

INDICE SUMARIO

VOLUMEN I

Presentación	VII
--------------------	-----

I

EL DERECHO PROCESAL

1. ÁMBITO Y CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL	5
2. PERFECCIONAMIENTO DE LA ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTO DE LA JUSTICIA	29
I. Antecedentes del tema	29
II. El procesalismo español	31
III. Desarrollo del discurso	33
a) Los antecedentes de la reforma	35
1) La organización	35
2) El proceso civil	37
3) El proceso penal	39
b) Los trabajos preparatorios	40
c) Las directrices de la reforma	41
1) La Ley de enjuiciamiento civil	42
2) Resistencia a toda reforma	46
3) Ámbito de la reforma	46
d) Manera de llevar a cabo la reforma	48
e) Resumen	50
IV. Contemplación general del discurso	50
V. Conclusión	52
3. PRIMER CONGRESO IBERO-AMERICANO Y FILIPINO DE DERECHO PROCESAL	55
1. La idea	55
2. Ámbito	56
3. Presencias diplomáticas y ausencias científicas	58
4. Las comunicaciones	58
5. Los informes de los ponentes	66
A) Informe del profesor Guasp	66
B) Informe del profesor Prieto-Castro	77

C) Informe del profesor Werner Goldschmidt	89
D) Referencia conjunta a los tres informes y a su discusión	94
6. Conclusión	96

II

JUECES Y ABOGADOS

4. DÍA DEL ABOGADO	101
5. LA CARRERA JUDICIAL EN LA ARGENTINA	113
6. JORNADAS SOBRE COLEGIACIÓN Y CARRERA JUDICIAL	119

III

A C C I O N

7. DE LA ACCIÓN A LA PRETENSIÓN EN LA DOCTRINA DE COUTURE	127
1. Carácter del presente trabajo	127
2. Dificultades del tema	129
3. Evolución de la doctrina de Couture sobre la acción	131
4. El sentido constitucional del concepto de acción	135
5. De la acción a la pretensión	137
6. Influencias	138
7. Prolongación de la trayectoria	140
8. Conclusión	141
8. ACCIÓN Y PRETENSIÓN	143
1. Introducción	143
2. La inquietud por el concepto de acción	147
3. Acción y derecho. El fantasma del derecho subjetivo	152
a) Derecho objetivo y derecho subjetivo	152
b) Poderes y potestades; derechos potestativos	155
4. La relatividad del concepto de acción	156
5. La pretensión. Pretensión sustancial, pretensión formal y objeto del proceso	157
6. La pretensión formal, la acción y el derecho a la jurisdicción	164
7. La sentencia en general; la sentencia justa; la sentencia favorable	170
8. La invocación del derecho. La afirmación. Sólo se puede accionar para obtener una sentencia favorable	172
9. Excepciones y defensas	174
10. Acción pública y acción privada	175
11. No hay acción sin pretensión	176
a) Acción declarativa	179
b) Acción constitutiva	183

c)	Acción de nulidad de matrimonio y acción de divorcio ..	184.
d)	Acción de inconstitucionalidad	186
e)	Acción de amparo	186
f)	Acción de jactancia	188.
g)	Acción declarativa de adquisición por usucapión	189
h)	Medidas cautelares	191
i)	Diligencias preparatorias	191
j)	Resumen	194
12.	Hacia una simplificación	194.

IV

P R O C E S O

9.	FIJACIÓN DE LOS TÉRMINOS DE LA CONTROVERSIA EN EL PROCESO CIVIL ARGENTINO	201
1.	Objeto del presente trabajo	201
a)	No es el estudio de la <i>litiscontestatio</i> el objeto del presente trabajo	202.
b)	Lo es solamente la posibilidad de fijación de los elementos de hecho de la controversia	202
2.	Régimen procesal de cargas	203
a)	La carga de la demanda	204
b)	La carga de la afirmación	204
c)	La carga de la prueba	205
d)	Entre la afirmación y la prueba se intercala la carga de la concretación	205
e)	Imposibilidad de negativa genérica	206
3.	El artículo 23 de la ley 14.237	207
a)	Antecedentes remotos	208
b)	Antecedentes próximos	209
c)	La intermediación como modo de llegar a la concretación ..	209
d)	Manifestaciones en otras legislaciones	210
4.	Eliminación del artículo 23. Razones	212
5.	Supervivencia	213.
a)	Manifestaciones en proyectos posteriores	213
b)	Posibilidad mediante la aplicación de otros preceptos que figuran en códigos vigentes	215
6.	Conclusión	216
10.	HUMANIZACIÓN DEL PROCESO	219.
1.	Título del artículo: genérico o indefinido	219
2.	¿Qué es proceso?	221
3.	Evolución de todos los procesos. El proceso judicial como excepción	222.

4.	Motivos de la no evolución del proceso judicial. Su explicación	224
5.	La sensación de fracaso	228
6.	Dónde no se ha fracasado	231
7.	Enseñanzas: adaptación o adecuación	233
8.	Naturaleza del derecho procesal	235
9.	Cómo humanizar el proceso	237
11.	PREJUZGAMIENTO	239
1.	Ausencia de regulación y de estudio especial	239
2.	Relación con conceptos afines	241
3.	Aspectos de prejuzgamiento	241
	a) Idiomático	241
	b) Jurídico	242
4.	Requisitos necesarios para que exista el prejuzgamiento	242
	1º Por razón de la forma	247
	2º Por razón de la persona	248
	A) Pueden prejuzgar	248
	a) El juez profesional	248
	b) El árbitro	248
	B) No pueden prejuzgar	249
	a) El fiscal	249
	b) El abogado	251
	c) El perito; el testigo	251
	d) El publicista	252
	e) El legislador	252
	f) En general, el juez actuando extrajudicialmente o extemporáneamente	252
	3º Por razón del hecho	253
	a) Hecho culposo	253
	b) Diferentes acciones correspondientes a distintos procesos, respecto del mismo hecho	254
	4º Por razón del proceso	254
	A) En el mismo proceso	254
	a) Proceso civil	255
	a") Medidas cautelares	256
	b") Ordenamiento de prueba. Admisión	257
	c") Práctica de pruebas	259
	d") Iniciativa probatoria del juez	260
	a") Artículo 21 de la ley 14.237	260
	b") Reconocimiento judicial	261
	c") Medidas para mejor proveer	262
	d") Juramento supletorio	262
	e) Intervención de tercero	263
	a") El tercero en el proceso de conocimiento	263

	<i>b</i>) Tercería de dominio	263
	<i>c</i>) Tercería de mejor derecho	265
	<i>b</i>) Proceso penal	267
	<i>a</i>) Procesamiento o prisión preventiva	267
	<i>b</i>) Naturaleza del sumario	268
	<i>c</i>) Figura del juez de instrucción	269
	<i>d</i>) Los recursos en la instrucción	270
	<i>e</i>) Las pruebas en la instrucción	270
	<i>f</i>) El investigador y el juzgador	271
	<i>B</i>) En procesos distintos	272
	<i>a</i>) Prejuzgamiento y litispendencia	273
	<i>b</i>) El pleito "piloto"	273
	<i>c</i>) El mismo hecho con distinta participación de los sujetos	274
	5. La conciliación y el prejuzgamiento	275
	6. Delimitación del prejuzgamiento	276
	7. Consecuencias del prejuzgamiento	279
	<i>a</i>) Excusación. Recusación	279
	<i>b</i>) Nulidad	279
	<i>c</i>) Abstención de resolver para no incurrir en prejuzgamiento	280
	8. Conclusión	281
12.	ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY DE REPRESIÓN DE LOS MONOPOLIOS	283
	I. La ley vigente (ley 12.906) y su reglamentación (reglas de procedimiento administrativo en investigaciones preliminares y sumarios por infracción a la ley 12.906)	283
	II. Proyecto de reforma del Poder Ejecutivo y dictámenes de la mayoría y de la minoría del Senado. La discusión parlamentaria	286
	III. Aspectos procesales de la legislación sobre monopolios	286
	<i>a</i>) Aspectos probatorios	286
	<i>b</i>) La orden de "cesar y abstenerse"	288
	<i>c</i>) Recursos contra la orden y efectos en que pueden admitirse	289
	<i>d</i>) La posible prejudicialidad de la orden	291
	<i>e</i>) La legitimación procesal	293
	IV. Conclusiones	295

V

CARGA PROCESAL

13.	CADUCIDAD O PEREPCIÓN DE INSTANCIA	299
	I. Concepto	299
	II. Modos de originarse la perepción	300
	III. Impulso de parte o impulso de oficio	301

IV.	Modos y condiciones para la declaración de la perención. Perención de pleno derecho y perención de oficio	304
V.	Justificación de la perención de oficio. La carga procesal ..	306
VI.	Perención y suspensión del procedimiento por acuerdo de las partes	311
VII.	Perención y preclusión	317
VIII.	Conclusión	318
14.	PERENCIÓN DE INSTANCIA Y CARGA PROCESAL	321
I.	Introducción	321
II.	Planteamiento	325
III.	Etapas procesales. El concepto de instancia	326
a)	Significado de la palabra "proceso". Sucesión de etapas ..	326
b)	Preclusión	327
c)	Carácter de cada una de las etapas	327
d)	La etapa definitiva	327
e)	El deber de sentenciar	329
f)	Remedios contra el incumplimiento del juez; naturaleza procesal de los mismos	329
g)	La instancia	331
IV.	Las medidas para mejor proveer	332
a)	Su finalidad	332
b)	Su carácter	334
c)	Libre disposición del juez	334
d)	Irrecurribilidad	336
e)	Intervención de las partes	336
f)	Plazo para su práctica	337
g)	Pasividad procesal del juez	337
V.	El impulso procesal	338
VI.	La carga procesal	339
a)	Concepto de carga	339
b)	Los trabajos de Carnelutti y de Goldschmidt	340
c)	El concepto de carga en las obras sobre la carga de la prueba	343
d)	Los trabajos más modernos: Barrios de Ángelis; Gottheil-Palacio	345
e)	Una indicación de Cappelletti	346
f)	El agnosticismo científico	349
g)	Límites del concepto de carga	352
VII.	Conclusión	352
15.	DESARROLLO DEL PROCESO. DEBERES DEL JUEZ Y CARGAS DE LAS PARTES	355
1.	Origen de este trabajo: el obsesionante concepto de carga; su	

explicación del proceso desde el punto de vista del litigante (de la parte)	355
2. Deberes procesales: concepto	361
3. Deberes procesales; inexistencia de ellos para el litigante	366
4. Deberes del juez	372
a) Desarrollo del proceso	373
b) Fin del proceso	375
5. Conclusión: contemplación general del proceso: juez y partes; deberes y cargas	375

XI

P R U E B A

16. EL JUEZ Y EL HECHO	379
1. Motivo del presente estudio	379
2. Conceptos previos	380
a) Juez espectador y juez director	380
b) El principio dispositivo y el principio privadístico	381
3. Las medidas para mejor proveer en la legislación española y en nuestros códigos	382
4. Su manifestación en otras legislaciones: Francia, Italia, Ale- mania	387
5. Objeto de las medidas para mejor proveer y de la iniciativa del juez: la prueba	391
6. Momento en que se pueden acordar las medidas y ejercitar la iniciativa	391
7. Naturaleza de las medidas para mejor proveer y de la iniciativa del juez	394
17. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA CIVIL EN EL DERECHO ARGENTINO	397
1. Objeto del presente estudio: el artículo 36 de la ley 14.237 de reformas al Código de procedimiento civil. Amplitud de este precepto	397
2. Criterios seguidos para la apreciación de las pruebas	400
a) La prueba legal y la libre convicción del juez	400
b) Posibilidad de un criterio intermedio	401
3. Particularidad del derecho español: el concepto de sana crítica a) Antecedentes en derecho argentino	404
b) Antecedentes en derecho español	405
4. La doctrina	407
a) Española	407
b) Argentina	411
5. El derecho extranjero	413

a)	Los códigos	413
b)	La doctrina	414
6.	Sana crítica y libre convicción como conceptos equivalentes o afines, opuestos a prueba legal. Una división bipartita	415
7.	Una nueva concepción de la sana crítica	416
a)	Una división tripartita	416
b)	Influencia de la reciente doctrina de la sana crítica	420
c)	Delimitación de conceptos	421
8.	Conclusiones	422
18.	LIBERTAD DEL JUEZ EN MATERIA PROBATORIA EN LA OBRA DE COUTURE	425
1.	Los orígenes de la doctrina sobre la prueba en la obra de Couture	425
2.	Antecedentes: Jofré; Lascano	431
3.	Evolución hasta llegar al Proyecto Couture	432
A)	El curso de procedimiento	432
B)	El prólogo a la obra de Cabal y Atienza	433
C)	Los fundamentos	435
D)	Los estudios	435
4.	El Proyecto y su exposición de motivos	436
A)	Carácter de la obra	437
B)	Principios que la informan	438
C)	El principio de dirección	439
D)	Su influencia en orden a la prueba	439
E)	Concepto de prueba	441
F)	Los poderes del juez	443
a)	El principio general	444
b)	Ausencia de un principio especial en orden a la prueba	444
c)	Las manifestaciones particulares	445
a')	Carga de la prueba	445
b')	Los medios de prueba	453
a'')	Documental	453
b'')	Examen judicial	454
c'')	Confesión	459
d'')	Testigos	459
e'')	Peritos	460
d)	Las medidas para mejor proveer	460
5.	Apreciación de los elementos probatorios en el Proyecto	462
6.	Influencia del Proyecto	464
A)	Jujuy	464
B)	La Rioja	464
C)	Salta	464
D)	La ley 14.237	464
7.	Conclusión	465

19. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL	469
1. Razón de este trabajo	469
2. Qué es y en qué puede consistir el reconocimiento judicial ..	470
a) Cosas a las que puede referirse el reconocimiento	472
b) Cómo se practica la diligencia	473
c) Quiénes intervienen	475
d) Qué sentidos actúan	475
e) Observación y experiencia	476
3. Cómo se acuerda el reconocimiento judicial	477
4. Posible carácter facultativo, para el juez, de esta diligencia ..	479
5. Naturaleza del reconocimiento judicial	481
6. Práctica del reconocimiento judicial	486
7. Apreciación o valoración del reconocimiento	488
8. Conclusión	489
20. ABSOLUCIÓN DE POSICIONES Y DECLARACIÓN INDAGATORIA DE LAS PER- SONAS JURÍDICAS	493
I. El caso controvertido	493
II. Concepto unitarista o separatista de la prueba	494
III. Naturaleza de la confesión y de la indagatoria	495
IV. Finalidad de la confesión	497
V. Formas de absolución de posiciones	498
VI. Quién puede resolver posiciones	499
VII. Prohibición a los miembros del directorio para absolver posi- ciones o para prestar indagatoria	503
VIII. Poder para absolver posiciones o para prestar declaración indagatoria	505
IX. Peligros para la entidad al otorgar el poder	505
X. Conclusión	506
21. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROBATORIO	511
§ I. ¿Existe el derecho probatorio?	512
1. Hay que contestar en función del concepto de prueba	512
2. Importancia del criterio que se adopte, no sólo en el orden sistemático sino en el constitucional	515
§ II. Concepto de prueba	516
3. Significación idiomática de la palabra "prueba". Su etimología	516
4. Averiguación y verificación	519
5. Sentido jurídico	522
6. Identidad conceptual	524
7. Conceptos previos	525
a) Jurisdicción	526
b) Sentencia	527
c) El hecho y el derecho	528

	d) El silogismo judicial	529
8.	Definición de la prueba	530
9.	Prueba civil y prueba penal	531
	a) Unitarismo y separatismo	531
	b) Verdad, certeza, convicción, persuasión; verdad real y verdad formal	532
	c) La averiguación y la instrucción	535
	d) El juez instructor en lo civil y en lo penal	536
	e) El sumario criminal	539
10.	Hacia una teoría general de la prueba	542
11.	Principios	546
	a) Principio de la carga	547
	b) Principio de la inmediación	548
	c) Principios de oralidad y de escritura	548
	d) Principio de adquisición	548
	e) Principio de apreciación	548
§ III.	¿Constituye el estudio de la prueba una disciplina independiente y autónoma?	549
12.	De nuevo sobre la existencia del derecho probatorio	549
13.	¿Bizantismo jurídico?	549
14.	Extensión del derecho procesal	551
15.	El derecho judicial material	552
16.	Naturaleza de las normas sobre la prueba	553
17.	Consecuencias de la adopción de uno a otro criterio	556
§ IV.	Ámbito del derecho probatorio	556
18.	Contenido y desarrollo de la materia	556
19.	Parte general de la prueba	556
	a) Concepto de prueba	557
	b) Objeto, tema, material de prueba	557
	c) Fuentes y medios de prueba	557
	d) Sistemas probatorios	557
	e) Cargas, facultades	557
	f) Adquisición procesal	558
	g) Procedimiento probatorio	558
	h) Apreciación o valoración de la prueba	558
20.	La prueba en particular	559
22.	EXISTENCIA Y DELIMITACIÓN DEL DERECHO PROBATORIO	561
	1. Antecedentes	561
	2. Clasificación bipartita o tripartita del derecho: el derecho judicial material	565
	3. Orígenes y parentescos del derecho judicial	570
	a) El derecho romano, como derecho de acciones, distinto de la concepción jurídica de hoy	570

	b)	El derecho justicial y el derecho judicial	575
	c)	Los códigos judiciales	576
4.	La clasificación de las normas legales	576	
	a)	Civilistas contra procesalistas	577
	a')	Las Provincias no deben legislar en materia procesal ..	577
	b')	Pueden legislar en lo procedimental	579
	c')	Pueden legislar abarcando todo lo procesal	580
	d')	Significado de esta evolución	580
	b)	La resoluciones judiciales a los efectos de los recursos ...	581
5.	El derecho justicial material y la concepción romana del derecho	581	
6.	El derecho justicial material representa un rigor científico y de técnica, que no cambia la naturaleza institucional. El <i>tertium genus</i>	588	
7.	El derecho probatorio como derecho justicial o judicial	589	
8.	Solución en caso de no admitirse la división tripartita. Necesidad de calificar lo justicial material como derecho sustancial o como derecho procesal	591	
9.	Las normas sobre pruebas. División en procedimentales y procesales o en procesales y materiales	591	
10.	Bases para la división. Normas relativas a la tramitación y normas relativas a la decisión	592	
	a)	La carga de la prueba	592
	b)	Apreciación de las pruebas	594
11.	Bases que consideramos utilizables	595	
	a)	Pruebas legales y libertad probatoria	595
	b)	Requisitos <i>ad solemnitatem</i> y <i>ad probationem</i>	596
	c)	Los conceptos de fuentes y medios como base diferenciadora	597
23.	INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL	601	
	1.	Concepto de prueba	602
	a)	Averiguación y verificación	602
	b)	Afirmación	602
	c)	Momentos de la averiguación y de la verificación	604
	2.	Materia de prueba	605
	a)	Afirmaciones relativas a hechos	605
	b)	Afirmaciones relativas al derecho	606
	a')	Al derecho nacional escrito	606
	b')	Al derecho extranjero	607
	c')	Al derecho consuetudinario	608
	c)	Resumen	610
	3.	Fuentes y medios de prueba	610
	4.	Resultado de la prueba	611
	5.	El juez. Sus distintas figuras	615
	6.	A quién corresponde probar	617

7. Tipos de proceso	618
8. Resumen de los conceptos básicos	620
9. Iniciativa e impulso. Concepto	621
10. El llamado proceso inquisitorio	622
11. Determinación de la materia probatoria	624
12. Apertura a prueba	629
13. Práctica de prueba por iniciativa del juez en la etapa probatoria	630
14. La iniciativa del juez en el período definitivo del proceso ..	634
a) Finalidad	634
b) Libertad	635
c) Espontaneidad	635
d) Imparcialidad	636
e) Oportunidad	636
f) Carácter	637
g) Amplitud (medios de prueba)	638
h) Irrecurribilidad	638
i) Forma y término	639
j) Gastos que origine	639
k) Obligatoriedad de cumplimiento	640
15. La iniciativa probatoria del juez en su mayor amplitud	640
16. La iniciativa probatoria en la ejecución de la prueba	642
17. Peligros de la iniciativa probatoria del juez	644
18. Valoración de la prueba	645
19. Conclusiones	647