el autor pudo comprender la antijuricidad de su acción y comportarse de acuerdo con dicha comprensión”. Finalmente, en el fallo se declara al sujeto exento de responsabilidad criminal por aplicación de los artículos 20.1ª y 101 del Código Penal y se desestima la anterior sentencia de la Audiencia Provincial (MORIANA, Juan A. y HEERRUZZO, Javier -*Trastorno obsesivo compulsivo y su responsabilidad jurídica*, en Anuario de Psicología Jurídica-IUniversidad de Córdoba, España. Facultad de Ciencias de la Educación. Área de Personalidad,, Volumen 16, año 2006, Págs. 9 a 24).

La psicología apareció tempranamente en el proceso penal. El derogado Código de Procedimiento en Materia Penal nacional planteaba -dentro de las circunstancias personales del procesado- las psíquicas relativas a la aptitud y discernimiento para delinquir, incluyendo, en el caso, al sordomudo, y en la eventualidad de advertir indicios de enajenación mental podía suspender la declaración del procesado, mientras se hicieran las investigaciones requeridas, sin que ello obstase a su detención e incomunicación (arts. 260 a 263). Esta norma estaba en consonancia con el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal.

a) *Incapacidad previa del imputado*. Actualmente, el CPPN -en el mismo sentido- se refiere con más precisión al imputado en el Cap. II y, en primer lugar, considera la incapacidad en el art. 76: “*Si se presumiere que el imputado, en el momento de cometer el hecho, padecía de alguna enfermedad mental que lo hacía inimputable, podrá disponerse provisionalmente su internación en un establecimiento especial, si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros. En tal caso, sus derechos de parte serán ejercidos por el curador, o si no lo hubiere, por el defensor oficial, sin perjuicio de la intervención correspondiente a los defensores ya nombrados. Si el imputado fuere menor de dieciocho años sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o tutor*”.

La cuestión sobre el tratamiento del imputado comienza por la presunción sobre su estado mental, el que surge de la conducta desplegada por el mismo y por la peligrosidad que aparenta basado en el examen de los médicos forenses. En cambio, la internación está siempre limitada y tiene que ver con la peligrosidad que manifiesta su condición, peligrosidad en lo que hace a su propia persona y la posible afectación a terceros. Esta internación es distinta de la prevista en el art. 34, inc. 1º, segundo párrafo, ya que esta última requiere que se haya expedido el tribunal acerca de la imputabilidad del sujeto⁽⁴⁸²⁾. La asignación de un curador o el defensor oficial tienden a mantener el estado de defensa en juicio, y éstos no actúan como meros representantes, sino que sustituyen en condición de parte al imputado y actúan a nombre propio.

El Código Procesal Penal Federal, en el mismo sentido, pero de un modo más amplio establece: “**ARTÍCULO 67.- Presunta inimputabilidad en el momento del hecho.** Si se presumiere que el imputado, en el momento de cometer el hecho, padecía alguna alteración mental que le impidiera comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, sus derechos de parte serán ejercidos por el defensor particular o, en su defecto, por el defensor público, con los apoyos y ajustes razonables que fueran necesarios, con comunicación al curador, si lo hubiere. Si el imputado fuere menor de Dieciocho (18) años de edad sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o tutor, ello sin perjuicio de la intervención que prevea la Ley Orgánica del Ministerio Público. En caso (de) que se dictara el sobreseimiento por inimputabilidad, se deberán analizar en forma previa las causales en el orden dispuesto en el artículo 269. Si correspondiere, se dará intervención a la Justicia Civil a fin de que, en caso de ser necesario, se resuelva sobre las medidas de protección de derechos que correspondan de acuerdo a la legislación específica en

⁴⁸² El 2º párrafo del inc. 1º del art. 34 del Código Penal dice: “En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. La internación prevista por el art. 34 está reservada para aquellos casos en los que no existan vías alternativas de tratamiento (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala I, 15 de mayo 1984, JPBA, 57-94; ídem, Sala I, 26 de agosto 1986, JPBA, 63-21; ídem, Sala IV, 13 de febrero 1990, Bol. Jurisp. Cám. Nac. Crim. y Corr., 1990, n° 1, p. 34). Este criterio está en consonancia con la ley 26.657.

salud mental”. Es decir que se deben seguir las reglas del proceso de restricción de incapacidad previstas por los arts. 31 y sgtes. del Código Civil y Comercial y la ley 26.657.

b) *Incapacidad sobreviviente*. Pero la incapacidad puede ser sobreviviente, de modo que el CPPN se ha ocupado del tema en el art. 77, al expresar: “*Si durante el proceso sobreviniere la incapacidad mental del imputado, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa, si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros, ordenará la internación de aquél en un establecimiento adecuado, cuyo director le informará trimestralmente sobre el estado del enfermo. La suspensión del trámite del proceso impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquél contra los demás imputados. Si curare el imputado, proseguirá la causa a su respecto*”.

Al respecto, D’Albora ha hecho notar que “la incapacidad mental no paraliza las diligencias de la instrucción hasta que se torne necesario recibir declaración indagatoria (art. 294 CPPN). Pero puede completarse la pesquisa. La inobservancia del párrafo segundo de esta norma genera la nulidad del proceso”⁽⁴⁸³⁾, pues está en juego la defensa en juicio (art. 18, Const. nacional).

c) *Delitos que requieren examen mental*. También existen, en determinados delitos, presupuestos respecto de la salud psíquica de los imputados. Todos ellos están formulados tendiendo a proteger los derechos humanos en consonancia con los derechos de tercera generación. Así el art. 78 del CPPN dice: “*El imputado será sometido a examen mental, siempre que el delito que se le atribuya esté reprimido con pena no menor de diez años de prisión o cuando fuere sordomudo, o menor de dieciocho años o mayor de setenta, o si fuera probable la aplicación de una medida de seguridad*”. Esta actividad también se impone al juez bajo pena de nulidad.

El Código Procesal Penal Federal indica en este supuesto: “**ARTÍCULO 68.- Padecimiento mental sobreviviente.** Si durante el proceso sobreviniere un padecimiento mental que restringiere la capacidad del imputado, el juez establecerá los apoyos y los ajustes razonables que sean necesarios, incluyendo el establecimiento de plazos especiales para el desarrollo del proceso, según el momento en que se produzca, sin perjuicio de que se lleven a cabo los actos para la averiguación del hecho que no requieran su presencia o se prosiga aquél contra los demás imputados. Se comunicará al juez en lo civil y al defensor particular o, en su defecto, al defensor público, la situación del imputado, a fin de que, en caso de ser necesario, se resuelva sobre las medidas de protección de derechos que correspondan de acuerdo a la legislación específica”.

El Cód. Proc. Penal de la provincia de Buenos Aires contempla el mismo supuesto en los arts. 62 a 64 y así, en general, los códigos provinciales (Córdoba, arts. 73 a 75; Mendoza, arts. 71 a 73, etcétera). El sordomudo, como vemos, ya no aparece en el CPPFederal y es que la sordomudez no constituye una incapacidad psicológica y queda subsumida la inimputabilidad en otras cuestiones como las ya vistas. Veremos al tratar la cuestión en el ámbito civil en los párrafos siguientes, las cuestiones relacionadas con el sordomudo.

Todos los elementos relacionados con la capacidad podrán trasladarse al juicio, para el cual el art. 288 del CPPFederal establece la oralidad como prevalente,

⁴⁸³ D’ALBORA, Francisco J. -*Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984)*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993, p. 98.

con independencia de las excepciones que corresponden al caso, como es la de las personas con incapacidad física o mental: “Toda intervención de quienes participen en la audiencia de debate se hará en forma oral. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por los jueces y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, lo que se hará constar en el registro del debate...c. Los registros de declaraciones anteriores de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en *incapacidad física o mental*, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas notificando previamente a la defensa y en conformidad con las demás pautas establecidas en este Código”.

C) **PSICOLOGIA Y DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL.**

13. La evolución del Derecho en el campo de la psicología.

Hemos visto el campo psicológico en el Derecho Penal y Procesal penal especialmente en materia de inimputabilidad y culpa, prevista por el art. 34 del Código Penal y el procedimiento que ordenan los Códigos Procesales ante la persona que tiene problemas mentales, a la vez que en ciertos casos se deriva hacia el proceso civil el tratamiento de ciertas cuestiones en esta materia. Ahora, en materia civil nos vamos a ocupar fundamentalmente de los procesos de *Incapacidad* y de *Restricción de la Capacidad* (que es la materia que más relación tiene con la Psicología), como corresponde denominar al anterior proceso de “Demencia”, de acuerdo con la denominación actual, por ser el título más apropiado, conforme con las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial. La denominación de demencia, aún dentro de la anterior legislación producía confusiones porque en el sentido médico demencia viene a significar pérdida de la mente, de manera que el paciente se va degradando a medida que transcurre el tiempo. Dentro de estas demencias (demencia precoz, demencia senil, etc.), aparece un mal conocido por “enfermedad de Alzheimer”. Pero la demencia, en sus distintas manifestaciones, resulta ser solamente una de las enfermedades mentales. Por otra parte, es importante considerar que el proceso de Restricción de la capacidad no solamente se referirá a cuestiones de enfermedades mentales, sino también a todos los supuestos en que una persona tiene adicciones (art. 32 CCyC) como alcohol, cocaína, marihuana, opio, sedantes e hipnóticos, anfetaminas, éxtasis y heroína, llamadas generalmente adicciones por ingesta química.

14. La evolución de la incapacidad en la legislación.

Originalmente el art. 141 del Código Civil, disponía: “Se declaran *dementes*, los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos o la manía sea parcial”. Más allá de la pobreza de la redacción (se declaran dementes a quienes tienen demencia, o hablar de manía, o imbecilidad (persona con una edad mental de dos a siete años, con 15 a 52 puntos de CI), debemos atender al desconocimiento de la época. Recién con la reforma de la ley 17.711 de 1968 se actualizó en algo este criterio al decir: “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”. Se confundía aquí todavía la demencia con la enfermedad mental, cuando aquella es sólo alguna de estas de modo que, si se sacara las palabras “por

demencia”, el artículo hubiera sido redactado mejor. De todos modos hay que reconocer que la reforma de la ley 17.711 dejó de lado el sistema estático (las personas sólo podían ser declaradas “dementes”) por uno dinámico al incorporar el art. 152 bis⁽⁴⁸⁴⁾, que marcaba la inclusión del sistema en un campo adecuado, pues las dificultades mentales no se articulaban en una sola modalidad de enfermedad mental “demencia”, sino en muchos estados intermedios y otras situaciones especiales que las clasificaciones actuales muestran claramente, aunque los nuevos ingresados en la incapacidad eran “inhabilitados”.

En el contexto que hemos mostrado el proceso de demencia el Código Civil y de los códigos procesales ha quedado un tanto fuera del marco científico, tanto en su estructura cuanto en su denominación. Pero su adecuación de las leyes sustanciales y el sistema procesal no resulta tan sencilla. Diversas leyes nacionales y locales se fueron dictando, muchas veces con contradicciones evidentes, como sucedió entre la ley 22.914 (nacional) y la de la ciudad de Buenos Aires n° 448⁽⁴⁸⁵⁾. Y esta contraposición se daba especialmente en el campo de la internación, aspecto complejo que a veces es usado abusivamente por las personas, para obtener beneficios o sacarse de encima a otras, pero otras veces resulta absolutamente necesario, pues la convivencia con el enfermo mental, muchas veces, supera claramente la capacidad de control y asistencia de las personas que lo rodean por tratarse de una cuestión técnica de las más altamente complejas que terminan enfermando al entorno. Todo este panorama resultaba de difícil aplicación, lo que dio lugar a su vez al dictado de Acordadas de los tribunales relacionadas con la internación⁽⁴⁸⁶⁾. Todavía hubo un paso más en el Código Civil, al incorporar por ley 26.657 el art. 152 ter: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de Tres (3) años y deberán

⁴⁸⁴ Código Civil, art. 152 bis: Art. 152 bis. “Podrá inhabilitarse judicialmente: 1° A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio. 2° A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. 3° A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Solo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

⁴⁸⁵ En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se dictó la ley 448, de salud mental, sin derogar la ley nacional lo que la legislatura local no puede hacer). Esta ley regula en forma total el sistema de internación y externación de dementes, lo que colisionaba con la ley nacional 22.914. Tobías había entendido que había una derogación tácita de la ley 22.914, mientras que los que tienen padecimientos mentales, incluidas las enfermedades mentales, se rigen por la ley 448 (TOBIÁS, José W. -*La internación y externación de quienes tienen "padecimientos mentales" y la ley 448*, La Ley, 2003-B-1388). La internación involuntaria de una persona procede cuando, a criterio del equipo profesional, mediare situación de riesgo cierto o inminente para sí o para terceros (art. 29). Para el caso, deberá mediar formal solicitud interpuesta por un familiar de la persona cuya internación se pretende, o demás personas con legitimidad para actuar, conforme al Código Civil, u organismo estatal con competencia (art. 30). La ley también regula la internación judicial por el juez civil o penal, pero le imponen a éstos toda una serie de reglas que la Ciudad no tiene autoridad para indicárselas a los jueces civiles o penales, por lo menos mientras estén en la órbita de la Nación (arts. 35 a 39). El cap. V (arts. 40 y ss.) se ocupa de la externación. La nueva ley nacional 26.378 resuelve esta dicotomía.

⁴⁸⁶ SIRKIN, Eduardo -*Acerca de la nueva ley de Salud Mental; su reforma a los Códigos Civil y Procesal de la Nación sobre inhabilidades e incapacidades y las dificultades de su implementación*-elDial 3.3.2011.

especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”. De esta manera se pasaba definitivamente del proceso rígido al sistema elástico, ya que la situación mental de las personas no es un modelo binario, sino que desde la normalidad absoluta (si es que alguien la tiene) hasta los mayores daños mentales (como la esquizofrenia, la paranoia, la demencia) hay un sinfín de situaciones que se pueden encontrar descriptas en la clasificación universal de la OMS.

La ley 26.657 no sólo marca la “evaluación inerdisciplinaria”, sino que eliminaba los “manicomios”. Si bien esta ley, que está vigente, trajo un nuevo aire al tratamiento de la persona humana en cuanto a su aptitud mental, varias de sus normas han sido hechas por personas que desconocen el ambiente médico asistencial. El caso de la eliminación de los manicomios es una de ellas. Sin perjuicio de entender que esas instituciones se transformaban muchas veces en depósitos de personas, por el abandono que hacían de los enfermos mentales las personas de su entorno (parientes, allegados, etc.), no es menos cierto que las personas individuales no están en condiciones de atender de modo permanente a cualquier sujeto con enfermedades mentales y estos sujetos están en mejores condiciones internados en instituciones donde sean atendidos y cuidados como corresponde. El hecho de que el Estado no se ocupe de estos problemas, por una tradicional ineficiencia en materia de salud, hace que la derivación de los enfermos mentales a hospitales y otros centros termine siendo un remedio peor que le enfermedad, y esto ha sido especialmente criticado desde muchos ángulos⁴⁸⁷. Otra

⁴⁸⁷ KRAUT, Alfredo Jorge y DIANA, Nicolás (*Un breve panorama de la legislación. La Jurisprudencia y el Proyecto de Código Civil y Comercial*- Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni 2012.2-p. 143) con importantes citas y con base en trabajos anteriores del mismo Kraut, señalan que: Hemos criticado el sistema asilar basado en la reclusión en estos "hospitales monovalentes" que aún cuentan con 42 nosocomios "con características diferentes, no todos de perfil asilar tradicional, y con diferentes nombres ahora, y aún están las once colonias de alienados con su tradicional población de crónicos", lo que determina que distintas ponencias presentadas en numerosas publicaciones especializadas, tomando como base distintas declaraciones (Caracas, Principios de Salud Mental, Declaración de Brasilia y los fallos de la Corte a los que nos referiremos luego), postulen "una reforma del sistema jurídico que regula la vida de estos pacientes". El encierro como modelo sistemático, el abuso farmacológico y la creciente judicialización basada en la idea de peligrosidad, así como lo concerniente al tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, son los grandes temas a resolver. En otro campo la ASOCIACIÓN ARGENTINA DE PSIQUIATRAS dice con acierto en una declaración de 2021: Buenos Aires, 17 de junio de 2021. *En la Argentina no hay manicomios hace décadas*. En el año 2010 se sancionó en nuestro país la Ley Nacional de Salud Mental 26.657. Como es bien sabido esta ley surgió de una usina de pensamiento teórico, alejada de la realidad cotidiana del padecimiento de las personas afectadas por trastornos mentales. Las dos asociaciones que nuclean a los trabajadores de la Salud Mental decanas del país (AAP y APSA) solicitaron en reiteradas oportunidades ser partícipes de la redacción del proyecto para hacer un aporte basado en la experiencia y el conocimiento de las tendencias más actuales en el campo de la Salud Mental a nivel internacional. Lamentablemente una actitud incomprensible privó a la legislación de la opinión de los expertos. Esto se reflejó en la letra de la norma cuyo empeño en atacar a la psiquiatría y los hospitales especializados sólo es superado por la estigmatizante invisibilización y banalización de los verdaderos alcances del sufrimiento psíquico, mediante el negacionismo de los trastornos mentales. La falta de conocimientos de quienes redactaron la norma se pone en evidencia con el imperdonable olvido de incluir los programas de intervenciones precoces, lo que hubiera significado una verdadera modernización y puesta a tono con lo que marca la tendencia a nivel internacional. Esta Asociación considera que aún con una norma defectuosa, se pueden dar pasos que impliquen un verdadero cambio y modernización en nuestra salud mental. Hemos escuchado con asombro y preocupación, y se mantienen no obstante, declaraciones en donde se sigue hablando de desmanicomialización. En nuestro país hace muchos años que no existen manicomios. Lo que existe es una red de Hospitales Especializados con equipos interdisciplinarios de enorme valor por su experiencia y dedicación, que representan la alta complejidad de la Salud Mental. Se ha explicado en reiteradas oportunidades las razones por las cuales los servicios de Salud Mental de los Hospitales Generales sólo pueden cumplir una función subsidiaria en la red asistencial

cuestión que hay que tener presente en el campo de aplicación de esta ley, es que las referencias de la misma se realizan con relación a los artículos del Código Civil derogado, lo que debe trasladarse a las normas correspondientes del nuevo Código Civil y Comercial.

15. La cuestión de la salud mental.

De cualquier manera, la ley 26.657 fue claramente una base para el Código Civil y Comercial que desarrolla los *Procesos de Incapacidad y de Restricción de la Capacidad* en los artículos 31 a 47, haciendo desaparecer la figura del inhabilitado del Código Civil (ahora personas con posible restricción de la capacidad), designación que ahora solamente corresponde al pródigo (arts. 48 a 50 CCyC). La compaginación de estos artículos con el sistema Procesal dependerá de la regulación que los Códigos procesales indiquen. Los que mantienen el sistema anterior deben receptor prácticamente la legislación sustancial modificando las articulaciones que se contrapongan a la misma. Los nuevos Códigos, si han incorporado el proceso de Restricción de la Capacidad conforme con el CCyC, no tendrán inconveniente al respecto, en cuanto a los que no lo han tratado deberán conjugar con las normas sustanciales un sistema para atender esta problemática, remitiendo a procesos generales el procedimiento e integrándolo con las normas sustanciales.

a) *La protección de la salud mental.* Como ya hemos ido anticipando en 2010 se dictó la ley nacional 26.657 con el título de Derecho a la Protección de la Salud Mental, que derogó la anterior ley 22.914 (art. 44) y declaró a la ley de orden público (art. 45). Esta ley tenía ya como antecedente reciente la aprobación, por ley 26.378, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006⁽⁴⁸⁸⁾. Como primera medida la ley

de Salud Mental, no estando preparados para cumplir un rol pleno. La ley 26.657 propone que los hospitales monovalentes deben adecuarse, lo que se convierte en una ventana de oportunidad para equipar y modernizar los hospitales especializados y convertirlos en centros asistenciales polivalentes de alta complejidad. De esta forma podrán cumplir el aún necesario rol de abrigar las internaciones de pacientes agudos y subagudos que, insistimos, no encuentran en las salas de Salud Mental de los Hospitales Generales su entorno más adecuado. Por otro lado, podrán brindar diagnóstico y tratamiento ambulatorio para una serie de condiciones que se benefician del trabajo de los ya existentes equipos interdisciplinarios conformados por trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales, arte-terapeutas, enfermeros, kinesiólogos, médicos y psicólogos. Además se genera un entorno adecuado para que las diversas escuelas de la Salud Mental y la Psiquiatría puedan establecer un intercambio fecundo con las Neurociencias y las Ciencias Sociales. Esta modernización en red nos permitiría dotar a nuestro país de un sistema de Salud Mental acorde a los tiempos vigentes y los avances de la ciencia que le permitirán ayudar a satisfacer las necesidades básicas de la sociedad. (Dr. Marcelo CETKOVICH, Vicepresidente - Dr. Ricardo CORRAL, Presidente).

⁴⁸⁸ Los tres primeros artículos de la CDPD nos muestran la línea fundamental de esta normativa, Artículo 1°: (Propósito) El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Artículo 2° (Definiciones) A los fines de la presente Convención: La "comunicación" incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso; Por "lenguaje" se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal; Por "discriminación por motivos de discapacidad" se entenderá cualquier distinción, exclusión o

tiende a asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1º) considerándose parte integrante de la presente ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores; para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990, se consideran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas (art. 2º). Demasiadas normas con altisonantes declaraciones para un poco efectividad. Los parientes o encargados de una persona con problemas de enfermedad mental se ven en dificultades insalvables para poder lograr resultados positivos. Salvo algunas obras sociales, algunas prepagas y algunos hospitales públicos están en condiciones de ayudar con estos problemas, pero el resto de las personas está, como se dice vulgarmente “a la buena de Dios”. Este no es un problema sólo de Argentina. A los Estados, en general, no les interesa en lo más mínimo la salud de la población, excepto en casos como el de la pandemia Covid 19 que perjudica sus intereses.

En el marco de la ley 26.657 se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Estatus político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalentes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización (art.

restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables; Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales; Por "diseño universal" se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El "diseño universal" no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten. Artículo 3º (Principios generales) Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

3º). Y en ese campo se considera que las *adiciones* deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud (art. 4º).

b) *Las evaluaciones interdisciplinarias.* Ya hemos examinado el tema del equipo interdisciplinario en el párrafo 3. La incorporación del art. 152 ter para el Código Civil debe trasladarse ahora al art. 40 del CCyC “*La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido*”. De modo ya no puede aplicarse lisa y llanamente el art. 625 CPCCN, sino que, en esta norma, como todas las que hacen referencia a la actuación médica, debe intervenir un equipo interdisciplinario, con excepción de la presentación inicial del legitimado activo (quien solicita el proceso, art. 624 CPCCN) y del requerimiento a los médicos forenses que reemplacen la ausencia de la documentación inicial sobre el estado del presunto incapaz, por razón de la urgencia (art. 625 CPCCN).

Un segundo paso es el relacionado con el plazo por el cual vale la declaración judicial, que no puede extenderse más de tres años. Ello no impide que a los tres años se haga una nueva revisión y se mantenga la internación. Pero en cualquier caso el resultado de la sentencia de inhabilitación o incapacidad ahora en todos los casos requiere no sólo que para “expedirse (el magistrado), es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario (art. 37 último párrafo CCyC), sino que además “la sentencia deberá determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan *procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible*” (art. 38 primera oración CCyC). El equipo interdisciplinario permite así no sólo atender y determinar el estado mental del paciente, sino el examen del entorno, el apoyo necesario del enfermo y de sus familiares o convivientes y toda una serie de aspectos que completan la protección más adecuada de los incapacitados mentales.

c) *Sordomudez.* En el tema de la capacidad una cuestión debe aclararse. Con las disposiciones contenidas en los nuevos ordenamientos, acordes con la evolución científica, debemos considerar que el proceso de Declaración de Sordomudez, previsto en el art. 637 CPCCN se encuentra derogado. Los nuevos Códigos en materia procesal penal⁴⁸⁹) y procesal civil ya no incluyen al sordomudo dentro de

⁴⁸⁹ SOLER expresó La sordomudez no está prevista en nuestra ley como causa de inimputabilidad por insuficiencia o alteración morbosa de las facultades e inconsciencia; ni ello resulta necesario dada la amplitud de la fórmula contenida en este inciso que no sólo alude a las alteraciones morbosas de las facultades sino igualmente a su insuficiencia y de ahí que el problema de la no imputabilidad del sordomudo no represente un problema específico, sino la necesidad de investigación en cada caso concreto (SOLER, Sebastián -*Derecho Penal Argentino*. TEA, Buenos Aires 1963, t. II, ps. 35, 37, 47 y 96). Sin embargo, el criterio, que en general campeaba en distintas leyes considerando incapaz a la persona sordomuda que no sabe darse a entender por escrito, es incorrecto y ha cedido ante la nueva comprensión en la materia, de tal modo que el Código Civil y Comercial ya los ha excluido del campo de la incapacidad. La insuficiencia de facultades mentales no necesariamente está incluida en el caso de las personas sordomudas, sepan o no darse a entender por escrito (teniendo en cuenta que muchos de los calificados como sordomudos son mudos porque son sordos y otros hipoacúsicos mal relacionados. La diferencia principal entre la sordera y la hipoacusia es el grado de intensidad de la

las restricciones a la capacidad (v.gr. Chaco, ley 2559; Corrientes, ley 6656; Mendoza, ley 9001 y Santa Cruz, reforma de la ley 3455), e inclusive algunos no desarrollan el proceso de restricción de la capacidad, rigiéndose en la materia por el Código Civil y Comercial. La sordomudez, como ya hemos señalado, es la carencia de las facultades del sentido de la audición por un lado, y del habla por el otro. No es en sí una enfermedad mental ni algo que produzca una incapacidad. Pero el hecho concreto es también que el sordomudo generalmente resulta mudo en virtud de ser sordo, de modo tal que su incapacidad no es ninguna si tiene un medio de aprendizaje adecuado que con el tiempo pueda recuperarlo. Por otro lado tampoco se puede pensar que la simple sordera o sordera con mudez es una incapacidad⁽⁴⁹⁰⁾. En su caso deberá considerarse la capacidad de comunicación (lectura de labios, lenguaje de gestos, escritura, poseer implantes como el coclear⁽⁴⁹¹⁾, etc.). No obstante el CCyC, hace referencia a la persona con discapacidad auditiva (art. 304), lo que ha sido objeto de críticas⁽⁴⁹²⁾.

d) *Convenios con las provincias.* El Estado nacional debe promover convenios con las jurisdicciones para garantizar el desarrollo de acciones conjuntas tendientes a implementar los principios expuestos en la presente ley. Dichos convenios incluirán: a) Cooperación técnica, económica y financiera de la Nación para la implementación de la presente ley; b) Cooperación para la realización de programas de capacitación permanente de los equipos de salud, con participación de las universidades; c) Asesoramiento para la creación en cada una de las jurisdicciones de áreas específicas para la aplicación de políticas de salud mental, las que actuarán en coordinación con la Autoridad de Aplicación nacional de la presente ley (art. 41 ley 26.657) ⁽⁴⁹³⁾.

16. El proceso incapacidad y de restricción de la capacidad. Las reglas generales.

pérdida auditiva. Así, las personas que padecen hipoacusia sufren una pérdida auditiva que no supera los 70dB, y en cambio, las personas con sordera han perdido más de 70dB en su capacidad auditiva). Teniendo en cuenta además ahora, la posibilidad del implante coclear para personas sordas o con graves insuficiencias auditivas, la cuestión resulta abstracta). De manera que el sordomudo puede ser considerado inimputable está relacionada con la demencia (entendida como incapacidad mental) en sus distintos grados y con la frenastenia u oligofrenia, es decir, el retraso mental, Así como determinados grados de psicosis, equizofrenia o enfermedades similares pueden dar lugar a la inimputabilidad.

⁴⁹⁰ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. -*Los sordomudos también hablan (Aunque el legislador no escuche)*. ("La Ley", 1983-D, 1044).

⁴⁹¹ Un implante coclear es un pequeño dispositivo electrónico que, una vez implantado quirúrgicamente debajo de la piel, estimula las terminaciones nerviosas de la cóclea (parte del oído interno llamado caracol) para proporcionar la sensación de sonido a una persona totalmente sorda o con deficiencias auditivas severas.

⁴⁹² Del análisis de la normativa, se infiere un tratamiento precario de la figura del otorgante con discapacidad auditiva en el Código Civil y Comercial, que importa un retroceso en materia de derechos humanos y capacidad. La obligatoriedad de la concurrencia de dos testigos no necesariamente calificados para dar cuenta de que el otorgante comprendería el acto –y así también en el caso de persona analfabeta, la firma de una minuta– deviene en un obstáculo al principio de capacidad y torna inconstitucional e inconveniente el artículo 304 CCCN. Se propone en este ensayo un tratamiento más extenso y profundo de la temática, a la luz de los tratados internacionales en materia de discapacidad y derechos humanos. Principalmente, se resalta la necesidad de modificar el artículo 304 a efectos de sanear la problemática planteada, teniendo en cuenta que es deber del Estado velar por el cumplimiento de los derechos humanos (BLANCO, Claudio. A. - *Análisis del artículo 304 del Código Civil y Comercial de la Nación. Otorgantes con discapacidad auditiva*; Revista del Notariado- CABA- N°: 929 (jul - sep 2017) / Fecha de publicación: 15/11/2017- Sección: 3-Doctrina).

⁴⁹³ Ver HOOFT, Irene y RIVERA, Julio C. -*La nueva ley 26.657 de Salud mental* Rev. JA, 2011-II, fasc. 8 del 25-5-2011, p. 3.

El CCyC distingue claramente dos tipos de soluciones frente a la presentación de un proceso de esta naturaleza. O bien se trata de un *proceso de restricción de la capacidad* donde la persona se ve perjudicada en parte de su actuar volitivo por diversas razones que pueden ser mentales u orgánicas, estas últimas propias o adquiridas a través de adicciones, suministro equivocado de drogas, o cuestiones similares o bien se trata de un proceso de *incapacidad* donde el sujeto no puede interaccionar con su entorno al que no comprende, ni puede expresar su voluntad y donde ya los posibles apoyos resultan ineficientes para ayudarlo a conducirse con cierta normalidad. Es lo que básicamente dispone el art. 32 CCyC reordenando y dándole nueva impronta a lo que ya se anunciaba en el Código Civil con la incorporación de los artículos 152, 152 bis y 153 ter. Señala así la regla del CCyC: “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”. La *excepcionalidad* de la declaración de incapacidad es que las mismas tienen carácter restrictivo, pues aparecen cuando la gravedad de la afección lo llevan a un estado de vulnerabilidad, que especifica claramente el art. 32 primera parte del CCyC que hemos citado.

Sin perjuicio de ello ya el artículo 31 CCyC dispone como reglas generales para todos los casos que: “La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades”.

La presunción de la capacidad es una presunción *iuris tantum*, de manera que la incapacidad debe ser probada. La internación no está relacionada en todos los casos con la capacidad, pues se puede estar internado por muy diversos motivos, pero inclusive en los supuestos que la internación fuese por adicciones, la persona podría estar en tratamiento y tener plena capacidad para realizar sus actos, y si fuese por alteración mental, también la persona podría estar plenamente capacitada, en especial en la actualidad en la que, con distintos fármacos, una persona con algún tipo de alteración mental de base podría manifestarse con plena capacidad. Ya nos hemos referido a la *interdisciplinariedad* del equipo de examen y tratamiento. La información a recibir por el paciente está en relación con la debida comunicación (es decir lo que puede comprender por su cultura y su edad) que es uno de los aspectos del Debido Proceso, que se completa por la participación asignada en el proceso con asistencia letrada particular o estatal y la terapéutica a utilizar tiene que ser la menos restrictiva a esa misma capacidad que se establece previamente.

Para el particular caso de restricción de la capacidad hay que tener en cuenta que en ella, al igual que en el sistema anterior del Código Civil es menester la concurrencia de un presupuesto biológico jurídico, pues el sólo presupuesto biológico, esto es la adicción o la alteración mental no es suficiente para la

declaración de la capacidad restringida, es necesaria una determinada incidencia de aquéllas en la vida de relación de la persona en los términos del artículo del Código Civil y Comercial que haya producido, produzca o exista la evidente probabilidad de que en el futuro produzca un daño, de acuerdo con los datos del informe interdisciplinario⁽⁴⁹⁴⁾.

17. La cuestión de la internación. Carácter restrictivo. Quizás el aspecto más complejo a compatibilizar en los procesos de demencia y afines es la internación. La ley 26.657 resulta ahora muy específica al respecto. La internación es considerada como un *recurso terapéutico de carácter restrictivo*, y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social. Debe promoverse el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social, salvo en aquellas excepciones que por razones terapéuticas debidamente fundadas establezca el equipo de salud interviniente (art. 14). La internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios. Tanto la evolución del paciente como cada una de las intervenciones del equipo interdisciplinario deben registrarse a diario en la historia clínica⁽⁴⁹⁵⁾. Esta norma ha sido receptada y completada por el art. 41 del CCyC que indica: “La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular: a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad; b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros; c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente; d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica; e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión. Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones”. Inclusive cuando se trate del traslado de una persona a un centro de salud para su evaluación por disposición de la autoridad pública, en razón de que su estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, en este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato (art, 42 CCyC)⁽⁴⁹⁶⁾.

⁴⁹⁴ Conf. En este sentido: TOBIAS, *Código Civil y Comercial*, cit. t. I, p. 270.

⁴⁹⁵ Privar a un sujeto de su autonomía ambulatoria, solo se legitima en dos situaciones, o está incurso en un hecho ilícito tal que habilita una pena privativa de libertad o se encuentra afectado por un desequilibrio químico de suficiente envergadura y riesgo para sí y/o para terceros, que justifica la limitación o exclusión de aquélla. Y aún mediando cualquiera de las dos causas referidas, no se concibe la viabilidad de la medida, sin efectiva participación judicial. En este marco conceptual y dejando de lado el supuesto de aplicación de la ley penal donde la adopción de una medida de cercenamiento a la libertad ambulatoria de un individuo opera a modo de sanción por una conducta socialmente reprochable, en el campo de su obrar lícito cualquier "encierro", "aislamiento", "reclusión", "institucionalización", "internación" o como sea que se quiera llamar a la limitación concreta del pleno ejercicio de la libertad personal, debe encararse con carácter absolutamente excepcional y transitorio. (Giavarino, Magdalena Beatriz -*El rol de la Justicia en las "internaciones" previstas en la Ley de Salud Mental Avances de su reglamentación*, párr. I, elDial - DC1B16).

⁴⁹⁶ Hay que distinguir la situación de la internación voluntaria y la involuntaria en el campo de la ley 26.657: a) *Persona internada bajo su consentimiento*. Una persona puede comprender que necesita

18. Legitimación.

La legitimación para solicitar la declaración de incapacidad y capacidad restringida son: “a) el propio interesado; b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado; c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; d) el Ministerio Público” (art. 33 CCyC).

a) *Solicitud*. La solicitud de insania (ahora incapacidad o restricción de la capacidad) no constituye propiamente una demanda y su proposición debe meditarla cuidadosamente para evitar daños, siéndole responsable por el perjuicio que cause una denuncia infundada, hecha con malicia o negligencia culpable ⁽⁴⁹⁷⁾. Este especial cuidado se acrecienta, cuando el denunciante es abogado o tiene una profesión por la cual debe conocer el alcance de su denuncia ⁽⁴⁹⁸⁾. Hay que tener en cuenta que en el CCyC el denunciante es parte en el proceso, de manera que su participación no sólo está en interés del presunto incapaz, sino que también protege su denuncia, ya que puede ser alcanzado por los gastos causídicos (art. 634 CPCCN).

b) *Edad*. Para poder solicitar la declaración de una persona, esta tiene que tener más de trece años (art. 32 CCyC), en tanto se trata de un menor de edad no adolescente (art. 25 CCyC) y los actos que realiza se consideran involuntarios por falta de discernimiento (art. 261 CCyC).

ayuda para superar un trastorno mental o del comportamiento y así internarse para su tratamiento. La persona internada bajo su consentimiento podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación. En todos los casos en que las internaciones voluntarias se prolonguen por más de SESENTA (60) días corridos, el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al órgano de revisión creado en el artículo 38 y al juez. El juez debe evaluar, en un plazo no mayor de CINCO (5) días de ser notificado, si la internación continúa teniendo carácter voluntario o si la misma debe pasar a considerarse involuntaria, con los requisitos y garantías establecidos para esta última situación. En caso de que la prolongación de la internación fuese por problemáticas de orden social, el juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al órgano de revisión creado por esta ley (art. 18). El consentimiento obtenido o mantenido con dolo, debidamente comprobado por autoridad judicial, o el incumplimiento de la obligación de informar establecida en los capítulos VII y VIII de la presente ley, harán pasible al profesional responsable y al director de la institución de las acciones civiles y penales que correspondan (art. 19). b) *Internación involuntaria*. La internación involuntaria debidamente fundada debe notificarse obligatoriamente en un plazo de DIEZ (10) horas al juez competente y al órgano de revisión, debiendo agregarse a las CUARENTA Y OCHO (48) horas como máximo todas las constancias previstas en el artículo 20. El juez en un plazo máximo de TRES (3) días corridos de notificado debe: a) Autorizar, si evalúa que están dadas las causales previstas por esta ley; b) Requerir informes ampliatorios de los profesionales tratantes o indicar peritajes externos, siempre que no perjudiquen la evolución del tratamiento, tendientes a evaluar si existen los supuestos necesarios que justifiquen la medida extrema de la internación involuntaria y/o; c) Denegar, en caso de evaluar que no existen los supuestos necesarios para la medida de internación involuntaria, en cuyo caso debe asegurar la externación de forma inmediata. El juez sólo puede ordenar por sí mismo una internación involuntaria cuando, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 20, el servicio de salud responsable de la cobertura se negase a realizarla (art. 21). La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento (art. 22).

⁴⁹⁷ CNCiv., Sala A, 11/10/67, LA LEY, 129-1011, 16.610-S; *id.*, Sala C, 30/7/65, LA LEY, 120-915, 12.594-S; *id.* Sala F, 10/2/72, LA LEY, 149-610, 30.081-S.

⁴⁹⁸ CNCiv., Sala F, 15/6/77, LA LEY, 1978-B-657, 34.565-S.

c) *Legitimación activa interpersonal*. Las relaciones interpersonales que forman el matrimonio o la convivencia, son los requisitos para tener legitimación activa interpersonal, pero esa legitimación cesa con el divorcio (art. 435 inc. c) CCyC), nulidad de matrimonio (art. 428 CCyC), la separación de hecho sin voluntad de unirse y el cese de la convivencia (art. 523 CCyC), porque en estos casos cesa el interés jurídico en la solicitud. El hecho de que el artículo 33 CCyC no mencione el divorcio y la nulidad de matrimonio, se debe a que en estos casos no existe el vínculo matrimonial y no son más cónyuges. No hay una norma específica sobre la separación de hecho en el CCyC, sino normas en las que se indica la consecuencia de dicha situación, porque la separación de hecho, como su nombre lo indica, es una situación fáctica que no requiere decisión judicial expresa, ya que queda reservada a las personas anteriormente unidas. En su caso, la separación de hecho deberá probarse.

d) *Legitimación activa parental*. La legitimación parental comprende “los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado”. Las líneas y grados de parentesco están contemplados en el art. 531 CCyC.

e) *Legitimación activa del Ministerio Público*. La intervención del Ministerio Público corresponde en estos supuestos en tanto su actuación está prevista para los incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. Su intervención de modo *complementario* es esencial y la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. La intervención es *principal* cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; o cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación (art. 103 CCyC)⁽⁴⁹⁹⁾.

⁴⁹⁹ La ley 26.657 amplía la actuación del Ministerio Público de manera específica para los casos judiciales relacionados con la Salud Mental. A tal fin se crea en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa el órgano de Revisión con el objeto de proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental (art. 38). El Órgano de Revisión debe ser multidisciplinario, y estará integrado por representantes del Ministerio de Salud de la Nación, de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, del Ministerio Público de la Defensa, de asociaciones de usuarios y familiares del sistema de salud, de los profesionales y otros trabajadores de la salud y de organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos (art. 39). Son funciones del Órgano de Revisión: a) Requerir información a las instituciones públicas y privadas que permita evaluar las condiciones en que se realizan los tratamientos; b) Supervisar de oficio o por denuncia de particulares las condiciones de internación por razones de salud mental, en el ámbito público y privado; c) Evaluar que las internaciones involuntarias se encuentren debidamente justificadas y no se prolonguen más del tiempo mínimo necesario, pudiendo realizar las denuncias pertinentes en caso de irregularidades y eventualmente, apelar las decisiones del juez; d) Controlar que las derivaciones que se realizan fuera del ámbito comunitario cumplan con los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 30 de la presente ley; e) Informar a la Autoridad de Aplicación periódicamente sobre las evaluaciones realizadas y proponer las modificaciones pertinentes; f) Requerir la intervención judicial ante situaciones irregulares; g) Hacer presentaciones ante el Consejo de la Magistratura o el Organismo que en cada jurisdicción evalúe y sancione la conducta de los jueces en las situaciones en que hubiera irregularidades; h) Realizar recomendaciones a la Autoridad de Aplicación; i) Realizar propuestas de modificación a la legislación en salud mental tendientes a garantizar los derechos humanos; j) Promover y colaborar para la creación de órganos de revisión en cada una de las jurisdicciones, sosteniendo espacios de intercambio, capacitación y coordinación, a efectos del cumplimiento eficiente de sus funciones; k) Controlar el cumplimiento de la presente ley, en particular en lo atinente al resguardo de los derechos humanos de los usuarios del sistema de salud mental; l) Velar por el cumplimiento de los derechos de las personas en procesos de declaración de inhabilidad y durante la vigencia de dichas sentencias (art. 40).

f) *Legitimación pasiva del propio interesado*. A pesar de estar incluida en el primer apartado, la solicitud del propio interesado representa una legitimación pasiva, en tanto es él el sujeto que será eventualmente alcanzado por la sentencia con una pretensión por incapacidad o capacidad restringida. La razón por la que el propio interesado puede pedir su declaración de incapacidad, se puede deber: a la necesidad de sentirse protegido frente a la percepción de su vulnerabilidad en el campo de las relaciones sociales, respecto de su persona o de sus bienes. La autorización dada al propio interesado proviene de los tratados y convenios internacionales. Siguiendo estos criterios el CCyC establece en el art. 36 que el interesado “es parte en el proceso”, ya sea que la declaración la pida el interesado o cualquier otro legitimado. Además, esa misma norma dispone que “si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que lo *represente* y le preste asistencia letrada en el juicio”. De manera que el abogado actúa como *apoderado*, investido en tal carácter por la ley. La representación tendrá una extensión directamente proporcional a la incapacidad del interesado

19. Competencia.

El art. 5º, inciso 8, segundo párrafo estableció que sería juez competente: “En los procesos por declaración de incapacidad por demencia o sordomudez, y en los derivados de los supuestos previstos en el artículo 152 bis del Código Civil, el del domicilio del presunto incapaz o inhabilitado; en su defecto, el de su residencia. En los de rehabilitación, el que declaró la interdicción”. No corresponde hablar de demencia o sordomudez, sino de incapacidad o restricción de la misma (art. 31 y 32 CCyC). Además, conforme con el art. 36 segundo párrafo del CCyC, la competencia se fija en los casos de incapacidad o restricción de la capacidad ante el juez correspondiente al domicilio o el del lugar de su internación. Por otro lado la inhabilitación quedó exclusivamente para el pródigo.

En cuanto a la interpretación de la normativa aplicable mencionada en el párrafo que antecede, es sabida la intención del legislador en pos de la inmediación como pauta para la determinación del juez que deba intervenir, directiva que a su vez se encuentra expresamente establecida en el artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación exige que las normas que regulan el procedimiento en materia de familia sean aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había privilegiado en numerosas ocasiones el domicilio de internación, para resolver las cuestiones de competencia originadas en procesos relativos a personas con padecimientos mentales. Ello, con el propósito de salvaguardar el aludido principio de inmediación y el de tutela judicial efectiva, con sustento en doctrina que se desprende de la normativa internacional imperante en la materia⁽⁵⁰⁰⁾. Los tribunales deben colaborar con los justiciables, favorecerles el camino y no constituirse en un instrumento entorpecedor tras la invocación de cuestiones formales intrascendentes. Vale decir, que la actuación de los tribunales tiene que ser, en la realidad, un verdadero servicio de justicia y no el despliegue de una maquinaria de obstáculos contra los que vienen a petitionar en derecho ante los

⁵⁰⁰ Conforme, C.S.J.N., “A., M. J. s/internación, Competencia N° 515. XLIII, sentencia del 18 de diciembre de 2007, “R. M. J. s/insania”, Competencia N° 1195. XLII, del 19 de febrero de 2008, y “T.R. A. s/internación”, Competencia N° 1511. XL.T, R.A. s/internación, del 27 de diciembre de 2005.

magistrados ⁽⁵⁰¹⁾. “Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad -que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dispuso seguir como guía en los asuntos a los que refieren mediante Acordada N° 5 del 2009- dedica un capítulo especial a la “Eficacia de las Reglas” (Capítulo IV), en el que se dispone, entre otras medidas, la colaboración que el Poder Judicial debe prestar a los otros poderes del Estado y el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso técnico para mejorar el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad⁽⁵⁰²⁾).

20. Procedimiento.

Presentada la solicitud, si al solicitante no le fuere posible acompañar las constancias o certificados que indiquen la necesidad del proceso de incapacidad o restricción de la capacidad, el juez requerirá la opinión de dos médicos forenses, quienes deberán expedirse dentro de cuarenta y ocho horas. A ese solo efecto y de acuerdo con las circunstancias del caso, el juez podrá ordenar la internación del presunto incapaz por igual plazo, si fuere indispensable para su examen (art. 625 CPCCN). La imposibilidad de presentar la documentación que justifique la incapacidad puede deberse a distintas razones, como que no se encuentran los médicos para que otorguen los certificados, porque no hay tratamientos, porque el presunto incapaz no permite su revisión, etcétera. La opinión de los médicos forense es para comenzar el proceso, de manera que, si no se cuenta con equipos interdisciplinarios podrán estos médicos forenses ser suficientes por la urgencia que se hace necesaria. Véase que en este caso no es necesario todavía la intervención del equipo interdisciplinario, porque se está en la preparación del proceso. Los médicos forenses equivalen a la documentación que debe presentar el solicitante.

Acto seguido el juez con los recaudos de los artículos anteriores y previa vista al asesor de menores e incapaces, el resolverá (se adecua esta actuación al CCyC):

1) La fijación de un plazo no mayor de TREINTA (30) días, dentro del cual deberán producirse todas las pruebas (art. 626 CPCCN)

2) La designación de un equipo interdisciplinario, para que informen, dentro del plazo preindicado, sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano dando un diagnóstico y exponiendo sobre las demás condiciones relativas a sus antecedentes, entorno, necesidad de internación, situación económica y personal, así como toda otra cuestión específica del caso que permita al juez formar su juicio para poder dictar la decisión más adecuada. Dicha resolución se notificará personalmente a aquél (art. 626, inc. 2° CPCCN y art. 31 CCyC, inc. c).

21. Actuación del juez durante el proceso.

El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y *entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna*, asegurando la

⁵⁰¹ Conforme, CNCiv., Sala B, “F. R. M. s/determinación de capacidad”, del 20/04/2016, íd. “D. C. A. s/artículo 482 del Código Civil, del 17/05/2016.

⁵⁰² Existiendo una distancia que separa la ciudad de Buenos Aires del centro terapéutico de residencia es de aproximadamente 47 kilómetros, se torna plenamente factible el contacto cercano requerido entre el juez y la justiciable, con la posibilidad de trasladar a la afectada hasta esta ciudad. El traslado de la competencia provocaría resultados contrarios a los invocados en la resolución atacada, conculcando los principios en los cuales se fundamenta, de intermediación y tutela judicial efectiva (CNCiv. SALA I – 10/05/2021- Expte 80460/2018 – “A. F., C. J. s/control de internación - LEY 26.657” –elDial.com - AAC3FA).

accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias (art. 35 CCyC)⁽⁵⁰³⁾.

La atención del juez respecto de la persona sujeta a un proceso de incapacidad debe ser permanente tanto en el control de la situación del presunto incapaz cuando en las medidas a tomar. En ese sentido se establece que durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso (art. 34 CCyC)⁽⁵⁰⁴⁾.

⁵⁰³ Estas medidas incluyen las razones y el hecho de que la internación se haya realizado conforme con las reglas de la ley 26.657, la enfermedad por la que fue internado (hay una clara diferencia que la ley se ocupa de tratar entre por ejemplo un esquizofrénico y un adicto) y el examen por un equipo interdisciplinario. La internación involuntaria de una persona debe concebirse como *recurso terapéutico excepcional* (véase que ahora se agrega al carácter restrictivo el de excepcional) en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Para que proceda la internación involuntaria, además de los requisitos comunes a toda internación, debe hacerse constar: a) Dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación. Se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente a que hace referencia el primer párrafo de este artículo, con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas, que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra; b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento; c) Informe acerca de las instancias previas implementadas si las hubiera (art. 20 Ley 26.657). Habiendo autorizado la internación involuntaria, el juez debe solicitar informes con una periodicidad no mayor a TREINTA (30) días corridos a fin de reevaluar si persisten las razones para la continuidad de dicha medida, y podrá en cualquier momento disponer su inmediata externación. Si transcurridos los primeros NOVENTA (90) días y luego del tercer informe continuase la internación involuntaria, el juez deberá pedir al órgano de revisión que designe un equipo interdisciplinario que no haya intervenido hasta el momento, y en lo posible independiente del servicio asistencial interviniente, a fin de obtener una nueva evaluación. En caso de diferencia de criterio, optará siempre por la que menos restrinja la libertad de la persona internada (art. 24). Esta norma modifica el CPCCN art. 636 sobre Fiscalización del régimen de internación. El art. 25 de la ley dispone que: Transcurridos los primeros SIETE (7) días en el caso de internaciones involuntarias, el juez, dará parte al órgano de revisión que se crea en el artículo 38 de la presente ley. A su vez el art. 26 se ocupa de los menores: En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos.

⁵⁰⁴ Conforme con el art. 9° de la ley según el cual el proceso de atención (del incapaz) debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud. Se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales. A su vez el art. 5° señala que: La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado (vgr. *Internación involuntaria*). Se observa en la normativa pretranscripta una permanente atención de la ley a la conformación del equipo interdisciplinario como garantía esencial para el enfermo mental. En ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes (art. 15 Ley 26.657). Toda disposición de internación, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas, debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra; b) Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar; c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda. Sólo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se considerará invalidado si durante el transcurso de la

22. Las pruebas.

Las pruebas, en este proceso están direccionadas a determinar cual es la incapacidad del interesado y las medidas a tomar en consecuencia. Es esencial el informe del equipo interdisciplinario siguiendo en principio la línea del art. 631 CPCCN en concordancia con el art. 37 CCyC, que comprende: a) *Diagnóstico*. La palabra “diagnóstico”, tiene origen griego y significa “reconocer”. Se designa con este nombre a aquella actividad médica que permite definir el carácter o el tipo de enfermedad que se considera, es siempre esencial, porque admite encuadrar la enfermedad en una determinada categoría nosológica, delinear sintéticamente un pronóstico vital o funcional y trazar la correspondiente terapéutica. b) *Pronóstico*. El pronóstico es la evolución o el desarrollo probable o estimado de la enfermedad. Con esto se puede llegar a tomar las medidas pertinentes para la protección del presunto discapacitado. c) *Época en que la situación se manifestó*. La fecha aproximada en que la situación objeto del pedido de incapacidad se manifestó, está en relación con los actos del incapaz, realizados con anterioridad, para ver si son alcanzados o no por la nulidad derivada de la incapacidad del emisor. Se modifica en este sentido la redacción del CPCCN que nos habla de enfermedad, pues en el ámbito de los distintos tipos de incapacidad la situación del incapaz, puede no representar en sí una enfermedad, d) *Recursos personales, familiares y sociales existentes*. Este requisito es agregado por el art. 37 y tiene sentido al ubicar al interesado en el ambiente, en el entorno familiar y social en que se encuentra, así como su situación económica. A través de estos datos la sentencia podrá dictarse con mayor precisión y justicia, porque si bien todas las personas son iguales desde el punto de vista legal y genético y tienen los mismos derechos, en realidad no se encuentran todas en la misma situación, como podría ser considerar a una persona que vive en un asentamiento informal y precario (llamados generalmente villas miseria) de la misma manera que alguien que vive en la ciudad en un departamento adecuado, que percibe un salario suficiente, o alguien económicamente más holgado, con entornos y familias contenedoras, etc., e) *Régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía*. Del apartado anterior surgen en gran parte las líneas a seguir respecto de la persona incapacitada, especialmente teniendo en cuenta además el nivel de discapacidad que va desde la restricción de la capacidad hasta la necesidad de nombrar un curador (art. 32 in fine). Es decir que se refiere tanto a la internación que corresponda, al tratamiento a seguir, a las circunstancias de hecho que configuren o no la enfermedad, a las relaciones con el grupo familiar o conviviente, los apoyos que pudiera necesitar, etcétera. Pero siempre teniendo en cuenta que las medidas deben procurar la *mayor autonomía posible*, es decir ejerciendo la facultad de obrar según su criterio, con independencia de la opinión o el deseo de otros, en los límites que se fijen.

22.1. Plena capacidad. Pero también, aspecto que no contempla el art. 631 que estamos viendo, el dictamen del equipo interdisciplinario puede llegar a la conclusión de que el presunto insano no tiene incapacidad alguna y su conducta es solamente distinta a la corriente por criterios o convicciones religiosas, filosóficas,

internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de la persona o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria (art. 16 Ley 26.657). En los casos en que la persona no estuviese acompañada por familiares o se desconociese su identidad, la institución que realiza la internación, en colaboración con los organismos públicos que correspondan, debe realizar las averiguaciones tendientes a conseguir datos de los familiares o lazos afectivos que la persona tuviese o indicase, o esclarecer su identidad, a fin de propiciar su retorno al marco familiar y comunitario lo antes posible. La institución debe brindar colaboración a los requerimientos de información que solicite el órgano de revisión que se crea en el artículo 38 de la presente ley (art. 17 Ley 26.657).

sociológicos, culturales, económicos, o simplemente extravagantes, pero que tales comportamientos no afectan su capacidad, ni resultan un peligro para su persona, sus bienes, u otras personas de su entorno y de la sociedad. La cuestión en este punto es si el juez puede apartarse de dicho dictamen, como sustentaban alguna jurisprudencia, o si por el contrario queda sometido al dictamen del equipo interdisciplinario, como prevé el art. 37 (último párrafo)⁽⁵⁰⁵⁾. La doctrina se ha inclinado por este último criterio al decir que “A tono con el modelo social de la discapacidad, las normas de la CDPD y la ley nacional 26.657, el CCyC inhabilita la posibilidad de declaración de incapacidad civil o de sus restricciones como consecuencia del solo diagnóstico de discapacidad. En la valoración judicial, el diagnóstico es solo uno de los aspectos considerados, debiendo centrarse la actividad de ponderación en la situación contextual de la persona y en la existencia de apoyos y ajustes que permitan el ejercicio personal de sus derechos —“recursos personales, familiares y sociales existentes”⁽⁵⁰⁶⁾. Y ello tiene fundamento en el hecho de que tanto el legitimado activo como el pasivo pueden ofrecer las pruebas que consideren pertinentes.

22.2. Ofrecimiento y producción probatoria. Ya hemos señalado la conformación del equipo interdisciplinario y su actuación. Pero su dictamen estará sometido a las reglas de la sana crítica en cuanto a su validez, teniendo en cuenta los principios rectores que en esta materia contienen las disposiciones internacionales, la ley 26.657 y el propio Código.

Ahora bien, el CCyC ha dejado en claro que el interesado en el proceso (esto es el sujeto sobre el que se pretende la restricción de la capacidad) no sólo es parte, sino que puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa (art. 36 CCyC y 627 CPCCN) Esto deja claro que si a alguien se le quiere imputar la restricción de la capacidad o incapacidad pueda probar lo contrario, pero la cuestión está mal planteada pues deja fuera de contexto al caso de que la solicitud hubiese sido presentada por el mismo interesado. En este caso las pruebas a presentar no serán para su defensa, sino que serán para demostrar el alcance y razón del pedido. A este respecto Guillermo PEYRANO ha señalado que “El nuevo Código estatuye determinadas exigencias en orden al tenor de lo que debe disponerse en las sentencias que se dicten en estos procesos (art. 37 CCyC). Dichas exigencias tienen incidencia sobre las pruebas que será necesario producir en los procesos respectivos, y deberán ser evaluadas conjuntamente con el dictamen del “equipo interdisciplinario” (ver art. 37 cit.), del que no puede prescindirse. Puede llegar a requerirse, por esta razón, la producción de distintas probanzas, tales como la testimonial o, incluso, la confesional⁽⁵⁰⁷⁾ –si es que es posible realizarla en orden al estado de salud de la persona–.

⁵⁰⁵ La pericia es decisiva en el juicio de insania y esencial (CApel., CC., Santa Fe, Sala I, 30/7/1970, *Juris.*, 44-123), de modo tal que si los facultativos declaran al presunto demente como sano, el juez no puede apartarse del dictamen (CNCiv., Sala F, 20/7/65, LA LEY, 119-479), por la función que le asigna la ley a la 20/7/65, pericia médica. En estos casos los jueces sólo pueden sobreseer el juicio (*id.* Sala A, 10/3/67, LA LEY, 130-781, 17.474-S). Excepcionalmente la jurisprudencia la declarado que si el dictamen declara insano al denunciado, el juez con base en otras pruebas podría apartarse del mismo (CNCiv., Sala C, |18/9/73, ED., 52-232).

⁵⁰⁶ FERNÁNDEZ, Silvia E. -*Comentario al art. 43 CCyC*, en “Código Civil y Comercial Comentado” Herrera, Caramelo y Picasso (Directores), edición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, INFOJUS, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 98.

⁵⁰⁷ Pero, PALACIO, Lino y ALVARADO VELLOSO, Adolfo (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y biblioráficamente*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1998, t. 10°, p. 367), con quienes coincido en este aspecto señalan que queda excluida la absolución de posiciones requerida al presunto incapaz, en atención a la naturaleza indisponible de los derechos

Queda pendiente, pero resulta obvio la facultad de ofrecer pruebas por el denunciante que establece el art. 627, las que se encuentran limitadas para acreditar “los hechos que hubiese invocado”, y las “demás partes” se refieren al Ministerio Público, a los apoyos y al curador en el caso que estuviere designado.

La prueba debe ser producida dentro del plazo establecido en el art. 626, inc. 2°, es decir dentro de los treinta días de conformado el equipo interdisciplinario, aunque este plazo puede ampliarse, si existen razones que así lo aconsejen, lo que deberá ser resuelto por el juez. El plazo se cuenta en días hábiles.

23. Sentencia.

Aunque la palabra incapacidad cubre tanto el aspecto más grave, como la restricción de la capacidad, el CCyC ha diferenciado estos dos supuestos, danto normas generales y normas particulares, a las que se agregan las específicas de la inhabilitación reservada por el CCyC sólo para el caso del pródigo.

a) *Reglas generales.* Como regla general recordemos el art. 37 CCyC, sobre el que ya hemos desarrollado sus temas en los párrafos 3 (equipo interdisciplinario) y 21 (los demás elementos probatorios): La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: a) diagnóstico y pronóstico; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible. Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario”.

b) *Persona con capacidad restringida.* La sentencia puede resolver sobre el alcance de la capacidad desde la que requiera la asistencia más sencilla hasta la más graves. Hemos visto ya lo que puede hacer el juez conforme a la primera parte del art. 32 CyC: “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”.

Pero luego la misma norma distingue las diversas situaciones que hemos mencionado. En primer lugar, dice: “En relación con dichos actos, el juez *debe* designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida” (art. 32, 2° y 3er. Párrafos). El juez no puede excluir de su sentencia la designación de los apoyos necesarios, porque es un deber que le impone la ley, y en caso de no incluirlos cabe la aclaratoria.

c) *Los apoyos.* Los apoyos son los sostenes o ayudas que una persona, en las condiciones indicadas precedentemente debe recibir y que el art. 43 CCyC: “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la

invocados (Id. GOZAINI, Osvaldo Alfredo -*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires 2006, t. III, p. 339). Ello no impide al interesado pedir posiciones o interrogación a las restantes partes del proceso.

comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”. Dentro del campo de los apoyos deben considerarse como complementarios los tratamientos psicológicos, la concurrencia a determinados servicios (como alcohólicos anónimos e instituciones similares) y toda una serie de actividades que puedan ser útiles para favorecer el desarrollo de una personalidad libre de afecciones o por lo menos que tengan un aseguramiento en la debida percepción, comprensión y adecuado desarrollo en el entorno en que le toca vivir.

d) *La declaración de incapacidad.* Pero las personas pueden estar afectadas por enfermedades de extrema gravedad, donde no bastarán los simples apoyos, sino que será necesario tomar otras medidas. En tal caso el art. 32 4to. párr. expresa: “Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”. Aquí pasamos también a la internación (art. 41 CCyC) sobre la que hemos ya hablado en el párrafo. 16.

e) *Alcances y registración de la sentencia.* En cualquier caso “La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación” (art. 38 CCyC). Pero como la sentencia al fijar el alcance de los actos puede realizar la persona a la que se le declara la restricción de la capacidad o la incapacidad, establece efectos con relación a terceros, es necesario que la misma esté registrada. Y en este sentido el art. 39 CCyC dice: “. La sentencia debe ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este Capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro. Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral”. El registro, a su vez, le indica a terceros, el ámbito dentro del cual puede actuar el discapacitado.

f) *Revisión de la sentencia.* La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido (art. 40). No se trata de un recurso contra la sentencia que declara la restricción de la incapacidad o la incapacidad, el que debe articularse dentro de los plazos del sistema procesal, se trata de que la persona no quede indefinidamente limitado en su capacidad sin razón alguna. Se recoge el concepto de la ley 26.657 que había establecido el plazo de tres años en la incorporación al Código Civil del ar. 152 ter. El plazo de tres años se tomó con criterio general en

cuanto a la actividad de los tribunales y cierta doctrina los consideró exiguos por no tener esos tribunales los elementos suficientes para dicha revisión. El Ministerio Público es también contralor de que el juez cumpla con los plazos establecidos, efectuando el pedido al respecto. Sin perjuicio de que la revisión de tres años debe hacerse de oficio, el declarado con capacidad restringida o incapacidad puede por sí, por representante, apoyo o curador, efectuar el reclamo *en cualquier momento* antes de dicho plazo. El reclamo puede dar lugar a que se mantenga la situación de la sentencia o derivar en una modalidad distinta de calificación de la capacidad limitada, o declarar la rehabilitación. Una observación interesante ha realizado TOBIAS en esta materia y es que “Estrictamente, sin embargo, ello no supone “revisar” la sentencia —como sugiere el texto que se considera—, sino revisar periódicamente la situación del limitado en su capacidad en el marco del mismo proceso en que se dictó la declaración de incapacidad o capacidad restringida, para que —en un eventual pedido de rehabilitación— se revise la sentencia”⁽⁵⁰⁸⁾.

g) *Externación y cese de la incapacidad.* El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez. El mismo deberá ser informado si se tratase de una internación involuntaria, o voluntaria ya informada en los términos de los artículos 18 o 26 de la presente ley. El equipo de salud está obligado a externar a la persona o transformar la internación en voluntaria, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 16 apenas cesa la situación de riesgo cierto e inminente. Queda exceptuado de lo dispuesto en el presente artículo, las internaciones realizadas en el marco de lo previsto en el artículo 34 del Código Penal (art. 23 ley 26.657). Pero para el cese de la incapacidad o restricción de la incapacidad debe aplicarse el art. 47 CCyC que a su vez completa el procedimiento a seguir: “Procedimiento para el cese. El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.

24. El pródigo.

Nos queda por examinar el pródigo. El pródigo es un caso especial, y se dice tal a la persona que dilapida “locamente” sus bienes. Sin embargo el concepto de dilapidación y el perjuicio que causen sus actos para sí o para terceros es una cuestión que debe regular la ley. El CódCivCom entiende que pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes (art. 48). La declaración de inhabilitación importa la designación de un curador, o de apoyos, que deben asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia (art. 49). El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez

⁵⁰⁸ TOBIAS, José W. -*La persona humana en el proyecto*, LA LEY 2012-D -743, párr. VIII, in fine.

puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo (art. 50).

La redacción del CCyC respecto del pródigo El artículo presenta una diferencia con art. 152 bis, 3º) del derogado Código Civil. Ahora bien, la prodigalidad en sí no es una enfermedad mental, podría ser que personas que tengan alguna enfermedad mental los lleve a la prodigalidad. Pero el dilapidar bienes realizar gastos inútiles que perjudiquen el patrimonio de una persona sólo es computable para “su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio”, por lo cual se trata de una discapacidad jurídica y no psicológica, salvo para una línea psicológica que una a la dilapidación la existencia de una euforia maníaca, que nunca se ha comprobado. Por su parte el CIE-10 de la OMS, ni su modificación CIE-11, muestran que haya ninguna enfermedad en la alteración para el pródigo, pues si así fuera tendrían que tratarlo por la enfermedad por un lado y la prodigalidad por otro a menos que la enfermedad lo llevase a la prodigalidad.

Siddharta Gautama actuó como un pródigo, y podría haber sido declarado tal en nuestro derecho, si no fuera que dejó todos sus bienes y se transformó en asceta, no podría nunca ser declarado como que tuviera una alteración funcional en su actuar, según nuestro código. Otro tema es el de los filántropos. Generalmente son personas de mucho dinero. No resulta muy claro como calcular. Hace ya tiempo creo recordar que Bill Gates hizo un testamento dejándoles diez millones de dólares a sus herederos, pero unos cuarenta millones de dólares, o más, irán para educación, investigación y obras de caridad.

En cuanto a la limitación de los actos del pródigo, la doctrina está de acuerdo en que la lectura de la norma permite concluir que la necesidad del asentimiento por parte del apoyo al inhabilitado rige respecto de los actos de disposición entre vivos exclusivamente “a lo que habría que agregar los supuestos en que el juez amplía la intervención del apoyo en uso de las facultades que el artículo le otorgó para extenderles la a otros actos que deberán ser enumerados en la sentencia⁽⁵⁰⁹⁾).

⁵⁰⁹ TOBIAS, *Código Civil y Comercial*, cit. t. I, p. 411.

CAPÍTULO XIII

VIOLENCIA DE GENERO: VÍAS PROCESALES PARA MITIGAR SUS EFECTOS EN ARGENTINA (INSTRUMENTOS PARA EVITAR LA REVICTIMIZACIÓN)

EDUARDO OTEIZA^(*510) Y
MARÍA VICTORIA MOSMANN^{**511)}

Sumario: 1 Aproximaciones sobre la vulnerabilidad de las víctimas. El contexto normativo. 2.- La debida diligencia del Estado frente a la violencia de género. 3.- La víctima y el proceso. 4.- La justicia penal y la justicia civil, dos caras de una misma situación. 5.- A modo de conclusión: El proceso único para un conflicto único.

Resumen: El presente ensayo parte de un análisis contextual de la violencia de género en Argentina que muestra que los derechos sustanciales establecidos a favor de las víctimas no están adecuadamente protegidos. El diseño de jurisdicciones separadas en materia civil y penal provoca una revictimización de quienes requieren la protección de la justicia. Un tribunal único podría ser más efectivo para tratar las diversas consecuencias que tienen la violencia contra las mujeres como denominador común.

Abstract: The present essay starts from a contextual analysis of gender violence in Argentina that shows that the substantial rights established in favor of the victims are not adequately protected. The design of separate jurisdictions in civil and criminal matters causes a revictimization of those who require the protection of justice. A single court could be more effective in dealing with the various consequences of violence against women as a common denominator.

^{*510} Profesor titular, investigador y director del programa de maestría de la Universidad Nacional de La Plata. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Miembro de la Comisión de Expertos que elaboró la Ley modelo para el Equipo Judicial Especializado en Violencia Doméstica, Sexual e Institucional (2018) en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Las conclusiones del trabajo de la Comisión pueden consultarse en <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1815>. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

^{**511} Docente de la materia Derecho Procesal Civil, en grado y posgrado. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (AADP). Fue Vice presidenta de la Comisión de Jóvenes de la AADP. Miembro del Comité Ejecutivo de la AADP. Especialista en Derecho Procesal por la UBA. Especialista en Defensa Pública por la UNL. Doctoranda por la Universidad de Salamanca. Directora del Instituto de Investigaciones del Colegio de Magistrados de Salta; fundadora y directora de investigación honoraria de la Comisión de Investigación en Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Salta; Coordinadora del Ateneo de Derecho Procesal de Salta de la Federación de Ateneos de Estudios de Derecho Procesal. Cuenta con publicaciones y participación en obras colectivas en Argentina, México, Uruguay, Chile, Brasil, Colombia, Portugal. Jueza de primera instancia de la Provincia de Salta.

1.- Aproximaciones sobre la vulnerabilidad de las víctimas. El contexto normativo.

Del informe sobre Femicidios en Argentina 2020 realizado por Mumala⁵¹² surge que 320 mujeres fueron víctimas de muertes violentas, de las cuales 270 fueron femicidios, en el 40 % de los casos víctima y victimario convivían, el 13% de las víctimas estuvo desaparecida, el 7% fue abusada sexualmente y el 4% ejercía la prostitución. La Corte Suprema de Justicia de la Nación para el mismo período informa 287 víctimas letales de violencia de género, de ellas 251 fueron víctimas directas de femicidio⁵¹³. En el año 2019, el Observatorio de Femicidios “Adriana Marisel Zambrano”, dirigido por la Asociación Civil La Casa del Encuentro⁵¹⁴, hizo públicos los datos referidos al período que abarca desde el 1° de enero al 31 de diciembre de 2019, en el que se registró un femicidio cada 29 horas. La investigación aporta otros datos relevantes: 299 de los casos son muertes de mujeres y niñas. Asimismo, el informe cita que 341 hijas e hijos quedaron sin madre como consecuencia de esta forma de violencia, mientras que más del 60% son menores de edad. El 52 % fueron asesinadas en sus hogares. En estos informes resulta elocuente el alto número de muertes en contextos de violencia intrafamiliar.

En el año 2019 CEPAL informó que la tasa de muertes registradas cada 100.000 mujeres en la República Argentina es del 1,1 %⁵¹⁵.

El recurso de acudir a los “números” estadísticos muestra que resulta imprescindible afrontar el problema como una indispensable política pública que evite tanto la pérdida de vidas, así como los padecimientos a ellas asociados. Los datos exhiben la urgencia de tomar medidas legales en el campo tanto sustantivo como procesal a los efectos de contener un fenómeno inaceptable de cara a una realidad que demuestra la falta de efectividad de los abordajes que el sistema procesal le ha dado al conflicto generado en un contexto de violencia. La criticidad de las cifras resulta indiscutible si se toma en cuenta que corresponden a los años 2019 y 2020 cuando nuestro país contaba ya con la vigencia de un contexto convencional y normativo que exigía una respuesta eficaz del sistema⁵¹⁶, acorde con la debida diligencia que estos instrumentos le imponen a los Estados.

⁵¹²Telam, Agencia Nacional de Noticias, acceso el 12 de junio de 2021, <https://www.telam.com.ar/notas/202101/540487-segun-la-organizacion-mumala-hubo-329-muertes-violentas-de-mujeres-en-2020-en-el-pais.html>

⁵¹³Corte Suprema de Justicia de la Nación, acceso el 12 de junio de 2021, <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/resumenfemicidios2020.pdf>

⁵¹⁴La Casa del Encuentro, acceso el 12 de junio de 2021, <http://www.lacasadelencuentro.org/index.html>

⁵¹⁵Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, acceso el 12 de junio de 2021, <https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio>, tasa que lamentablemente se mantuvo en relación a la publicación del mismo organismo en el año 2018.- https://oig.cepal.org/sites/default/files/femicidio_web.pdf. Ver también los estudios realizados por el mismo organismo respecto a la incidencia de la pandemia en el año 2020 respecto a la violencia de género https://oig.cepal.org/sites/default/files/c2000875_web.pdf

⁵¹⁶AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de las mujeres*, cita online AR/DOC/1694/2019 “la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia”.

La situación crítica en la que se encuentra la Argentina en relación a las cifras fatales que son consecuencia de la violencia de género, discurre en un marco jurídico que se encuentra conformado por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) aprobada por la ley 23.179 (también su Protocolo Facultativo fue aprobado por ley 26.171) y, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará, que fue aprobada por la ley 24.632.

El artículo 7⁵¹⁷ de la Convención de Belém do Pará impone al Estado el deber de actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar, adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; tomar todas las medidas apropiadas, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

El Estado Argentino en el año 2009 dictó la Ley de Protección Integral a las Mujeres⁵¹⁸, la que entre sus objetivos enumera el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia, y en el Capítulo II del Título III dispuso normas de procedimiento previendo que el proceso sea gratuito y sumarísimo, predominantemente oral y con intermediación, habilitando el dictado de medidas preventivas urgentes, asignando el apoyo de un equipo interdisciplinario, y amplias facultades judiciales de dirección del proceso. En el artículo 19 la misma ley prevé que las jurisdicciones locales podrán dictar sus normas de procedimiento y adherir el régimen de esta ley. Luego por ley 27.210 se creó el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género a fin de garantizar el acceso a la

⁵¹⁷Texto íntegro del artículo 7: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”

⁵¹⁸ Ley N° 26.485 “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, publicada en el Boletín Oficial el 14 de abril de 2009, reglamentada por Decreto 1011/2010

justicia de las personas víctimas de violencia de género de conformidad a las prescripciones de la ley 26.485.

2.- La debida diligencia del Estado frente a la violencia de género.

La violencia contra las mujeres, producto de la sórdida acción de los victimarios, con respecto a la cual el Estado y la sociedad no terminan de reaccionar, coloca a las víctimas ante un sistema de justicia que, lejos de dar soluciones, les enrostra que su última posibilidad de detener y sancionar al violento se verá diluida en una superposición de trámites que provocará un estado de revictimización, originado por la variedad de vías procesales de protección desarticuladas. La división actual del trabajo judicial frente a la violencia de género es inadecuada, ya que ella tiene manifestaciones penales, familiares y patrimoniales de distinto tipo, no obstante tratarse de un problema que gira en torno de un denominador común, que luego precipita diversos efectos que requieren un tratamiento único por parte de las autoridades judiciales.

La impotencia ante el mal sufrido y la ineficacia del sistema desalienta la interposición de denuncias y pedidos de protección. De allí que debería buscarse una solución real y efectiva, que dé cumplimiento a la obligación de obrar con diligencia que tiene el Estado Argentino, según el compromiso asumido al suscribir la Convención de Belém do Para.

La Corte Interamericana (Corte IDH) ha interpretado esta obligación en dos momentos, el de prevenir y el de sancionar. Por primera vez aplicó esta Convención en el caso *Maria Da Penha Maia Fernandes vs Brasil* en el que una víctima de violencia doméstica quedó parapléjica en 1985 como consecuencia del abuso físico y los atentados de homicidio perpetrados por su esposo pese a varias denuncias que había realizado y determinó que el Estado había incumplido su obligación de ejercer la debida diligencia al no condenar y sancionar al victimario durante 15 años⁵¹⁹.

En el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*⁵²⁰ la Corte IDH resolvió que la obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente y a la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar de oficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.

En nuestro país las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Jujuy, Santiago del Estero, Chubut, Salta, han creado fueros especializados para la atención de los casos de violencia, sin haber logrado los resultados esperados conforme surge de las estadísticas relevadas por la Oficina de la Mujer (OM) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La OM el año 2017 informó que las provincias de Salta, Jujuy y Santiago del Estero, fueron las provincias con las tasas más altas de femicidios en ese año⁵²¹. En el año 2019 Catamarca, Chubut, Formosa y Salta fueron las provincias con tasas de femicidios más elevadas en relación a la cantidad de

⁵¹⁹CIDH, 2007, párr. 35

⁵²⁰ CIDH, 2009, párrs. 289- 291.

⁵²¹<https://ssl.cij.gov.ar/nota-30470-La-Oficina-de-la-Mujer-de-la-Corte-Suprema-presenta-el-Registro-de-Femicidios-de-la-Justicia-Argentina.html>

habitantes⁵²², y en el año 2020 las provincias de Jujuy (2,82 %) y Salta (1,53%) entre otras, tuvieron una tasa mayor a la media nacional del 1,09%. Se evidencia así que la implementación de los juzgados con competencia especializada no cubre las expectativas de impacto sobre la problemática, en tanto los datos críticos se mantienen o se han visto incrementados.

Los obstáculos para el acceso a la justicia en casos de violencia pueden presentarse básicamente de dos maneras, impidiendo la denuncia por parte de la víctima, circunstancia en la cual el sistema judicial no llegaría a intervenir, o imposibilitando su intervención eficaz. El equipo conformado por el Ministerio de Justicia de la Nación⁵²³ para la redacción de una ley modelo para atender los casos de violencia doméstica, sexual e institucional, en el dossier publicado en el año 2018, enuncia dos ejes de barreras para el acceso a la justicia de las víctimas, las referidas al diseño institucional tales como la falta de patrocinio jurídico gratuito, la multiplicidad de fueros y fragmentación del proceso judicial, como también la ausencia de registros de información unificados; y por otro lado las prácticas judiciales como el proceder burocrático, maltrato, descrédito, victimización secundaria, y deficiencias en las medidas de protección.

Las regulaciones procesales deben ser entendidas como manifestaciones del derecho de acceso a la justicia, en su significado más amplio, el cual exige que la tutela resulte efectiva, en el estricto sentido y alcance de la idea de efectividad, que supone la superación de los obstáculos que la limitan e impiden lograr su cometido. El proceso observado desde un punto de vista material y sustantivo debe ser apto para satisfacer los objetivos jurídicos, sociales y políticos, expresados a nivel constitucional y convencional. Los actos procesales tienen una función ante el proceso y éste tiene una función ante el derecho sustancial, la sociedad y el Estado⁵²⁴. Por ello, el debate sobre la respuesta del Poder Judicial frente a los casos de violencia debe centrarse en las necesidades que la realidad plantea, a fin de dar una respuesta eficaz a una problemática ante la cual el sistema de justicia se ha mostrado estéril a pesar de los aportes legislativos y orgánicos de las provincias argentinas a los que nos hemos referido.

3.- La víctima y el proceso.

La aptitud de un sistema procesal, desde la perspectiva de su función constitucional y convencional que exigen el respeto del derecho humano de acceso a la justicia, debe analizarse a partir de los recaudos que lo vinculan con las especiales necesidades del sujeto que reclama el restablecimiento de sus derechos⁵²⁵.

⁵²²La Casa del Encuentro, acceso el 12 de junio de 2021, <http://www.lacasadelencontro.org/index.html>, también coincide el informe de la Oficina Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acceso el 12 de junio de 2021, en <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2019.pdf>

⁵²³ Portal oficial del Estado Argentino, acceso el 12 de junio de 2021, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/dossier_ley_modelo_equipo_judicial_especializado.pdf

⁵²⁴CÁNDIDO DINAMARCO, *La Instrumentalidad del Proceso*, 14 edición (San Pablo: Malheiros Editores, 2009) 318

⁵²⁵MARIA VICTORIA MOSMANN, *Instrumentalidad subjetiva del proceso*, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, Año VIII, N° 10(2014) 197; *Processo e sujeitosvulneraveis. Instrumentalidade procesual de equiparacao subjetiva*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal RIDP*, Año 1.2. (2015) 119.; *Ejecución de Sentencia y Plazo Razonable, Ejecución Anticipada de Sentencia*, *Revista de Derecho Procesal* 2013/2 RubinzalCulzoni; *Requerimientos que llegan a la*

Las “100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”⁵²⁶, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XVI Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) por Acordada N° 5/2009, contienen un catálogo de situaciones en las cuales se considera al sujeto en situación de vulnerabilidad como susceptible de ser asistido por reglas especiales en el trámite del proceso jurisdiccional. Allí se enumeran entre las personas vulnerables a las víctimas considerando como tal, toda persona física o grupo de personas que hayan sufrido un daño ocasionado por una infracción del ordenamiento jurídico, incluida tanto la lesión física o psíquica, daños emocionales, sufrimiento moral y el perjuicio económico. Y a los fines del acceso a la tutela judicial efectiva “se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima que, por el resultado de la infracción del ordenamiento jurídico, tenga una relevante limitación para prevenir, evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de dicha infracción o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción”⁵²⁷.

La CSJN en diversos antecedentes, hizo hincapié en los deberes reforzados de protección del acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Se ha referido a ello al tratar temas tales como nulidades procesales diciendo que “es criterio reiterado del Tribunal que el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de quienes padecen un sufrimiento mental debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran frecuentemente estas personas, lo que reafirma el principio constitucional a una tutela judicial efectiva (conf. arg. Fallos: 328:4832; 331:1859)”⁵²⁸; refiriéndose a la prueba advirtiendo que “no pudo pasar desapercibido que las circunstancias señaladas adquirirían especial consideración en razón de la índole del asunto planteado que afectaba hondamente los derechos de dos personas particularmente vulnerables, el de identidad de la nieta de la actora y los derivados de la condición de su hija discapacitada y presunta víctima de un acto de violencia sexual, aspectos que necesariamente exigían de los jueces un deber de tutela reforzado (Fallos: 328: 4832; 331: 1859)”⁵²⁹; también a las medidas cautelares poniendo vigor en una concepción moderna del proceso la que afirma “exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección [en el caso una medida anticipatoria] se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio,

justicia civil. Los procesos judiciales a casi 20 años de la última reforma constitucional, Revista Voces en el Fénix Año 4 N°30.

(2013 https://www.vocesenelfenix.com/sites/default/files/numero_pdf/fenix30%20baja.pdf;
Instrumentalidad del Proceso, Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture (Montevideo: La ley, 2017), 875; Instrumentalidad Subjetiva del Proceso, Argentina y el Contexto de América Latina, Motivacao No CPC/15 e maisalem (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017), 149.

⁵²⁶ Cumbre Judicial Iberoamericana, acceso el 12 de junio de 2021,
<http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilvia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilvia/item/817-cien-reglas-de-brasilvia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>

⁵²⁷ Regla N°11

⁵²⁸ “Terruli - Ejecución Hipotecaria” CSJN 2015.

⁵²⁹ “G., A. N. e/ S., R. s/ filiación” CSJN 2016.

para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía”⁵³⁰.

La mera instrumentalidad objetiva del proceso resultará estéril dado que resulta imprescindible lograr una vinculación estrecha entre el propósito perseguido por las vías diseñadas y la realidad extraprocesal a la que se aplica. Para lograr la eficacia del proceso no puede dejarse al margen de las formas que habrá de tomar el trámite frente a las necesidades del sujeto que reclama el restablecimiento de sus derechos.

La eficacia del proceso requiere poner la mirada fuera de los límites de las meras formas y tomar un rumbo que lleve al cumplimiento de sus fines, ya que la tutela judicial tiene su eje en la protección de las personas y sus derechos, y la jurisdicción tiene directas implicancias sociales. Es en gran medida el reconocimiento de su utilidad por los miembros de la sociedad lo que legitima a la jurisdicción en el contexto de las instituciones políticas del Estado.

Un antecedente reciente y de notable relevancia en este sentido, es la presentación del Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión Especial conformada en el Programa Justicia 2020⁵³¹ del Ministerio de Justicia de la Nación, el que en su artículo primero, titulado Tutela Judicial Efectiva dice “las normas procesales se interpretarán con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela judicial efectiva, en especial para los casos de personas en situación de vulnerabilidad. Se asegurará a las partes la igualdad real de oportunidades para la defensa de sus derechos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio o coloquen a una de ellas en condición de inferioridad jurídica”.

Este artículo se refiere en primer lugar a la instrumentalidad del proceso respecto de los derechos, y luego respecto de las personas, lo que nos permite emplear una taxonomía a la que ya nos hemos referido en investigaciones anteriores⁵³², sobre el principio de instrumentalidad procesal, clasificándolo en objetivo y subjetivo.

La forma subjetiva de realización del principio de instrumentalidad aparece en el texto citado al decir que, las normas procesales se interpretarán con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales procurando afianzar la tutela judicial efectiva en especial para los casos de personas en situación de vulnerabilidad, asegurándose a las partes la igualdad real de oportunidades para la defensa de sus derechos.

Entendemos que la posición de la víctima de violencia debe marcar de modo definitorio la conformación del proceso judicial, el que deberá adoptar las formas necesarias para lograr su plena efectividad en relación al reclamo de la persona en situación de vulnerabilidad.

⁵³⁰ “Pardo” CSJN 2011, considerando 12

⁵³¹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, acceso el 12 de junio de 2021, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2661>

⁵³² Ver nota 14.

El eje se centra entonces en la necesidad de evitar que el daño sufrido por la víctima no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria)⁵³³.

4.- La justicia penal y la justicia civil, dos caras de una misma situación.

Es de una notable ineficacia, y genera situaciones de revictimización, que las consecuencias sobre los derechos de los problemas de violencia de género sean examinadas por diversas jurisdicciones y en procesos independientes. La división de competencias en civil y penal ha sido pensada en función de la especialidad del órgano, pero no atiende los intereses de quien es víctima de hechos violentos. Generar diversos procesos judiciales en fueros distintos, unos -divorcio, alimentos, reparaciones, entre otros posibles- que tramitarán ante un juez civil -o en el fuero especializado en violencia de género en el caso de las provincias que cuentan con estos juzgados-, y otros que tendrá radicación ante un juez penal, implica para la víctima, tener que enfrentar la reiteración de declaraciones en procesos distintos, la fragmentación del conflicto, y en la mayoría de los casos una actuación judicial descoordinada.

Esta enumeración meramente ejemplificativa de supuestos de victimización secundaria muestra que la situación de vulnerabilidad de la víctima necesita otra respuesta y que no puede supeditarse a los intereses corporativos o de organización del trabajo judicial, por sobre las afecciones concretas de valores de mayor significación, privilegiando las estructuras y, luego, los problemas y las personas que los sufren. Este contexto requiere una redefinición de las soluciones, por lo que corresponde contar con un sólo proceso para un único conflicto, finalidad que desde la concepción de la unidad funcional del derecho procesal se muestra posible, y para este conflicto, también deseable.

Si bien desbordaría el cometido del presente analizar diferencias y especificidades teóricas entre el proceso civil y el penal es evidente que ambos responden, en lo esencial, a la exigencia que enfrenta el órgano jurisdiccional de dictar la mejor decisión posible en relación con una controversia al término de una sucesión jurídicamente reglada de actuaciones⁵³⁴.

Las comparaciones entre el proceso penal y el proceso civil en los últimos tiempos han mostrado como ambos han mudado su posición extrema del proceso penal inquisitivo al acusatorio, y del proceso civil dispositivo a su publicización. Así los extremos parecen haberse acercado, morigerando algunos poderes y vigorizando otros, con la finalidad de obtener resultados útiles y efectivos, sin descuidar la vigencia de las garantías que en ambos rigen⁵³⁵.

⁵³³DANEL MITIDIERO, *La Justicia Civil en el Estado Constitucional*, Diálogos para un diagnóstico (Lima: Palestra, 2016) 205 “La colocación de la tutela de los derechos como finalidad del proceso corresponde, en la dogmática procesal civil, a la preeminencia reconocida a la persona humana ante el Estado en el plano constitucional”.

⁵³⁴FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, *Metodología comparada y Derecho Procesal: Algunas consideraciones y propuestas*, en *Derecho y Proceso. Liber amicorum del profesor Francisco Ramos Mendez* (Barcelona: Atelier, 2018, Vol II) 1004 y siguientes

⁵³⁵JOAN PICO I JUNOY, J. *El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13126/13737>

En los procesos originados por un conflicto de violencia, el conflicto es único, y la víctima de violencia al emprender su reclamo judicial resulta afectada volviéndose nuevamente víctima al ser recibida por un sistema judicial que fragmenta su problemática con las ya mencionadas consecuencias negativas que ello conlleva.

Las distintas sedes con competencia para analizar los mismos hechos desde diversos derechos sustanciales no logra atender a las necesidades del propio conflicto, ni tampoco –ni mucho menos- las necesidades que la víctima enfrenta en ese contexto que le toca transitar, lo que requiere de una solución procesal distinta que atienda a su verdadero rol de medio para satisfacer su fin⁵³⁶. La irreductible separación de los procesos civiles y penales en los casos de violencia no puede ser sostenida sino afectando las previsiones convencionales de debida diligencia para investigar y sancionar. Esta mirada debe ser acompañada de las previsiones presupuestarias que se requieren, ya que podríamos hacer aportes a un modelo ideal de juzgado que se muestre absolutamente impotente si no se cuenta con los recursos humanos y materiales suficientes⁵³⁷.

En el año 2016, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco del Programa Justicia 2020, convocó a una mesa de expertos para discutir y elaborar una ley modelo para la creación del Equipo Judicial Especializado, que concluyó su trabajo con la presentación de un anteproyecto de ley de “Creación del Equipo Judicial Especializado en Violencia Doméstica, Sexual e Institucional”⁵³⁸.

Este modelo toma como antecedente, entre otros⁵³⁹, el caso español, que a través de la Ley Orgánica 1/2004 creó tribunales especializados en violencia contra las mujeres con competencia penal y civil, política que se planifica continuar profundizando y extendiendo a la mayor cantidad de lugares de España⁵⁴⁰.

El Anteproyecto enumera entre sus objetivos evitar la victimización secundaria⁵⁴¹, trabajar con perspectivas de género e interseccionalidad⁵⁴², con

⁵³⁶LUIZ GUILHERME MARINONI entiende que el derecho fundamental de acción es el hilo conductor entre las tutelas prometidas por el derecho material y las técnicas procesales. La falta de adecuación entre las técnicas procesales y las tutelas de los derechos pone el derecho fundamental de acción en peligro, pues pone en riesgo la obtención de la tutela efectiva del derecho mediante el ejercicio de la acción. *El Derecho de Acción como Derecho Fundamental* (Bogotá: Temis, 2015) 47.

⁵³⁷JULIO C. BAEZ, *Juzgados de género y políticas públicas*, LLOnline AR/DOC/1168/2019. “Estamos persuadidos que debe ponerse en funcionamiento juzgados con competencia múltiple en materia de género que abarque la prolífica familia de conflictos que se ha podido verificar en la materia. Es cierto que la mera inauguración de un órgano no aleja la bruma oscura que alcanza a la problemática que se viene despuntando; además de la instalación del órgano, insistimos a fuerza de aburrir, que la dotación debe estar enmarcada en una verdadera política de estado con recursos materiales, edilicios y humanos para llevar adelante su cometido”

⁵³⁸ Portal oficial del Estado Argentino, acceso el 12 de junio de 2021, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/dossier_ley_modelo_equipo_judicial_especializado.pdf

⁵³⁹ Cita como antecedentes analizados los siguientes: Estados Unidos (Nueva York, Massachusetts, Florida, Carolina del Sur); México (Baja California Sur y a nivel nacional); Reino Unido (Inglaterra); Canadá; Nicaragua y República Dominicana

⁵⁴⁰PILAR ALVAREZ, *El Poder Judicial estudia cómo extender los juzgados de violencia de género*, El País, 25 de julio de 2019, https://elpais.com/sociedad/2019/07/24/actualidad/1563978659_884829.html

⁵⁴¹ El mismo Anteproyecto define en el Título VI a la victimización secundaria como: el sometimiento de la persona agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así

procesos con actividad concentrada, orales, flexibles, eficientes, con intermediación, con un órgano jurisdiccional con competencia civil y penal unificada, con un modelo de juzgado pluripersonal que atiende de modo integral el conflicto y con especial énfasis en la protección de la víctima.

Para ello propone principios generales, define la competencia del equipo judicial especializado, las medidas de protección que podrán ordenarse y su trámite, las formas que habrán de darse a las denuncias, legitimación activa, la forma en que habrán de conjugarse las pretensiones civiles en este proceso integral, para luego disponer el diseño institucional y de gestión judicial que estos tribunales especializados tendrán.

La iniciativa pone el foco en la víctima y en su derecho de acceso a la justicia. De ese modo se aparta de la corriente de la especialidad en materia de competencia que al subdividir los foros de análisis de los hechos y sus consecuencias deja en penumbra y desatiende a la persona que debe ser objeto de protección⁵⁴³.

5.- A modo de conclusión: El proceso único para un conflicto único.

Los casos de violencia de género, y de femicidios en particular, relevados en los últimos años, evidencian la ineficacia de su actual abordaje jurisdiccional.

Los compromisos del Estado de prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres, que surgen de las Convenciones, la Constitución Nacional, y demás leyes nacionales, exigen una real comprensión del conflicto, tanto como suceso particular como social⁵⁴⁴. La Corte IDH en esa dirección sostuvo que las reparaciones en casos

también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro y cita el artículo 3 inciso k del Decreto 1011/2010.

⁵⁴²KIMBERLÉ CRENSHAW, “*Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*”, The University of Chicago, Legal Forum, Volume 1989, Issue 1,

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>

⁵⁴³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha dicho en reiteradas oportunidades en contiendas de competencia negativa en materia penal originadas en procesos por violencia de género, que estos litigios deben ser resueltos teniendo en consideración que se trata de un conflicto único (CSJN Competencia N° 475. XLVIII. C., A. C. s/ art. 149 bis, del 27/12/2012; Competencia CSJ 1720/2018/CSJ R., R. A. s/ coacción (art. 149 bis del C.P. del 03/09/2019). El dictamen fiscal al que adhirió la Corte en el precedente "G., C. L. s/ lesiones agravadas y amenazas", Fallos: 339:652dijo “En consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos y con la ley 26.485, los actos de violencia denunciados por M S G deben ser investigados y juzgados en forma conjunta a fin de cumplir, con determinación y eficacia, el deber del Estado de investigar, sancionar, reparar y prevenir la violencia de género contra las mujeres, así como a fin de procurar un adecuado acceso a la justicia por parte de las víctimas. En efecto, los hechos, según los cuales M S habría sido agredida en forma verbal y física y de modo reiterado por C: L G en el marco de una relación de pareja - finalizada-, conforman un mismo conflicto de violencia de género. Ese conjunto de actos debe ser investigados y juzgados en forma conjunta, aun cuando alguno de ellos habría ocurrido en una jurisdicción distinta, en aras de procurar una respuesta judicial efectiva a la situación de violencia de género. La fragmentación de los hechos obstaculiza la eficacia de la investigación al impedir que los operadores de justicia tomen en cuenta el contexto de la violencia, y revictimiza a la damnificada, que debería declarar en numerosas oportunidades y ante tribunales distintos sobre hechos que forman parte de un mismo conflicto”.

⁵⁴⁴DANIEL MITIDIERO sostiene que la colocación de la dignidad de la persona humana y de la seguridad jurídica como fundamentos del Estado Constitucional, apunta a la necesidad de que veamos

de violencia contra la mujer deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo reparatorio sino también correctivo⁵⁴⁵.

Los cambios para atender el acceso a la justicia de las víctimas de violencia urgen, y por ello debe el derecho procesal brindar soluciones y mantener su rol de ciencia al servicio de la sociedad⁵⁴⁶, para modificar conductas que se mantienen impunes por la ineficacia del proceso que debería juzgarlas y sancionarlas.

La naturaleza del conflicto de violencia contra la mujer, y la especial vulnerabilidad de las víctimas, interpelan a rediseñar un modelo de proceso con garantías plenas de acceso a la justicia, tanto de inicio del proceso (denuncia o demanda), como de desarrollo (trámite, cumplimiento y ejecución), evitando su victimización secundaria.

Los modelos de juzgamiento integral, o de unificación de tratamiento del conflicto de violencia de género, superan las barreras de distinción entre el proceso civil y el penal en atención a la función que ambos tienen, priorizando las particularidades objetivas y subjetivas del contexto de violencia, con un proceso único para un único conflicto.

BIBLIOGRAFIA

--Julio C. BAEZ, *Juzgados de género y políticas públicas*, LLOnline AR/DOC/1168/ 2019.

--Kimberlé CRENSHAW, “*Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*”, The University of

en el proceso civil un medio para la tutela de los derechos. Y ello no apenas en una dimensión particular, como tradicionalmente se entiende, sino también en una dimensión general, vinculada a la producción de un discurso para la sociedad civil a partir del caso concreto enfrentado en el proceso, *La Justicia Civil en el Estado Constitucional, Diálogos para un diagnóstico* (Lima: Palestra, 2016) 218.

⁵⁴⁵Corte IDH, 2009, párr. 450.

⁵⁴⁶Debería recordarse a EDUARDO COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, (Buenos Aires: Depalma, 1993) 484, cuando señalaba que “la ciencia del proceso no tiene como objeto de conocimiento tan sólo los actos procesales: las demandas, las pruebas, las apelaciones, las ejecuciones las formas y los plazos. Esta concepción errónea ha hecho pensar a algún filósofo que sobre esa base no se puede construir una ciencia de conocimiento de lo real con validez universal. La ciencia del proceso se asienta sobre sustancias menos frágiles. Es probable que, mediante un esfuerzo de abstracción, sea posible señalar algunas proposiciones relativas a la esencia misma del proceso, no a su exterioridad. Esas proposiciones deben establecer el enlace riguroso del proceso con el derecho. Deben, asimismo, señalar de qué modo el proceso, en tanto tal, es un conjunto de reglas técnicas, en necesaria conexión con el derecho. Las formas surgen de esas reglas técnicas. Su contenido constituye una ciencia. Las reglas técnicas son sólo medios para la realización de un fin. La ciencia procura el conocimiento de lo que una cosa es, ordenándola universal y ciertamente en el mundo conocido. Las reglas técnicas, en cambio, dicen cuáles son los medios a los que se debe necesariamente acudir para lograr ciertos fines. La ciencia no encara un hacer sino un ser. La ciencia aplicada es una suma de conocimientos científicos y técnicos adaptados a un objeto útil. El derecho procesal es, en este sentido, ciencia aplicada.”, y concluye este párrafo diciendo “sólo en este campo, muy restringido, del conocimiento y manejo de las reglas técnicas y el aseguramiento de sus fines sociológicos, parece aceptable la aseveración, más metafórica que jurídica, de que el jurista es un ingeniero social”.

- Chicago, Legal Forum, Volume 1989, Issue 1, acceso el 12 de junio de 2021 -
<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=ucf>
- Fernando GASCÓN INCHAUSTI, *Metodología comparada y Derecho Procesal: Algunas consideraciones y propuestas*, en "Derecho y Proceso. Liber amicorum del profesor Francisco Ramos Mendez" (Barcelona: Atelier, 2018, Vol II)
- Joan PICO I JUNOY, J. , *El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13126/13737>
- Aida KEMELMAJER de CARLUCCI, *Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de las mujeres*, cita online AR/DOC/1694/2019.
- Luiz Guilherme MARINONI . *El Derecho de Acción como Derecho Fundamental* (Bogotá: Temis, 2015).
- Danel MITIDIERO, *La Justicia Civil en el Estado Constitucional, Diálogos para un diagnóstico* (Lima: Palestra, 2016).
- Maria Victoria MOSMANN,
 - Instrumentalidad subjetiva del proceso, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, Año VIII, N° 10 (2014).
 - Processo e sujeitos vulneráveis. Instrumentalidade procesual de equiparação subjetiva, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal RIDP*, Año 1.2. (2015).
 - Ejecución de Sentencia y Plazo Razonable, *Ejecución Anticipada de Sentencia*, *Revista de Derecho Procesal* 2013/2 RubinzalCulzoni.
 - Requerimientos que llegan a la justicia civil. Los procesos judiciales a casi 20 años de la última reforma constitucional, *Revista Voces en el Fénix* Año 4 N°30 (2013 https://www.vocesenelfenix.com/sites/default/files/numero_pdf/fenix30%20baja.pdf);
 - Instrumentalidad del Proceso, *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture* (Montevideo: La ley, 2017).
 - Instrumentalidad Subjetiva del Proceso, Argentina y el Contexto de América Latina, *Motivación No CPC/15 e mais alem* (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017).
 --Eduardo OTEIZA,
 -Derecho Procesal Comparado. Perspectivas desde América Latina, Lima: en *Conferencia publicada en el libro editado con motivo del IX Seminario Internacional sobre Proceso & Constitución, de la Pontificia Universidad de Lima*, Lima: Editores, 2019.