Revista Internauta de Pràctica Jurídica
Núm. 28, año 2012, págs. 1-23

LA REBELDÍA COMO FUNCIONAL AL PROCESO CIVIL*

DEFAULT AND FUNCTIONAL CIVIL PROCESS

SEBASTIÁN MÁRQUEZ LAMENÁ
Juez en lo Civil y Comercial (Argentina)
smarquezlamena@yahoo.com.ar

RESUMEN:

La rebeldía tiene aptitud suficiente para definir el resultado de un pleito. Se postula la revalorización del instituto procesal

PALABRAS CLAVE:

Rebeldía, debido proceso, cosa juzgada, tutela judicial efectiva, notificaciones

ABSTRACT:

The default is enough fitness for defining the result of a lawsuit. We value the default in our civil procedure.

KEY WORDS:

Default, due process, res judicata, effective judicial protection, notices.

SUMARIO:

LA REBELDÍA COMO FUNCIONAL AL PROCESO CIVIL 1
DEFAULT AND FUNCTIONAL CIVIL PROCESS 1
I. Rebeldía y debido proceso legal 2
II. Rebeldía y cosa juzgada 7
III. El valor del silencio en el proceso 9
1. El silencio frente al emplazamiento 10
2. La fijación procesal de los hechos 12
3. El silencio del rebelde 15
IV. La rebeldía como funcional al proceso civil 17
V. Conclusión 20
VI. Bibliografía consultada 21

* Recibido en fecha 18/07/2011. Aceptada su publicación en fecha 21/12/2011.

I. REBELDÍA Y DEBIDO PROCESO LEGAL

La garantía de defensa en juicio como decimos en Argentina, la tutela judicial efectiva como expresa la Constitución Española, el *due process of law* de los norteamericanos, se resumen en el siguiente modelo: la acción del demandante, la defensa del demandado y la bilateralidad del proceso.

La acción civil, enseñaba la escuela clásica francesa, es el derecho en movimiento. Derecho y acción eran categorías inescindibles: sin derecho no hay acción[1].

Pero esta concepción dejó sin explicación el problema de la demanda infundada, en la cual el actor motoriza el proceso hasta la sentencia sin un derecho sustancial digno de tutela. Apareció entonces la respuesta de la escuela germana.

Wach en 1885 habla de acción como derecho autónomo, separado del derecho sustancial. La pretensión de la tutela es el medio que permite hacer valer el derecho, pero no es el derecho mismo. Cuando el actor se dirige al juez puede carecer de razón y, sin embargo, no se le priva de su derecho de peticionar una sentencia favorable. Estas elaboraciones fueron profundizadas y consolidadas por la doctrina italiana y española, llegándonos por esta vía a Hispanoamérica[2].

La acción es un derecho a la jurisdicción; el poder jurídico del actor de provocar la actividad del juez. Es el derecho de petición reconocido por la Constitución Argentina en su art. 14 y por la Constitución Española en el art. 29.

La defensa del demandado tiene la misma genética de la acción. La defensa es la contrapartida de la acción. Anverso y reverso de una misma moneda. El actor ataca mediante su acción y el demandado se defiende blandiendo su excepción. La litis aparece así dominada por la bilateralidad.

La garantía del debido proceso legal[3], en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, el cual supone, en sustancia, que las decisiones judiciales deban ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, es decir, dándole oportunidad de defensa[4].

El derecho a la tutela judicial efectiva protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una sentencia que haya adquirido firmeza; efecto que se produce cuando se desconoce lo resuelto en Sentencia firme, en el marco de procesos que examinan

---

[1] Demolombe expresaba que cuando la ley hace referencia a derecho y a acción incurre en un pleonasmo.

[2] Las enseñanzas de Alcalá-Zamora y Castillo, Guasp, Prieto Castro, De la Plaza, desde España; Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Redenti, desde Italia, gravitan hasta nuestros días en el Derecho Procesal latinoamericano.

[3] La Constitución Argentina declara que "... es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...". Esta garantía es equivalente a la contenida por el art. 24 y 17 de la Constitución Española.

[4] CSJN, *in re* "Amigo, Roberto P. c/ Asistencia Médica Social Argentina S.A. y otros", 17 de noviembre de 1994 (Fallos 317:1500). Ha reiterado dicha doctrina recientemente en abril de 2002, (Fallos 325:806).

cuestiones que guardan con aquéllas un relación de estricta dependencia. No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial firme[5].

Advertirá el lector la delicada sensibilidad de un asunto que coloca al juez en una de las más inquietantes encrucijadas. Es que tanto la estabilidad de la cosa juzgada como la revisión de ésta por el rebelde se fundan –como dijimos- en el mismo derecho a la defensa en juicio, pues nuestras Constituciones amparan paralelamente derechos e intereses opuestos de actor y demandado.

El distingo esencial entre acción y defensa es que el actor concurre al proceso porque lo desea, en tanto que el demandado debe sujetarse a él aunque no lo quiera. El actor siempre tiene la iniciativa procesal; el demandado no y debe soportar las consecuencias del ese instar.

Aquí es donde el principio de inocencia, de gran potencia en materia criminal, ejerce su influjo en el proceso civil. Sólo con la sentencia se verificará la existencia de *causa petendi*, determinando si el actor tuvo razón al demandar. El estado de incertidumbre es inherente al itinerario que llamamos proceso hasta que se alcanza la sentencia.

El monopolio de la iniciativa procesal que detenta el actor y la presunción de inocencia que ostenta el demandado[6], determinan –entre otras cosas- la distribución de las cargas probatorias. El accionante deberá acreditar el hecho constitutivo, su causa de pedir. Al accionado incumbe demostrar el hecho impeditivo, modificativo o extintivo (su causa de impedir).

Volviendo sobre la bilateralidad procesal, la Corte de los Estados Unidos ha dicho que esta garantía consiste en asegurar al demandado *his day in Court*; la oportunidad de ser oído. Este derecho de audiencia es reconocido al demandado en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Las leyes procesales son las encargadas de reglamentar en qué consiste ese día en la Corte para el demandado. El derecho procesal tiene por cometido la efectiva actuación de las garantías constitucionales, dedicándose incluso de la inacción del demandado.

---

[5] STC 163/2003, de 29 de septiembre.

[6] El Tribunal Constitucional de España considera hoy, variando posturas anteriores, que el principio de presunción de inocencia sólo tiene operatividad en el proceso penal y, por extensión, en el procedimiento administrativo sancionador. En STC 30/1992, de 18 de marzo, y 53/1995, de 23 de febrero, se dijo que en el procedimiento laboral el demandado no goza de presunción de inocencia. Nos permitimos disentir con tal posición y adherir a la anterior doctrina del Tribunal (ver AATC 213/1982, de 9 de junio, 351/1989, de 19 de junio, y STC 6/1988, de 21 de enero). La presunción de inocencia juega en el proceso civil imponiendo al actor la carga de la prueba del presupuesto de hecho de la norma jurídica cuya aplicación reclama. Si no acredita tal extremo, debe desestimarse la demanda, puesto que –como señala Horacio López Miró- si no prueba, sucumbe. (véase LÓPEZ MIRÓ, Horacio, *Probar o sucumbir*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998). Todo, sin perjuicio de la admisión o reconocimiento tácito de los hechos, tal como lo desarrollaremos.

Ya en los orígenes de la institucionalización de la justicia, el derecho se ocupó de la falta de personación del demandado. La cultura a través de los tiempos fue tallando el concepto y los efectos de la rebeldía procesal.

Desde la comparencia *manu militari* del demandado renuente, pasando por la "teoría de la pena", hasta la apatía, la ley procesal ha demostrado sus actitudes frente a la contumacia.

El derecho procesal comparado mantiene aún los distintos bemoles acuñados a lo largo de la historia. La valoración de las distintas posiciones legislativas debe sopesarse en función de una serie de elementos analíticos imprescindibles. Un proceso más o menos dispositivo, la concepción teleológica que se tenga del proceso, la naturaleza de las pretensiones en disputa, son esenciales para considerar un determinado ordenamiento procedimental. Nuestros regímenes procesales (argentino y español, especialmente) denotan cierta visión negativa con respecto a la rebeldía, según veremos más adelante.

La rebeldía o contumacia es la situación que se configura con respecto a la parte que no comparece al proceso dentro del plazo de citación[7]. Aquí nos detenemos, porque, también es rebelde –según cierta doctrina[8] y legislación[9]- quien abandona el procedimiento luego de haber comparecido. No consideraremos este último caso, puesto que no compartimos la expansión del concepto. El abandono del proceso o de la instancia, luego de la personación del litigante, basta ser analizado desde la perspectiva de otros institutos fundados también en la inactividad procesal: preclusión y caducidad o perención de instancia.

El status jurídico del rebelde se construye sobre una citación eficaz al proceso. Si tal eficacia falla, caerá la construcción erigida sobre dicho emplazamiento a estar a derecho, derrumbándose la rebeldía en sí misma.

Comunicar es, en las acepciones que aquí nos interesan, hacer a otro partícipe de lo que uno tiene; descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo; conversar, tratar con alguien de palabra o por escrito; transmitir señales mediante un código común al emisor y receptor[10]. Identificamos tres elementos básicos: emisor, receptor y mensaje.

Todo acto de comunicación procesal tiene por objeto poner en conocimiento una petición formulada en el proceso o el contenido de una resolución judicial[11]. Del propio concepto de rebeldía se deduce que sólo puede ser contumaz quien no se presenta al proceso a pesar de estar debidamente notificado. Es menester que el acto de comunicación cumpla su finalidad.

---

[7] LEC, art. 496.1.

[8] PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Tomo IV, p. 180.

[9] Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, art. 59. El Código Procesal Civil de Mendoza elaborado por Ramiro Podetti derogó la figura del rebelde respecto de quien que deja de actuar en el proceso. Se explica que, en función de la preclusión automática, debe tenerse por decaído el derecho dejado de usar. Este es el sistema legislativo más apropiado. Véase nota al art. 74 del Código Procesal Civil de Mendoza.

[10] Diccionario de la Real Academia Española, 22º edición.

[11] PALACIO, Lino Enrique, op. cit., Tomo V, p. 328.

La finalidad de la notificación del traslado de la demanda es la válida traba de la litis, la construcción real y efectiva de la relación jurídica procesal, observando las garantías de defensa en juicio y de debido proceso. La notificación del traslado de la demanda reviste particular significación, en tanto de su regularidad depende la validez constitucional de la relación procesal y la efectiva vigencia del principio de bilateralidad[12].

Cuando la actividad procesal cumplida perjudica la función de los intereses comprometidos en el proceso, por haberse configurado una irregularidad que afecte el ejercicio de la defensa, debe ser invalidada por ineficaz; es decir, eliminada o extirpada[13].

Palacio enseña que los actos procesales se hallan afectados de nulidad cuando carecen de algún requisito que les impide lograr la finalidad a la cual están destinados[14]. La meta de las nulidades procesales es asegurar la garantía constitucional de defensa en juicio[15]. Es que como señalara Alsina[16], donde hay indefensión hay nulidad[17]. Podetti también coincide en ello[18]. Este es el sentido teleológico indiscutido del instituto.

Adentrémonos brevemente en Teoría de la Comunicación. El mensaje es una combinación de unidades significativas de acuerdo a ciertas reglas preestablecidas por y para el grupo de los comunicantes. A estas unidades básicas se les puede llamar signos. La limpieza en la transmisión del mensaje y su eficacia afecta a la expresión y a la recepción. En este sentido, el ruido es cualquier perturbación en la comunicación que distorsiona el mensaje. Puede ser físico: interferencia con la transmisión física del mensaje; psicológico: interferencia cognitiva o mental; semántico: emisor y receptor asignan diferentes significados al mensaje. Existen otras perspectivas desde las que se puede hablar de ruido cultural, emocional o económico.

El feedback nos indica que la comunicación es un proceso continuo. Son los mensajes que envía el receptor al emisor como reacción al mensaje recibido; indica al emisor el efecto que tiene sobre el receptor. En función del feedback, el emisor puede ajustar el mensaje, reforzarlo, quitarle énfasis o cambiar su contenido o forma. El proceso comunicacional es siempre circular.

Tipifiquemos ahora a la comunicación jurídico-procesal. Esta comunicación es indirecta, pues es mediada, requiriendo de instrumentos (funcionario público notificador, cédula). Es multilateral, dado que el feedback es abierto en tanto el receptor, el transmisor (oficial notificador) o un tercero extraño al proceso judicial (por ej., el residente en el domicilio del notificado que recibe la cédula) acusará recibo del mensaje o

---

[12] CSJN, *in re* "Cano Román, Alberto c/ Suárez Freiría, Néstor", 19 de setiembre de 2000 (Fallos 323:2653), reafirmando la posición sentada en Fallos 320:448.

[13] LEDESMA, Ángela, *Nulidades procesales,* p. 328/329.

[14] PALACIO, Lino E., op. cit., p. 139.

[15] MAURINO, Alberto Luis, *Nulidades procesales*, p. 37.

[16] ALSINA, Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Tomo I, p. 652.

[17] El art. 166.1 de LEC recepta este principio cuando establece: Serán nulos los actos de comunicación que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto en este capítulo y pudieren causar indefensión. El CPCCN consagra el enunciado en el art. 149.

[18] PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de los actos procesales*, Tomo II, p. 481.

declinará de él. El feedback de la comunicación judicial indicará si la notificación resultó efectiva.

La normativa procesal debe ser rigurosa en cuanto a la forma de practicar las notificaciones, especialmente la primera notificación o citación que corresponda. El emplazamiento, la citación y el traslado de la demanda en el proceso ordinario y en los sumarios o verbales, el requerimiento en el proceso ejecutivo y en el monitorio, la citación para la práctica de diligencias preliminares y, en general, toda primera comunicación para estar a derecho (primera noticia del proceso), corresponde se realice de modo de asegurar el conocimiento pleno del citado o demandado[19]. La nulidad de las comunicaciones procesales, máxime si mediare indefensión, se impone como solución y resultado del debido proceso legal.

Los distintos modos de notificación judicial representan grados de conocimiento, variando entre la certeza y la mera presunción. La notificación personal[20] genera certeza y responde a la teoría del conocimiento efectivo. La notificación al domicilio determina verosimilitud de conocimiento, respondiendo a la teoría de la recepción. El anoticiamiento por edictos, tan sólo constituye una posibilidad de conocer y se basa en la emisión del mensaje. Por esta razón el emplazamiento edictal es subsidiario de los demás medios de comunicación judicial[21].

El derecho a la tutela judicial efectiva impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en su realización que asegure en la medida de lo posible la recepción de las comunicaciones procesales por sus destinatarios[22]. La efectividad de los actos de comunicación procesal y, en particular, del emplazamiento, a través del cual el órgano judicial pone en conocimiento de quienes ostentan algún derecho o interés la existencia misma del proceso, dada la trascendencia que estos actos revisten para garantizar el principio de contradicción, integra el derecho a la tutela judicial efectiva[23]. Así, se ha declarado la nulidad de lo actuado por falta de válido emplazamiento inicial. Un

[19] Aplaudimos, al respecto, la supresión por la LEC de la citación a través de los vecinos, forma de comunicación que sigue vigente en los códigos procesales argentinos. Esta forma de notificación es reprochable. Además de su dudosa eficacia, creemos que tal modo de notificación viola el derecho a la intimidad del citado (art. 18.1, CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3, CE). Consideramos adecuada la notificación por servicio postal con acuse de recibo.

[20] art. 161, LEC; art. 135, CPCCN.

[21] El Tribunal Constitucional ha insistido en que la falta de comunicación procesal, esencialmente en el emplazamiento, sin que sea causa o concausa del propio litigante, atenta al derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución Española (SSTC 268/2000, de 13 de noviembre; 42/2001, de 12 de febrero; 74/2001, de 26 de marzo; 77/2001, de 26 de marzo; 113/2001, de 7 de mayo y 153/2001, de 2 de julio). Por su parte, el Tribunal Supremo español ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el emplazamiento edictal destacando su subsidiariedad y alertando sobre la fácil posibilidad de maquinación fraudulenta (STS de 16 de febrero de 2002 en recurso nº 116/2000) .

[22] STC 99/2003, de 2 de junio; STC 149/2002, de 15 de julio; STC 42/2002, de 25 de febrero; STC 86/1997, de 22 de abril.

[23] STC 334/1993, de 15 de noviembre; STC 113/1998, de 1 de junio; STC 26/1999, de 8 de marzo.

emplazamiento edictal sin agotar los medios de comunicación efectivos genera nulidad[24], al igual que el emplazar a un socio en el domicilio social sin agotar las posibilidades de notificarle en su domicilio particular o real[25].

Sea cual fuere el modo en que se practiquen los actos de comunicación judicial, sin perder de vista que la observancia de las formas jamás debe preterir la finalidad del acto, el sistema cierra con un eficiente modelo de medios anulatorios. El ordenamiento procesal siempre debe permitir que el rebelde, que comparece por primera vez al proceso, pueda ser oído con amplitud acerca de las circunstancias que determinaron su falta de personación tempestiva; para decidir luego sobre la nulidad o no de actuaciones ya cumplidas. Garantizando la audiencia al rebelde y la observancia estricta del principio de buena fe, se realiza la justicia sin detrimento de la economía procesal.

Nuestras Constituciones contienen un mandato implícito dirigido al legislador y al intérprete para promover la defensa procesal mediante la correspondiente contradicción, lo cual lleva a exigir en lo posible el emplazamiento personal de los demandados y que tal emplazamiento ha de ser realizado por el órgano judicial con todo cuidado, cumpliendo las normas procesales que regulan dicha actuación a fin de asegurar la efectividad real de la comunicación[26].

Toda pretensión de nulidad ha de ser examinada con absoluta cautela y criterio altamente restrictivo, siendo necesario que se haya prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento y que se haya ocasionado efectiva indefensión[27]. Por ello, el conocimiento del juicio –incluso extraprocesal- por parte del rebelde, excluye la indefensión y tipifica su contumacia como voluntaria[28].

II. REBELDÍA Y COSA JUZGADA

El derecho a la tutela judicial efectiva o defensa en juicio actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley[29]. Si bien se ha conferido jerarquía constitucional a la cosa juzgada, en razón de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce fundamento en los derechos de propiedad y defensa en juicio, y que la estabilidad de las decisiones judiciales constituye un presupuesto ineludible para la seguridad jurídica, también se han reconocido numerosas excepciones en los casos de fraude procesal, o ante la falta de

[24] STC 19/2004, de 23 de febrero; STC 191/2003, de 27 de octubre; STC 181/2003, de 20 de octubre; STC 138/2003, de 14 de julio; STC 67/2003, de 9 de abril.

[25] STC 99/2003, de 2 de junio.

[26] STC 191/2003, de 27 de octubre; STC 9/1981, de 31 de marzo.

[27] STC 191/2003, de 27 de octubre.

[28] SSTS de 03-06-04 en recurso nº 2175/98; de 11-10-96 en recurso nº 4016/92; de 07-04-97 en recurso nº 288/97; de 25-06-97 en recurso nº 2207/93 y de 24-09-99 en recurso nº 155/95.

[29] SSTC 49/2004, de 30 de marzo; 140/2001, de 18 de junio; 262/2000, de 30 de octubre; 218/1999, de 29 de noviembre; 48/1999, de 22 de marzo; 19/1995, de 24 de enero; 231/1991, de 10 de diciembre; 119/1988, de 20 de junio.

un proceso contradictorio donde el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba[30].

Aunque el acápite aparenta sumergirnos en una contradicción irresoluble, el problema es de fácil resolución: si existió rebeldía involuntaria no hay cosa juzgada, puesto que la cosa está "mal" juzgada. Si la rebeldía fue voluntaria la cosa juzgada goza de todo su imperio.

La cosa juzgada como afirmación indiscutible y obligatoria para los jueces de todos los juicios futuros de una concreta voluntad de la ley, que reconoce o desconoce un bien de la vida a uno de los litigantes[31], ya no es algo que condicione con vocación de definitividad al rebelde afectado por ella. La firmeza de una sentencia puede ser putativa o real, según haya existido o no indefensión.

Pero, ¿y la seguridad jurídica? dirán muchos. ¿Qué de los derechos adquiridos por terceros, imaginemos de buena fe y a título oneroso, en función de lo declarado en la sentencia que luego se derriba? Bueno, ¿pero el fin del derecho no es la justicia? plantearán otros. Por nuestra parte sostenemos que una sentencia, colofón de un proceso sin contradictorio, es ontológicamente una no sentencia[32].

Las razones de seguridad jurídica que concurren a justificar el instituto de la cosa juzgada requiere la existencia de un trámite anterior contradictorio en el que se hayan respetado sustancialmente las exigencias de la garantía de la defensa en juicio.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de España trata de modo específico la rescisión de una sentencia ya firme a petición del condenado por ella que, además, se encontraba rebelde. La moderna ley española aborda y disciplina la institución de un modo eficiente, salvaguardando el principio de debido proceso legal. Supera en consecuencia a nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina que mantiene un sorprendente desinterés frente a la figura.

La institución referida no sólo se dirige a privar de firmeza una sentencia, sino a dejar sin sentencia al proceso. Entonces, un proceso terminado con el dictado de sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada –inclusive material- sólo quedará aparentemente concluido; pues aparece el demandado, contumaz él, volviendo todo a fojas cero. Se trata entonces, de la impugnación de sentencias carentes de pendencia.

Los casos de rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde han sido favorablemente recibidos por nuestros tribunales, si y sólo si el contumaz acredita que su incomparecencia no le fue imputable, interés legítimo y ausencia de convalidación.

El interés digno de tutela judicial del rescindente es elemental para la procedencia del remedio impugnativo extraordinario, pues siempre el interés es la medida de las acciones. Es que, como principio general, no existen nulidades procesales en el sólo

[30] CSJN, 14 de septiembre de 1987, Fallos 310:1797.

[31] QUEVEDO MENDOZA, Efraín, Cosa juzgada, preclusión y resoluciones incidentales, p. 597.

[32] No queremos decir con esto que se trate de un acto inexistente. La doctrina de la inexistencia de los actos jurídicos no se aplica en este supuesto puesto que, si bien la violación del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión es un vicio de gravedad, es un defecto subsanable por convalidación del afectado.

interés de la ley. Cabe recordar que las nulidades procesales, por su carácter relativo, son convalidables, pues quedan purgadas por el consentimiento aún tácito del rebelde.

En el derecho procesal español existen nulidades procesales sistematizadas como de pleno derecho, en los casos enunciados en el art. 225 de la LEC. Además, el mismo cuerpo normativo dispone que son nulos los actos de comunicación que no se hubiesen realizado conforme los prescripto; pero si el afectado por la nulidad que toma conocimiento de ella, no la denuncia en su primer acto de comparencia ante el Tribunal, tal vicio queda purgado, subsanado, convalidado. El derecho procesal civil argentino contiene disposiciones análogas.

III. EL VALOR DEL SILENCIO EN EL PROCESO

La rebeldía se funda en el silencio. Ahora, ¿cómo valor esa abstención del demandado?

Compartiendo el pensamiento de Mercader, el silencio humano es inexpresivo cuando aparece aislado y no permite que se lo refiera a ninguna situación antecedente, pero en la dinámica del proceso civil su inexpresividad es absolutamente imposible, porque el proceso constituye una unidad sistematizada y correlacionada que se regula y organiza sobre la base del conocimiento pleno de la actividad que antecede, lo que, al excluir la idea de ignorancia como sinónimo de información no recibida, posibilita establecer una relación constante y necesaria entre el momento de ese silencio y las etapas procesales que le preceden y están destinadas a recibirlo[33].

La idea responde a la interpretación armónica del Código Civil Argentino que expresa que "la expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria[34]"; "el silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos de que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes"[35] y "la expresión de la voluntad puede resultar igualmente de la presunción de la ley en los casos que expresamente los disponga"[36].

El silencio no es ajeno al Derecho. La ciencia jurídica históricamente se ha ocupado de él. En materia de derecho público, bien conocemos el efecto del silencio de la Administración o el silencio del Poder Legislativo en materia de refrendos, por ejemplo. En derecho privado, sabemos qué sucede en el caso de que el asegurador guarde silencio frente a la reclamación del asegurado (art. 56, ley argentina de seguros nº 17.418), conocemos la aceptación tácita que constituye el silencio frente a liquidaciones de deuda en materia de cuenta corriente bancaria y de tarjetas de crédito. Los ejemplos son

[33] MERCADER, Amílcar, *El silencio en el proceso*, p. 471.

[34] art. 918.

[35] art. 919.

[36] art. 920.

innumerables. Es que parece ocioso decirlo pero todos los actos jurídicos son acciones u omisiones.

En el proceso civil el silencio u omisión inspira grandes principios e instituciones. La preclusión se funda en el silencio. Las resoluciones judiciales quedan firmes cuando se omite impugnarlas a su tiempo. Las etapas procesales se cierran aunque los litigantes callen. Todo aquel contra quien se presente en juicio un instrumento privado firmado por él, está obligado a declarar si la firma es o no suya[37]. Lo que no se hizo en su momento no puede editarse después. El proceso avanza a pesar del silencio.

1. EL SILENCIO FRENTE AL EMPLAZAMIENTO

Frente a la citación al proceso, dentro de todas las actitudes posibles, el demandado puede mostrarse activo o pasivo; desarrollando toda una gama de posibilidades entre estos dos extremos.

Oponer resistencia a la demanda, a la jurisdicción, a la competencia, al juez de la causa, reconvenir, excepcionar, negar los hechos expuestos por la actora, invocar hechos modificativos, extintivos o impeditivos, admitir hechos, reconocer derechos, allanarse total o parcialmente, o tan solo comparecer. Estas son las múltiples actitudes del demandado frente a la demanda.

A fin de establecer los efectos que la rebeldía produce frente a los hechos expuestos en la demanda, debemos remitirnos a las consecuencias de la falta de contestación de ésta.

a) el demandado sólo comparece: es la simple personación. No contesta la demanda. El juez podrá considerar su silencio como admisión tácita de los hechos expuestos en la demanda, especialmente aquellos hechos que le son perjudiciales[38]. Se trata de una presunción judicial.

b) el demandado contesta la demanda pero, frente a la carga de reconocer o negar los hechos vertidos por el demandante, guarda silencio o responde evasivamente. La solución es idéntica a la del apartado anterior.

c) el demandado contesta la demanda, reconoce todos los hechos pero no la pretensión de la actora, sin incorporar hechos extintivos, modificativos ni impeditivos. No existen hechos controvertidos. La litis se sustanciará como una cuestión de puro derecho, prescindiéndose de la apertura de la causa a prueba[39].

d) el demandado debidamente citado no comparece: se declarará su rebeldía. Aquí es donde las leyes procesales revelan sus falencias. De ello nos ocuparemos en el punto siguiente.

---

[37] Transcripción textual del art. 1.031 del Código Civil Argentino.

[38] art. 405.2, LEC; art. 356, inciso 1º, CPCCN; art. 168, inciso 1º, CPC. En la ley procesal española, a diferencia de los códigos argentinos, no existe la carga de constituir domicilio *ad litem*, por lo que tal omisión no es un presupuesto de la rebeldía como se disciplina en Argentina.

[39] art. 428.3, LEC; art. 360, inciso 4º, CPCCN; art. 177-XIII y XIV, CPC.

Es una carga de la parte[40], expresiva de su deber de colaboración con la justicia, sustentar sus pretensiones en una (mínima) fundamentación fáctica y jurídica, sin que a este Tribunal corresponda construir de oficio las demandas, supliendo así las inexistentes razones de los demandantes.

El Tribunal Constitucional de España en materia penal, invocando la doctrina del caso ”Murray” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha pronunciado que la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa, ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación.

Continúa el Tribunal expresando que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que empece tanto una condena sin pruebas como una condena anticipada, da idea de la relevancia de un derecho que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura, así como a la obligación de motivar o razonar el resultado de la valoración probatoria. Así pues, el derecho a ser presumido inocente, que no es a ser declarado inocente, demanda que toda condena venga sustentada en pruebas de cargo válidas, de verdaderos actos de prueba. A falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que los hechos constitutivos del delito se establezcan no sobre la base de simples sospechas o conjeturas, sino a partir de hechos plenamente probados o de indicios, mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano que se explicite en la Sentencia condenatoria. O, de otro modo, cuando la culpabilidad se infiera de prueba indiciaria: el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia ha de ser coherente, lógico y racional, entendida la razonabilidad, como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes.

En cuanto al silencio del imputado –agrega-, aún producto del legítimo ejercicio del derecho a no declarar, resulta enteramente contraria a la reacción lógica de una persona supuestamente involucrada contra su voluntad en un delito. Como siempre el acusado niega su participación en el delito que se le imputa, a falta de prueba directa, no cabe sustentar la condena sino en un juicio de inferencia lógica expresivo de la convicción alcanzada al valorar el conjunto de los elementos de prueba disponibles.

Ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria o bien fuese la consecuencia del solo hecho de haber optado la recurrente por guardar silencio.

La claridad del fallo es edificante. El sistema de apreciación de las pruebas basado en la libre convicción, opuesto al sistema de las pruebas tasadas, tiene dos vertientes: el

[40] STC 202/2000, de 24 de julio. Ver además: SSTC 11/1998, de 13 de enero, 36/1994, de 10 de febrero, 118/1998, de 4 de junio.

de la íntima convicción (propio del veredicto de los jurados del derecho anglosajón) y el de la sana crítica racional, que es el propio de nuestros sistemas procesales.

En el primero, el silencio bien bastaría, puesto que es una regla de la experiencia que el acusado inocente alce su voz contra la imputación injusta. En cambio, nuestro sistema requiere motivación razonada exteriorizada; es decir, el juez debe exteriorizar su proceso lógico. Pero ese proceso lógico está complementado por las reglas de la experiencia (curso natural de las cosas, género inclusivo de la fenomenología de la conducta humana).

El silencio del incriminado en el proceso penal o del demandado en el proceso civil, por sí nada indica, pero contextualizado y vinculado a elementos de cargo, construye la convicción del juzgador.

Frente al silencio del demandado, la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina se ha mostrado algo errática. En algunos casos ha resuelto que la contestación negativa general de la demanda, obliga al actor a la prueba de los extremos en que funda la acción[41]. Como vemos, muestra aquí tolerancia a tal *infitatio* cuando es incompatible con el art. 356 inciso 1º del CPCCN.

En otros casos sostuvo que la simple negativa en la contestación de la demanda, supeditada al resultado de la prueba, no comporta la articulación tácita de excepciones de carácter legal[42] ni material[43]. El hecho expuesto en la demanda no controvertido en el responde debe tenerse por cierto[44], al igual que el documento (objeto representativo del hecho a probar) no impugnado[45].

En cuanto a la presunción de verdad de los hechos expuestos por el actor mediando silencio o respuesta evasiva del demandado, ha considerado que la facultad que la ley procesal confiere al juez para dar por reconocidos los hechos no puede ser ejercida cuando las constancias de autos desvirtúan las afirmaciones contenidas en la demanda[46].

Finalmente en cuanto a la incontestación de la demanda expresó que ello importa una presunción favorable a los derechos invocados en la misma, que, en principio, sólo puede ser desvirtuada por la prueba en contrario; por lo que debe rechazarse la defensa opuesta en el alegato[47] (por extemporánea, agregamos).

2. LA FIJACIÓN PROCESAL DE LOS HECHOS

En el proceso civil y tratándose de derechos disponibles, los litigantes son soberanos en lo fáctico. El juez, soberano en lo jurídico, en lugar de tener que ajustarse estrictamente a la realidad exterior, ha de ceñirse a las afirmaciones de las partes en litis. Los hechos introducidos al proceso por las partes son vinculantes para el juzgador: no

[41] CSJN, Fallos 262:172.

[42] CSJN, Fallos 178:223.

[43] CSJN, Fallos 186:316.

[44] CSJN, Fallos 178:9; 187:392.

[45] CSJN, Fallos 187:613.

[46] CSJN, Fallos 182:218.

[47] CSJN, Fallos 181:245.

puede considerar un hecho que no haya sido afirmado por alguno de los litigantes, ni omitir un hecho afirmado por ambas partes[48]. La realidad del proceso (*quaestio facti*) es la que las partes presentan al juez y no otra. De allí el adagio romano *quod non est in actis non est in mundi*.

De este modo se construye la verdad relevante para el proceso. Con la demanda el actor introduce sus hechos y con la contestación a la demanda se establecen, con irrevocable objetividad y certeza, los límites de las contradicciones litigiosas que se someten al conocimiento y decisión de los jueces[49].

El juicio principia con la demanda, en la que se exponen numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fija con claridad y precisión lo que se pide. Los hechos se narran de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresan los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formulan, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante[50]. Esta es la carga del actor.

Como contrapartida, el demandado tiene a su cargo contestar la demanda exponiendo los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales. Han de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales[51].

Cuando la materia discutida refleja derechos subjetivos privados y el interés público no está comprometido, el fin del proceso no es tanto la averiguación de la verdad como la sentencia que concluya la disputa.

Se sostiene que el fin del proceso judicial es "resolver un conflicto de la forma más justa posible; para ello es esencial el conocimiento de los hechos por quien debe juzgar"[52]. Compartimos la idea entendiendo el vocablo "resolver" en la acepción de "tomar una determinación fija y decisiva" y no como "hallar la solución de un problema"[53], puesto que esto último sólo es factible mediante la autocomposición, sea directa, mediada o intervenida. Huelga hacer notar que al litigante perdidoso no le conforta la sentencia por más justo que sea objetivamente el pronunciamiento. Entonces, el conflicto se dirime mediante el dictado de una norma individual (sentencia) que reconoce o desconoce el bien de la vida reclamado por el actor.

---

[48] Se impone la genial exposición de Carnelutti sobre el punto. Léase "*La prueba civil*", p. 3 y ss.

[49] CSJN, del voto del juez Amílcar Mercader, Fallos 262:283.

[50] art. 399, LEC; art. 330, CPCCN; art. 165, CPC.

[51] art. 405, LEC; art. 356, CPCCN; art. 168, CPC.

[52] Conclusiones del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos, República Argentina, entre los días 12 y 14 de junio de 2003.

[53] Acepciones según Diccionario de la Real Academia Española, edición 22º.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional de España[54], el principio dispositivo, característico del proceso civil, que se opone al principio de oficialidad o inquisitivo, entraña un poder de disposición sobre el ejercicio de la acción y el objeto del proceso. Ello supone, además de un poder de disposición de las partes sobre el derecho material -con excepción de aquellos procesos en que predomina un interés público- y de un paralelo poder de disposición sobre la pretensión de las partes fijadas en los escritos de demanda y contestación. Que el fallo de la sentencia no otorgue más de lo pedido por el actor o menos de lo resistido por el demandado, ni omita pronunciarse sobre una de las pretensiones formuladas u otorgue cosa distinta de lo pedido. Las sentencias deben ser congruentes con las demandas y demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito.

Estrechamente relacionado con el principio anterior, se encuentra el principio de aportación de parte, aplicable al proceso civil, una de cuyas manifestaciones consiste en que la actividad probatoria ha de recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes, y cuya consecuencia es que ninguna prueba es necesaria, ni el Juez puede tomarla en consideración, cuando recaiga sobre hechos que no hayan sido afirmados por las partes en sus alegaciones o que no hayan sido discutidos por las mismas.

De lo dicho se desprende que si la demanda es el camino formal a través del cual se ejercita la acción, la contestación determina de forma definitiva el objeto del proceso, es decir, el objeto sobre el cual se debe pronunciar el órgano judicial (art. 540 LEC); y, en consecuencia, sólo sobre los hechos que constituyen el objeto del proceso alegados en los escritos de demanda y contestación puede versar el material probatorio que acude al proceso civil.

La vigencia de los principios anteriores ha sido puesta de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional cuando afirmara que el régimen de la prueba en los procesos civiles se rige por el principio dispositivo, de acuerdo con el cual corresponde a la parte solicitar la práctica de la prueba y velar por su cumplimiento, y que el régimen legal que articula un determinado período dentro del proceso, con el fin de que la práctica de las pruebas se realice dentro de él y sólo dentro de él, debe entenderse acomodado a las exigencias constitucionales[55]. Es a la parte a quien incumbe probar la verdad de sus afirmaciones[56].

El principio dispositivo constituye uno de los pilares del proceso civil. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha dejado este principio a salvaguarda y lo ha acendrado aún más que su antecedente normativo. Constancia de ello es la prohibición de medidas para mejor proveer dictadas de oficio. Hoy, sólo a instancia de parte pueden practicarse diligencias probatorias finales[57].

---

[54] ATC 354/1991, de 25 de noviembre. Se recomienda la lectura íntegra del citado auto que constituye una ilustrada pieza que medita acerca de la verdad en el proceso civil.

[55] STC 149/1987, de 30 de septiembre.

[56] art. 282, LEC; art. 377, CPCCN; art. 179, CPC. Cfme. ATC 73/1983, de 23 de febrero.

[57] art. 435, LEC. La posición de la LEC 1/2000 es la adecuada desde el punto de vista de la política judicial, del derecho procesal y del derecho constitucional. La iniciativa probatoria del juez rompe el delicado equilibrio de la relación jurídica procesal que supone un tribunal imparcial. Un juez que asume

3. EL SILENCIO DEL REBELDE

Anticipamos que nuestras leyes procesales se muestran algo pesimistas en el tratamiento de los efectos de la rebeldía en función de los hechos y la pretensión contenidos en la demanda.

Esta actitud normativa ha inspirado frecuentemente en nuestros jueces un recelo frente a la rebeldía. A pesar de una contumacia firme, nuestros tribunales mayoritariamente abren la causa a prueba como si existiesen hechos controvertidos, sin siquiera aliviar al actor de la carga probatoria. Ya célebre por lo patológico es el caso referido por Eisner en donde, a causa de la rebeldía, se declaró la cuestión como de puro derecho y luego el juez, al sentenciar, desestimó la demanda porque los hechos no se habían probado[58]. Despropósito absoluto que sólo halla explicación en una vacilante política legislativa y judicial.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de España disciplina los efectos de la rebeldía del siguiente modo: la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario (art. 496.2). Esta posición legislativa, prima facie indubitable, resulta inconsistente si realizamos una interpretación sistemática de la nueva ley procesal hispana.

La inconsistencia del sistema queda evidenciada cuando la ley procesal coloca en una posición más gravosa a sus intereses a quien comparece y no contesta, que a quien adopta una conducta de total abstención. ¿Es que el silencio del personado es más concluyente que el del rebelde? Parece que así es para nuestro derecho procesal positivo.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina corre similar suerte. La disposición pertinente es la que sigue: la sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en el art. 356, inc. 1[59]. En caso de duda, la rebeldía declarada

---

las cargas procesales de los litigantes, se termina convirtiendo en un no juez. No consideramos con ello que el juez deba asumir una actitud pasiva. El juzgador no es un espectador del proceso, es un sujeto que interviene activamente en la conducción del proceso garantizando la igualdad de los litigantes y asume al sentenciar un protagonismo excluyente. Nos pronunciamos decididamente en contra de las medidas de prueba ordenadas derechamente de oficio.

[58] EISNER, Isidoro, Algo más sobre “rebeldía”, “carga de la prueba” y “cuestiones de puro derecho”, p. 910.

[59] el art. 356 del CPCCN regula el contenido y requisitos de la contestación de demanda en el proceso ordinario, indicando que el demandado deberá “... 1) reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos privados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen. Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso. No estarán sujetos al cumplimiento de la carga precedente, el defensor oficial y el demandado que interviniere en el proceso como sucesor a título universal de quien participó en los

y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración (art. 60).

Esta norma carece de coherencia interna. Si la sentencia debe pronunciarse según el efecto del silencio o de la evasiva respuesta del demandado, ¿cuándo se está en duda?

Tal espíritu normativo posiblemente halle arraigo en arcaicas concepciones procesales en las cuales un proceso sin demandado resultaba inconcebible. El *ordo judiciorum privatorum*, la *extraordinaria cognitio*, la época de las *legis actionis* y el propio procedimiento formulario implicó una vocación contractualista del proceso. La *litiscontestatio* era el acto de entrada de las partes al proceso y el cierre de la instancia *in jure* determinativa del *thema decidendum* a fallar por el *judex*[60]. La *Lex Julia* consolidó la concepción contractual. Mediante la litisconstestatio los litigantes se sometían a un programa de puntos litigiosos a fin de su heterocomposición por el juez. Dada la naturaleza convencional expresada, la actuación de actor y demandado era indispensable. Producida la litiscontestatio la litis pasaba al dominio judicial, generándose dos efectos importantes: 1) el consuntivo o imposibilidad de promover una nueva demanda sobre la materia; 2) el novatorio, extinguiéndose la obligación causal mediante la novación operada por la obligación *nova* de someterse al futuro mandato que la sentencia contuviera. Como podemos advertir la construcción es convencional y sin consentimiento de partes no hay convención.

Con el tiempo la *Clementina Saepe* (1306), suprimió la *litiscontestatio* y, con ello, admitió el proceso en rebeldía. El proceso quedó despojado del influjo de doctrinas contractualistas o cuasicontractualistas.

Ya en la España medieval, encontramos una visión de la personación como deber. Las Partidas reflejaban tal concepción: la "rebeldía es como soberbia o desdén o desmandamiento e non querer venir ante el juzgador a quien deben obedecer como mayoral" (Ley 9, Tít. 23, Part. 32). Pero el examen del ordenamiento procesal aragonés de la Edad Media demuestra que la *litiscontestatio* había entrado en crisis y que la litis –relación jurídico procesal- quedaba constituida con la citación[61]. Esto es lo que entendemos actualmente por "traba de la litis".

De este modo la comparencia y contestación de la demanda pasó de ser un deber a convertirse en una carga procesal; un imperativo en el propio interés del litigante[62].

En definitiva, carga y obligación no es más que la expresión de la antítesis kantiana entre imperativo hipotético e imperativo categórico. Como explicara Carnelutti, los dos conceptos tienen en común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero difieren en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el

---

hechos o suscribió los documentos o recibió las cartas o telegramas, quienes podrán reservar su respuesta definitiva para después de producida la prueba".

[60] Consúltese FAIREN GUILLÉN, Víctor, Estudios *de derecho procesal*, p. 17 y ss.

[61] GÓNZÁLEZ, Atilio C., *Silencio y* rebeldía *en el proceso civil*, p. 122. No ingresaremos, por exceder el cometido del presente trabajo, en el análisis normativo aragonés. Sin embargo, convendrá su estudio, en especial la Compilación de Huesca de 1247. Se recomienda asimismo la lectura de la obra ya citada de FAIREN GUILLÉN.

[62] CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, p. 217 y ss.

vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y, cuando hay carga, para la tutela de un interés propio. Quien siendo citado no comparece pierde la oportunidad de ser oído, de proponer e impulsar toda la actividad que haga a su derecho (o al menos, a su defensa). Precluye entonces el derecho del litigante, quien sólo podrá comparecer y actuar en sucesivas etapas procesales sin que pueda retrogradarse el proceso[63].

¿Qué indica entonces el silencio del rebelde?

La omisión total de contestación de la demanda constituye presunción favorable a las afirmaciones (alegaciones) de la actora, que sólo pueden ser desvirtuadas por prueba contraria. Si, en el caso, tal prueba en contrario no se ha producido, siendo toda la traída a la causa aportada por el demandante, la circunstancia de que esa prueba no sea perfecta no impide, sin embargo, que baste para llevar al convencimiento de la realidad de los hechos de la demanda, porque la ya aludida omisión total de desconocimiento por parte de la accionada, impide desconocer valor a los elementos existentes en los autos[64].

La falta de contestación de la demanda faculta al juez para dar por reconocidos los hechos establecidos en ella, facultad que es de pertinente ejercicio en tanto las constancias de los autos no desvirtúen las afirmaciones del actor[65].

Así como el hecho admitido expresamente está exento de prueba para quien lo afirmó y para quien lo admitió, en virtud del principio dispositivo, el hecho admitido tácitamente debe quedar exento de prueba para quien lo afirmó, quien debe beneficiarse con un presunción de verdad[66].

IV. LA REBELDÍA COMO FUNCIONAL AL PROCESO CIVIL

Acercándonos al desenlace de nuestro cometido, propiciamos una visión funcional de la rebeldía dentro del proceso civil. Un instituto que quiebre su estática y aporte fecundidad al procedimiento judicial.

Recurrimos aquí a la asistencia de una regla-valor jurídico que mucho nos ha aportado y lo seguirá haciendo: la buena fe.

El principio de buena fe, que campea a lo ancho de todo el Derecho[67], fue introducido a la legislación procesal por la Ordenanza Civil austríaca, proyectada por Klein, que prescribe a las partes *alegar íntegra y detalladamente todas las circunstancias efectivas para fundar, en el caso concreto, sus pretensiones con arreglo a la verdad*.

---

[63] LEC, art. 499; CPCCN, art. 64.

[64] CSJN, Fallos 259:364.

[65] CSJN, Fallos 262:458. En Fallos 288:170 la Corte dijo: "Corresponde atribuir veracidad a los hechos invocados por la actora y autenticidad a la documentación que acompañó, si la demandada no ha cumplido las exigencias del art. 356 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la contestación de la demanda".

[66] Cfme. FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, El principio de demanda y los hechos exentos de prueba, p. 48.

[67] La Corte Suprema Justicia de Argentina tiene dicho que "el principio cardinal de la buena fe rige por igual en el campo del derecho privado y en el del derecho público" (24 de noviembre de 1988, Fallos 311:2385).

Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros[68].

Carnelutti recuerda que el móvil en que se funda la búsqueda de los hechos como carga de la parte es el propio interés en litis. Pero ésta -agrega el célebre italiano- es un arma de doble filo: lo mismo que puede inducir al litigante a narrar los hechos verdaderos que le son favorables, puede conducirlo a silenciar los hechos que le sean adversos y, peor aún, a introducir en el proceso hechos falsos. Para salud del proceso, la única medicina contra este mal es el contradictorio[69].

Si bien el deber de veracidad es una norma más programática que operativa[70], es de esperar –y lo sostenemos despojándonos de toda inocencia- que como consecuencia del contradictorio y la aplicación de costas procesales según el criterio chiovendano de la derrota y demás sanciones procesales, las partes (y sus abogados, fundamentalmente) expresen los hechos verdaderos. Claro que es factible -nuestra experiencia forense nos lo indica- que el justiciable calle los hechos que le son desfavorables; pero la mentira desenfadada es menos frecuente. Con todo, el Derecho y sus manifestaciones se construyen sobre lo normal, no sobre lo patológico.

Podetti diseñó la siguiente norma para el código procesal mendocino vigente: los litigantes, sus representantes y abogados, tienen el deber de actuar lealmente y con probidad, expresando al tribunal los hechos verdaderos; pueden ser objeto de sanciones si se apartaren de estos principios y pasibles de los daños y perjuicios que su actitud maliciosa o deslealtad ocasionare[71].

Nos preguntamos: si el litigante debe actuar con buena fe y, según ciertas leyes procesales, diciendo verdad, ¿por qué entonces para la ley procesal el silencio del rebelde no es concluyente? Máxime considerando que es deber colaborar con el juez en el curso del proceso (art. 118, CE).

Las leyes procesales disciplinan las consecuencias que se infieren del silencio. El silencio del litigante como reconocimiento de los hechos que le son desfavorables que fueran afirmados por su contrario reciben acogida legislativa en la denominada prueba de confesión o de absolución de posiciones. El mismo trato recibe la negativa de llevar a cabo las diligencias preliminares[72]. En el primer caso en calidad de presunción judicial[73] o

---

[68] CSJN, 320:521; 312:1725.

[69] CARNELUTTI, Francesco, citado por GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Los hechos y la verdad en el proceso por audiencias*, p. 129/130.

[70] Programática porque la búsqueda de la verdad es una actitud y actividad que el orden jurídico promueve. Como ninguna persona puede ser compelida a declarar contra sí misma (art. 18, Constitución Argentina; art. 17.3, Constitución Española) el Derecho no puede más que promover las alegaciones verdaderas; salvo que el litigante incurra en fraude procesal, temeridad o malicia en donde la sanción se impone.

[71] CPC, art. 22.

[72] art. 261, LEC.

[73] art. 304, LEC.

bien reconocimiento[74]; en el segundo, como admisión. Mediando pretensión de filiación verosímil o razonable, la negativa del demandado a someterse a la realización de pruebas biológicas constituye indicio contrario a la posición sustentada por el renuente[75].

El régimen de la prueba también colabora en nuestra misión. El derecho procesal determina hechos que quedan exentos de prueba.

Sólo es objeto de prueba el hecho controvertido. Además dicho hecho debe ser conducente, es decir, relevante para formar la convicción judicial. Una afirmación de hecho concorde, exime su prueba. No es que el hecho esté probado en la litis pero, como las partes detentan la disponibilidad fáctica, es inútil pensar que el hecho no existió.

El régimen de la aportación de prueba documental también nos ayuda en nuestra conclusiones. Dado que el actor debe, conjuntamente con la demanda, ofrecer toda la prueba documental de la cual pretenda valerse (acompañando además al proceso la que tuviere en su poder) y como de dicha prueba se le corre traslado al demandado, el silencio de éste frente a ellas acarrea la consecuencia de tener por reconocidos dichos documentos, siempre que a él le fueren atribuidos. Por ello la admisión tácita de los hechos afirmados por el actor motivada en el silencio del rebelde, quedará –de ordinario- complementada con pruebas de cargo de naturaleza documental. Cabe además recordar que el reconocimiento es un medio de certeza, no de prueba[76].

La rebeldía no es allanamiento ni puede asimilarse a éste. La contumacia de la demandada da por reconocidos los hechos expuestos en la demanda pero no la pretensión, ya que ésta puede ser jurídicamente inadmisible o carecer de sustentación suficiente para su admisión[77]. El juez, dijimos "soberano en el derecho", tiene el poder-deber irrenunciable de examinar y valorar la legitimidad intrínseca de la pretensión.

Para garantía del sistema dos elementos implican un obstáculo a la admisión de los hechos por la vía del silencio del demandado: el orden público y la prueba legal o necesaria.

Es que ni el principio de preclusión ni el silencio del rebelde pueden legitimar situaciones inconciliables con el orden público. Lo contrario importaría desnaturalizar el proceso judicial hasta el punto de convertirlo en un medio apto para convalidar transgresiones a normas imperativas. Entonces, el silencio guardado por uno de los litigantes en determinado tramo del juicio frente a la afectación de un derecho indisponible tendría más virtualidad que un contrato para privar de efecto a las leyes en

---

[74] El Código Procesal Civil de Mendoza establece que los litigantes están obligados a comparecer y a declarar (art. 186). Si no compareciere sin justa causa "se tendrán por ciertos los hechos contenidos en el pliego de posiciones, salvo prueba en contrario".

[75] Ley de Bancos Genéticos de Argentina nº 23.511, art. 4. Comentando esta norma, Zannoni expresa que la ley no hace más que recoger un axioma que la realidad muestra, pues resulta lógico presumir que quien no quiere develar la verdad, algo tiene que ocultar (ver: ZANNONI; Eduardo A., *Identidad personal y pruebas biológicas*, p. 168).

[76] CARNELUTTI, Francesco, op. cit. , p. 246.

[77] Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Buenos Aires, Sala VIII, 28 de febrero de 1995, Revista Derecho del Trabajo, Tomo 1995-B, p. 1415.

que se encuentra comprometido el interés general[78], lo que no de ninguna manera es aceptable.

Del mismo modo, cuando la ley exige que un hecho deba probarse con determinado medio, no puede prescindirse de él. En el derecho argentino los ejemplos son múltiples. Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos[79]. Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescrita, salvo excepciones determinadas por la misma norma[80]. Las circunstancias de nacimiento y de muerte, el estado filial y el nombre de las personas sólo puede probarse mediante las respectivas partidas de Registro Civil[81].

V. CONCLUSIÓN

Encabezamos el presente trabajo citando el fallo en el Caso "Colalillo", señera sentencia que en Argentina es siempre invocada por un sector de juristas de espíritu inquisitivo como su gloria. Pero corresponde colocar las expresiones de la Corte en su punto.

El máximo tribunal no atribuye al juzgador el deber de buscar la verdad, sino que le indica que no es posible prescindir de la realidad. ¿Y cuál es esta realidad? Ni más ni menos que la *quaestio facti* que los litigantes someten a su conocimiento y decisión. En "Colalillo" se dijo "que la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Es en efecto exacto que, por lo regular, a fin de juzgar sobre un hecho, no cabe prescindir de la comprobación del modo de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados" (considerando 7º).

Se insiste en pregonar –con razón- que el rito no debe hacer del proceso un compartimiento estanco de la realidad. El derecho a alegar y a probar dichas alegaciones goza de amparo constitucional y las formas procesales, por su propia instrumentalidad, no pueden constituir valladares para la introducción y acreditación oportuna de la *quaestio facti*[82].

La propia Corte ha precisado aún más su posición refiriendo que las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio; todo lo cual no puede lograrse si se

[78] CSJN, Fallos 320:1696.

[79] Art. 1193, Código Civil.

[80] art. 1191, Código Civil. Las excepciones a la prueba necesaria son taxativas: 1) cuando hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley; 2) cuando hubiese principio de prueba por escrito; 3) cuando la cuestión versare sobre vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación, o falsedad de los instrumentos de donde constare; 4) cuando alguna de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato.

[81] art. 79, 104 y cc., Código Civil.

[82] CSJN, Fallos 320:463; 316:1930.

rehuye atender a la verdad objetiva de los hechos que aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio[83]. Por ello es que las líneas que hemos escrito a lo largo de esta composición no se oponen en lo absoluto al pronunciamiento del máximo tribunal argentino, que reconoce con plenitud los principios de disposición procesal y de justicia rogada.

Por último, es intención ofrecer nuestro aporte, exhortando el rescate del valor funcional de la rebeldía dentro del proceso civil.

No dudamos en afirmar que el absoluto silencio del demandado, como respuesta opuesta a un emplazamiento eficaz a comparecer y ejercer su defensa, cabe ser estimado como admisión tácita de los hechos posibles (jurídica y físicamente) afirmados por el actor, salvo prueba en contrario o falta de prueba cualificada requerida por la ley. Sólo si el "caso civil" encierra derechos indisponibles o existe orden público comprometido, ante la negligencia de parte, corresponde al juez procurar la comprobación del presupuesto de hecho de la norma cuya aplicación se reclama[84]. De tal modo, fijados los hechos, el juez admitirá o desestimará la demanda juzgando la legitimidad intrínseca de la pretensión, en el pleno ejercicio de su jurisdicción.

El juez civil que condena al rebelde no debe temer la injusticia de su fallo. Si el silencio del rebelde fue no querido (rebeldía involuntaria) y sus defensas son dignas de tutela, oportunamente el contumaz podrá rescindir la sentencia solicitando *his day in Court*.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México, UNAM, 1972.

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, VII volúmenes, Buenos Aires, Ediar, 1956/1965.

- *Influencia de la ley española de enjuiciamiento civil de 1855 en la legislación procesal argentina*. En: Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, año XIII, 1955, 1º parte, p. 27.

ARAZI, Roland, *El proceso en rebeldía (necesidad de su reforma).* En: Revista La Ley, tomo 1982-A, p. 681.

- *Derecho Procesal Civil y Comercial*, dos tomos, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

- *El sistema dispositivo y los hechos*. En: MORELLO, Augusto M. (Director), Los hechos en el proceso civil, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 71.

BERIZONCE, Roberto Omar, *El fin social del proceso y la importancia de los hechos*. En: MORELLO, Augusto M. (Director), Los hechos en el proceso civil, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 51.

[83] CSJN, Fallos 310:870.

[84] Como es el caso del régimen de la prueba en materia de filiación. Al respecto el Código Civil argentino establece "En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte" (art. 253).

BERTOLINO, Pedro J., *Sobre el derecho al silencio del imputado en el proceso penal*. En: Revista El Derecho, Tomo 89, Buenos Aires, p. 805.

CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, 2º edición, Buenos Aires, Depalma, 1982. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Apéndice de Giacomo P. Augenti.

COUTURE, Eduardo J., *Introducción al estudio del proceso civil*, 2º edición, reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1988.

DE LOS SANTOS, Mabel, *Los hechos en el proceso y la flexibilización del principio de congruencia*. En: MORELLO, Augusto M. (Director), Los hechos en el proceso civil, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 59.

DÍAZ, Clemente A., *La exposición de los hechos en la demanda*. En: MORELLO, Augusto M. (Director), Los hechos en el proceso civil, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 3.

EISNER, Isidoro, *Algo más sobre "rebeldía", "carga de la prueba" y "cuestiones de puro derecho"*. En: Revista La Ley, tomo 144, p. 910.

FAIREN GUILLÉN, Víctor, *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

FALCÓN, Enrique M., *La narración y la descripción de los hechos en la demanda*. En: MORELLO, Augusto M. (Director), Los hechos en el proceso civil, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 23.

FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, *El principio de demanda y los hechos exentos de prueba*. En: MORELLO, Augusto M. (Director), Los hechos en el proceso civil, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 47.

GONZÁLEZ, Atilio Carlos, *El silencio y la rebeldía en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 1979.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Los hechos y la verdad en el proceso por audiencias*. En: MORELLO, Augusto M. (Director), Los hechos en el proceso civil, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 129.

LEDESMA, Ángela, *Nulidades procesales*. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 8, p. 325.

MARTÍN-BORREJÓN Y GARCÍA DE LA CHICA, Javier, *Los actos de comunicación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. En: Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, Nº 10, mayo-agosto de 2001, edición electrónica (www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica).

MAURINO, Alberto Luis, *Nulidades procesales*, 2º edición actualizada y ampliada, 1º reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2001.

MERCADER, Amílcar, *El silencio en el proceso*. En: AA.VV, "Estudios en honor de Hugo Alsina", Buenos Aires, Ediar, 1946, p. 225.

MORELLO, Augusto M., *La eficacia del proceso*, 2º edición ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.

PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, 10 tomos, segunda edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

PEYRANO, Jorge W., *Los hechos secundarios en el proceso civil*. En: MORELLO, Augusto M. (Director), Los hechos en el proceso civil, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 93.

PEYRANO, Jorge W. (Director) – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (Coordinador), *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 3 tomos, 2º reimpresión, Santa Fe, Juris, 1997.

PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de los actos procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1955.

QUEVEDO MENDOZA, Efraín, *Cosa juzgada, preclusión y resoluciones incidentales*. En: Revista La Ley, tomo 1997-D, 592.

- *Introducción de los hechos en el proceso civil*. En: MORELLO, Augusto M. (Director), Los hechos en el proceso civil, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 37.

OTEIZA, Eduardo, *El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?*. En: MORELLO, Augusto M. (Director), Los hechos en el proceso civil, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 79.

VESCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso civil latinoamericano*, México, UNAM, 1978.

- *La revisión de la cosa juzgada*, Revista El Derecho, Tomo 84, p. 835.

ZANNONI; Eduardo A., *Identidad personal y pruebas biológicas.* En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 13, p. 159.