

# EL PRINCIPIO DE MORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL ACTUAL

## O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NO PROCESSO CIVIL ATUAL

*Fernando Adrian Heñin\**

### RESUMEN

Dentro de los ejes de la garantía del debido proceso encontramos el dictado de una sentencia que llegue en tiempo oportuno, que sea justa y que a su vez pueda hacerse efectiva, como también que las falencias sobre tales puntos son los principales reclamos de la sociedad hacia el Servicio de Justicia. Para lograr aquéllos propósitos uno de los principios que deben respetarse es, sin lugar a dudas, el de moralidad en el proceso civil, caso contrario muy difícilmente se puedan conseguir los mismos. Es decir, como conclusión preeliminar, un obrar contrario a dicho principio incidirá en alguno de los tres grandes problemas del proceso actual – o muy seguramente en todos a la vez.

**Palabras clave:** Moralidad; Celeridad; Justicia; Debido proceso legal; Efectividad.

### RESUMO

Dentro dos eixos da garantía do debido processo encontramos o mandamento de uma sentença que seja dada em tempo oportuno, que seja justa e que, ao mesmo tempo, possa ser efetiva, como também que as falhas sobre tais pontos são as principais reclamações da sociedade frente ao Judiciário. Para obter aqueles propósitos, um dos princípios que devem ser respeitados é, sem dúvida, o da moralidade no processo civil, caso contrário, muito difícilmente se poderão conseguir os mesmos. Isto é,

---

\* Profesor adjunto regular, Universidad Nacional del Nordeste (UNNE) y de posgrado. Secretario letrado del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco. Especialista en derecho procesal de la Universidad Nacional de Santa Fe. Miembro fundador, ex presidente de la comisión de jóvenes y ex vocal suplente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Ex juez civil y comercial de corrientes. Autor del libro *Modernos institutos procesales* (prólogo del Profesor Jorge W. Peyrano), de 2 obras en coautoría, 10 obras colectivas y más de 40 artículos en la materia. Miembro del Ateneo de Estudios Procesales de Rosario y miembro fundador del Ateneo de Estudios Procesales del Chaco. Jurado en concursos judiciales y docentes. Conferencista, e-mail: fernandohenin@gmail.com.

Fernando Adrian Heñin

como conclusão preliminar, uma ação contrária a tal princípio incidirá em algum dos três grandes problemas do processo atual – ou muito seguramente em todos ao mesmo tempo.

**Palavras-chave:** Moralidade; Processo civil; Celeridade; Justiça; Devido processo legal; Efetividade.

## INTRODUCCIÓN

Dentro de los ejes de la garantía del debido proceso encontramos el dictado de una sentencia que llegue en tiempo oportuno, que sea justa y que a su vez pueda hacerse efectiva, como también que las falencias sobre tales puntos son los principales reclamos de la sociedad hacia el Servicio de Justicia. Para lograr aquéllos propósitos uno de los principios que deben respetarse es, sin lugar a dudas, el de moralidad en el proceso civil, caso contrario muy difícilmente se puedan conseguir los mismos. Es decir, como conclusión preliminar, un obrar contrario a dicho principio incidirá en alguno de los tres grandes problemas del proceso actual – o muy seguramente en todos a la vez.

8

Sin dudas que estamos en presencia de un deber por el interés en la paz social perseguido por el proceso civil moderno (fin mediato del mismo) al ejercer el Estado el monopolio de la administración de justicia. Si, por el contrario, se autorizase que la dilucidación de los conflictos entre particulares sea efectuada por normas prescindentes del tinte moral, se estaría dejando al total y absoluto arbitrio de los particulares la forma de presentar no solamente el conflicto sino su solución al órgano jurisdiccional; es decir se estaría violentando el principio de autoridad del Estado, ya que este no podría cumplir con el propósito constitucional de *afianzar la justicia* dando repuesta a los conflictos judiciales, sino en la forma en que fueran que los particulares quisiesen, otorgándose la posibilidad de que triunfe el más hábil y malicioso y no quien abraza la razón.

Un clásico concepto de este principio lo ha dado Clemente Díaz al decir que es el conjunto de reglas de conducta presididas por el imperativo ético a que deben ajustar su comportamiento todos los sujetos procesales. La buena fe, lealtad, veracidad y probidad son predicados que se involucran en el principio de moralidad; inclusive son concreciones positivas de la legislación en materia de moralización del proceso.<sup>1</sup>

En este trabajo pretendemos desarrollar la problemática actual de este deber, evitando por razones de orden y economía, referimos a los temas puntualmente asignados a otros Ateneístas, tales como “*La proscripción del Abuso Procesal*”, el recurso “*ad infinitum*” y el “*Clare loqui*”.

<sup>1</sup> DIAZ, Clemente. *Instituciones de derecho procesal civil*, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1968, Tomo I, p. 264 y ss.

## El principio de moralidad en el proceso civil actual

Otra cuestión esencial a tener en cuenta es que las violaciones al citado deber pueden provenir tanto de las partes o sus letrados – único deber que las mismas tienen *stricto sensu* – como también del órgano jurisdiccional y de los demás auxiliares de la justicia (testigos, peritos, intérpretes, oficiales de justicia, demás funcionarios y empleados, etc.).

Además creemos debe otorgársele al precitado principio en estos momentos una importancia mucho mayor que a la de costumbre, derivada de que la crisis moral que atraviesa nuestra sociedad y cada día que se agudiza aún más y que se concretiza en la anomia existente. Ello determina, por una parte, el estar más despiertos ante la posibilidad de conductas deshonestas – antes tal vez eran la excepción-, como asimismo que el proceso judicial no puede quedarse de brazos cruzados ante casos donde se advierta la verificación de tales conductas indebidas, sino que debe sancionarlas de las maneras que corresponde. Además, si normalmente decimos que las sentencias tienen también una función docente, ¿cómo soslayar el incumplimiento de las reglas morales en el último camino que le queda al justiciable para lograr la satisfacción de sus pretensiones? En último término el *improbis litigator* tiene que saber que el obrar incorrecto a la larga es un mal negocio.

En estas líneas nos referiremos en forma indistinta al principio y al deber de moralidad, ya que se trata de un concepto que reúne ambos caracteres. Es *principio* ya que, a nuestro juicio, sin su presencia no podemos hablar de debido proceso – no podemos pensar en una alternativa contraria o una opción bifronte como lo sería el de inmoralidad, en cuyo caso estaríamos en presencia de un sistema procesal o bien de una máxima procesal. Y es deber, ya que su cumplimiento resulta exigible aún forzosamente, es decir que los justiciables – y de los integrantes del Tribunal – no gozan de la libertad para optar entre cumplir o incumplir dichos imperativos; el cumplimiento de ellos es imperioso e ineludible,<sup>2</sup> caso contrario devendrán sanciones.

Finalmente cabe destacar que la doctrina más calificada ha advertido las dificultades en encontrar el límite preciso en el deber de moralidad, constituyendo para algunos la principal preocupación.<sup>3</sup> Es que se encuentran en juego por un lado la garantía constitucional de afianzar la justicia y del otro la visión del sistema dispositivo, por lo que intentaremos dar respuesta a algunas cuestiones que emanan del mismo.

Por último no podemos olvidar que tanto los mecanismos procesales como las personas encargadas de utilizarlos en forma eficiente, tienen que estar desti-

<sup>2</sup> E. DE MIDÓN, Gladis; MIDON, Marcelo. *Manual de derecho procesal civil*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 151.

<sup>3</sup> GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 21.

Fernando Adrian Heñin

nados no solamente a sancionar los actos consumados, sino antes deben intentar prevenir los mismos.

## LOS DEBERES MORALES DEL ABOGADO Y/O JUSTICIALE

Si se le exige al juez no solamente que en todos los casos dicte sentencia, sino también que esa sentencia deba ser justa o lo más justa posible, empresa que de por sí no es sencilla, no podemos sustraer a las partes de facilitar o al menos no dificultar aún más tal tarea, mediante un actuar contrario a la probidad, lealtad y buena fe.

Con acierto se dice que dentro del postulado de moralidad se encuentran a) el deber de utilizar el proceso para la satisfacción de intereses lícitos, b) el de colaboración en la marcha del proceso y c) el de información correcta y plena.<sup>4</sup> Como contrapartida, si el proceso es simulado o fraudulento, si las partes actúan con temeridad o malicia, o si se acolchonan en la negativa o la pasividad, se estarían violando tales postulados. Dentro de ello nos interesa particularmente desarrollar los siguientes problemas:

### 1) El deber de la partes de decir verdad en el proceso

10

Ya en los precedentes bíblicos se encuentra la consagración del deber de veracidad: “No levantéis falso testimonio” (Éxodo 20, 16); “No mintáis y que nadie engañe a su prójimo” (Levítico 19, 11); “Absteneos de asuntos falsos” (Éxodo 23, 7).<sup>5</sup> Dice el maestro Morello, citando a Buzaid que “... por tradición inmemorial en la Historia se impuso a los hombres el decir la verdad como una obligación y siempre se condenó a la mentira como una manifestación torpe. No se trata de un deber moral destituido de sanción. Es un imperativo legal, que atiende a la condición de la propia existencia de los hombres en sociedad. Por eso figura en la legislación de los pueblos civilizados”.<sup>6</sup>

Maurino alerta sobre la prudencia en evaluar si ha operado la violación al deber de veracidad en los procesos civiles dominados por el principio dispositivo – para nosotros sistema ya que se puede optar por otro como el inquisitivo e igual existe debido proceso constitucional –, pues en tal caso la facultad de las partes para disponer de sus derechos se antepone al deber de veracidad.<sup>7</sup> Estamos en desacuerdo con tal postura ya que, como bien lo ha señalado Fürno, el principio dispositivo, en su quintaesencia, significa principio de responsabilidad (o de auto

<sup>4</sup> E. DE MIDÓN; MIDON, 2008, p. 146.

<sup>5</sup> GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo, 2002, p. 212.

<sup>6</sup> MORELLO, Augusto M., en su Prólogo a la obra de GOZAÍNI, Osvaldo A., *La conducta en el proceso*, Ed. Platense, La Plata, 1988, p. 17.

<sup>7</sup> MAURINO, Alberto L. *Abuso del derecho en el proceso*, La Ley, Bs. As., 2001, p. 22.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

## El principio de moralidad en el proceso civil actual

responsabilidad) de las partes, en el sentido de que cada una de ellas ha de sufrir las consecuencias de lo que afirme o no, de lo que niegue o admita, de lo que pruebe o no pruebe, de lo que diga o de lo que calle, en resumen: de su conducta procesal.<sup>8</sup> Por ello el dispositivo no es un obstáculo al deber de veracidad con que deben actuar las partes en el proceso, sino otro fundamento más que determina su cumplimiento.

En relación a este deber, a mi entender no existen obstáculos constitucionales para que incluso las partes lo cumplan, ya que la garantía del art. 18 – no declarar contra sí mismo – no autoriza de ninguna manera la posibilidad de mentir en el proceso civil, siquiera por parte del justiciable. Así modernamente Carbajal ha dicho que ni el artículo 18 de la Constitución, ni la 6º Enmienda de la Carta Norteamericana, consagran la garantía de mentir ante los tribunales de justicia para defenderse, solo la concreta posibilidad de abstenerse de declarar sin que ello implique presunción en contra.<sup>9</sup>

A su turno Falcón dice que “Una de las cuestiones que confunde en el mundo de las posiciones es el llamado compulsivo, especialmente cuando el resultado de la incomparecencia es decididamente negativo para el que no concurre. Es que en estos casos la confusión proviene de dos cuestiones ...y segundo, confundirlo con el juramento que prestan los testigos y que naturalmente está vedado en materia penal por el principio de que nadie puede ser compelido a *declarar contra sí mismo* (art. 18, Const. Nac.).<sup>10</sup>

11

<sup>8</sup> FÜRNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*, trad. de Sergio González Calderón (Madrid, 1954), Ed. Revista de Derecho Privado, p. 75-76.

<sup>9</sup> CARBAJAL, Fernando. *La absolución de posiciones y el artículo 18 de la C.N.*, El Dial. Com, Suplemento de Derecho Procesal – Doctrina, 11 de octubre de 2006. Agrega este autor que en rigor la garantía constitucional presupone que quien declara ante un tribunal de justicia esta obligado a decir la verdad. En una sociedad regida por normas morales la verdad es un valor insoslayable, y la palabra el medio por el cual esa verdad se exterioriza. Para abortar el dilema ético que implica poner a un ciudadano ante la opción de decir una verdad que lo perjudicará, la constitución americana creó la facultad de abstención. En el ámbito del proceso civil es el carácter coactivo de la confesional, la obligación de la parte de declarar, sin otorgarle la facultad de abstenerse, lo que convierte en inconstitucional el régimen de absolución, sin que resulte constitucionalmente exigible consagrar el derecho a mentir. Por ello la redacción del artículo 404 del C.P.C.C. que establece que la absolución de posiciones debe ser prestada bajo juramento o promesa de decir verdad, en si mismo, no me merece reproche constitucional; por lo menos no por lo que dice, aunque sí por lo que omite: el expreso reconocimiento que el absolvente puede abstenerse de declarar sin que ello implique reconocimiento de los hechos, por cuanto tal coacción lo obliga a declarar contra sí, y ello viola – clara e indubitadamente – la garantía del artículo 18 de la Carta Magna Nacional.

<sup>10</sup> FALCON, Enrique M. *Declaración de parte, confesión y juramento, Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. III, p. 105-106). Dicho autor en la nota al pie n. 60, citando a CHIAPPINI, Julio, en *La regla “nadie está obligado a declarar... y la absolución de posiciones*, en J.A. 1999-III-603, señala doctrina y jurisprudencia que se sintetiza en la siguiente: “El principio constitucional según el cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo sólo funciona en el proceso penal, sin que la absolución de posiciones en el proceso

Fernando Adrian Heñin

Párrafo aparte merece la disquisición que realiza Couture respecto a que en realidad el deber es de probidad, dando como ejemplo el cónyuge que prefiere no demandar el divorcio por adulterio sino acudir a otra causa leve que autorice la disolución del vínculo – por ejemplo incompatibilidad de caracteres – sin poner en la quiebra del hogar y el provenir de los hijos esa nota de amargura y angustia. Ello lo lleva a concluir que en realidad se trata de un deber de probidad y lealtad en el juicio.<sup>11</sup>

De las citas efectuadas surgen al menos dos cuestiones relacionadas con la declaración que presta el justiciable en el proceso y sus consecuencias: la posibilidad – o no – que tiene de mentir, y los efectos de la mentira, las respuestas evasivas y la abstención de declarar.

#### A) La posibilidad de mentir en el proceso

Bien resaltan Morello, Sosa y Berizonce que la lucha entre las partes en el proceso debe estar guiada por la verdad,<sup>12</sup> luego de lo cual se interrogan acerca de si las partes tienen la obligación de decir verdad en el juicio, respondiendo afirmativamente, no obstante reconocer que no siempre la mentira o la falsedad afloran directamente o son de fácil comprobación, ya que existen grados o matices.<sup>13</sup> Jorge Peyrano también está de acuerdo con tal postura al decir que no cabe duda de que el acatamiento del deber de veracidad es imperativo para todos los sujetos del proceso, no estando eximidos los profesionales intervinientes por los pleitistas.<sup>14</sup>

Claro que esta opinión no fue totalmente pacífica, ya que existieron posturas que entendían que un deber de esta naturaleza era en cierto sentido hasta inconveniente para los fines políticos del proceso,<sup>15</sup> como también que debe

12

---

civil concluya el referido principio' (CCCom. de Rosario, sala 1ª, 10-11-97) ... Explica Néstor P. Sagüés: 'Aunque sea hartamente opinable, la Corte ha restringido esta garantía al ámbito penal y, por tanto, no impide en la esfera civil que se intente al demandado a formular las manifestaciones pertinentes, según las circunstancias del juicio (<<Goyena>>, Fallos, 312:238 o J.A. 1989-II-430), como por ejemplo ser citado a absolver posiciones' (conf. aut., ob. y p. cit.).

<sup>11</sup> COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2003, t. III, p. 169.

<sup>12</sup> MORELLO-SOSA-BERIZONCE. *Códigos Procesales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, t. I, p. 657, señalado que: "Aunque es indudable que el proceso constituye una lucha entre partes, no ha de perderse de vista que en definitiva persigue la aplicación del derecho, su actuación en el caso concreto; en tal sentido se admitirá que esa lucha tiene que ser leal y guiada por la verdad, tanto en cuanto al fondo o al derecho pretendido como a la forma de llevarlo adelante."

<sup>13</sup> Conf. auts. cit. en nota anterior quienes expresan que: COUTURE se ha detenido en estos interrogantes y los ha contestado con claridad magistral, concluyendo por admitir la existencia de ese *debe jurídico*... (cit. a COUTURE, Eduardo. *El deber de las partes de decir la verdad*, en *Estudios de derecho procesal civil*, 2. ed., Bs. As., 1978, v. III, p. 235 y sgtes.

<sup>14</sup> PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil, principios y fundamentos*, Astrea, Bs. As., 1978, p. 238.

<sup>15</sup> KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältnis*, 1888, p. 46 y otros autores, cit. en COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2003, t. III, p. 163, nota 11.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

## El principio de moralidad en el proceso civil actual

conservarse a las partes el derecho de exponer las cosas del modo que parezca más útil al fin de su defensa,<sup>16</sup> las cuales se señalan a modo ilustrativo.

Por nuestra parte estamos totalmente de acuerdo con aquéllas primeras posturas en el sentido que la mentira no puede ser tolerada en el proceso, ni siquiera bajo la justificación de que es la parte quien incurre en ella y el “derecho” a no declarar contra sí misma. Si asume prestar declaración, debe ser para colaborar en el proceso dando su versión de los hechos, la cual puede no coincidir con la verdad luego reconstruida, pero de ninguna manera admitirse una mentira grosera sin graves consecuencias desfavorables y sanciones.

Así no puede tolerarse, por ejemplo, que la parte al contestar la demanda o al absolver posiciones exprese que nunca el automotor fue de su propiedad y del informe del registro del automotor surja lo contrario. Cosa distinta es expresar un parecer diferente con la mecánica de un accidente de tránsito entre dos rodados, en la medida que sea razonable entender que es el producto de su genuina buena fe – creencia.

### B) Las consecuencias de la violación del deber de decir verdad

Descartado el perjurio – esto es que pierda automáticamente el pleito quien ha violado el compromiso de decir verdad – por las múltiples desventajas que posee entre las que se destacan que la litis podría no resolverse según lo alegado y probado sino ineluctablemente en contra del perjurio, por lo que la contraparte puede dolosamente intentar el perjurio de la contraria para vencer en el juicio,<sup>17</sup> existen varias consecuencias para el obrar mendaz como se verá al abordar las sanciones al deber de moralidad, todas las cuales son aplicables a la mentira comprobada de las partes. Adelantamos nuestra opinión en el sentido que deben existir sanciones, ya que de nada vale que el legislador imponga tal deber si no establece el castigo para quien lo infrinja.<sup>18</sup>

Ahora bien, ¿podría incorporarse a la normativa penal la violación del deber de decir verdad de la parte, tal como está prevista en el art. 275 del Código Penal para los testigos? Mi respuesta es afirmativa, ya que no puede distraer a la administración de justicia en desentrañar si es cierto o no lo que dice la parte, que luego resulta ser una gran falacia incuestionable e inopinable. Creo que es la forma de compatibilizar la inexistencia del perjurio por los motivos anterior-

<sup>16</sup> Conf. opinión oficial de la *Confederación Fascista de los Trabajadores de Establecimientos de Crédito y Seguro*, cit. en COUTURE, op. cit., p. 163.

<sup>17</sup> PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil, principios y fundamentos*, Astrea, Bs. As., 1978, p. 244-246.

<sup>18</sup> En ese sentido dice Goldsmidt que *La novela alemana de 1933*, es un cuchillo sin mango ni hoja (conf. COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2003, t. III, p. 163, nota 11.

Fernando Adrian Heñin

mente señalados, con las gravísimas consecuencias que debe tener una grosera mentira en el proceso, si es que consideramos que es una cosa seria.

C) La posibilidad de abstenerse de declarar

A la luz de la cláusula constitucional, puede la parte optar por no declarar si considera que ello lo puede afectar. Por un lado dice Carbajal que le merece reproche la norma del art. 417 del CPCCN en cuanto consagra que la negativa a contestar una pregunta autoriza al juez a tenerlo por confeso, pues ello si resulta violatorio de la garantía del art. 18.<sup>19</sup>

No estoy de acuerdo con tal postura, ya que si la propia Corte delimitó la aplicación de esta norma al proceso penal, tal abstención sin consecuencias solamente puede ser aplicada en dicho orden. Creo que en el proceso civil los postulados de colaboración, solidaridad y de información correcta y plena le imponen el deber de declarar y si la parte opta por no hacerlo, si bien no puede ser compelida por medios tortuosos como por ejemplo el “suero de la verdad” – ya que sería un caso de prueba ilícita –, debe tener consecuencias desfavorables como las que están previstas actualmente en la normativa ritual – esto es la ficta confessio y la valoración judicial de su conducta procesal.

14

Si creo, a diferencia de lo expresado respecto del deber de decir verdad, que en esta hipótesis el absolvente no puede ser sometido a consecuencias penales como las podría tener el testigo renuente, ya que está siendo sujeto de pruebas y por lo tanto puede optar voluntariamente por no declarar, sin perjuicio de los otros efectos procesales antedichos.

D) Las respuestas evasivas

También señala Carbajal que en el marco de moralidad que debe presidir los actos de los ciudadanos, la respuesta evasiva falta a ese deber, y autoriza al sistema a tenerlo por confeso, sin que resulte de modo alguno afectada la garantía constitucional, la cual se satisface suficientemente con la facultad de abstención. Agrega que no resulta violatoria de la Constitución la sanción del art. 419 y ello así pues del mismo modo que es moralmente exigible, y debería serlo jurídicamente, que quien renuncia a la facultad de abstenerse debe declarar bajo juramento, existe un deber jurídico y moral de actuar lealmente, y el orden jurídico no tiene porque aceptar maniobras como las descritas por el art. 419 del C.P.C.C.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> CARBAJAL, Fernando, trabajo citado, quien agrega que a su entender el absolvente tiene la facultad de abstenerse de declarar o de hacerlo, en forma general o respecto a cada una de las posiciones puntuales, por lo cual aún cuando el absolvente formulara la opción de declarar, debería consagrarse la facultad de no contestar cuando entiende que una posición puede perjudicarlo.

<sup>20</sup> CARBAJAL, Fernando, trabajo citado.



## El principio de moralidad en el proceso civil actual

Coincido con tal opinión, agregando que en el caso de respuestas evasivas las consecuencias penales también deberían existir en los casos claramente comprobados, como por ejemplo quien responde de ese modo acerca de la propiedad del rodado, pese a que le consta y luego se prueba que el mismo fue y es de su propiedad.

### E) Aplicación a los diferentes actos del proceso

Todas las pautas referidas anteriormente se extienden a la actuación del justiciable a lo largo de todo el proceso, es decir desde los escritos constitutivos, sus respuestas dadas en audiencia – tanto la vieja absolución de posiciones como la moderna declaración de parte – como alegatorios e impugnaticios, por lo que las consecuencias en cada caso serán las que proponemos como aplicables a cada tipo de violación.

Es que en definitiva si ante la falsedad de una declaración jurada de bienes ante la AFIP (mentira), la no presentación de la misma (abstención), o la presentación incompleta (respuestas evasivas), el contribuyente tiene sanciones incluso penales, ¿porqué razones en un proceso civil no puede ser condenado por incurrir en las tres conductas similares?

### 2) El incumplimiento del juramento de manifestación

puede suceder que la parte no logre encontrar bienes ejecutables, entonces se plantea el interrogante acerca de qué hacer en tales casos. Dice Gómez Alonso que una de las soluciones posibles es el *juramento de manifestación* regulado en el parágrafo 807 de la Z.P.O., que consiste en que el deudor, a petición del acreedor, sea obligado a presentar un inventario de sus bienes y a indicar los títulos de crédito que tuviere y las pruebas de ellos, prestando el juramento de manifestación en esos términos, agregando que no se trata de una norma imperfecta, pues su ausencia de prestación o su trasgresión lleva aparejada consecuencias penales.<sup>21</sup>

Agrega Jorge Peyrano que la institución reseñada no es una panacea y seguramente, también en Alemania existirán deudores inescrupulosos a la hora de jurar falsamente en miras a conservar su aparente estado de insolvencia. De todos modos alguna base representa. Por lo menos, agregará una dosis de intranquilidad al ánimo de los deudores remisos y trapaceros.<sup>22</sup>

Creemos que es otra buena solución, máxime que si en el momento inicial del embargo se solicita tal manifestación, una respuesta negativa por parte del

<sup>21</sup> GÓMEZ ALONSO, Julio. *Sanciones conminatorias o compulsorias en la reforma procesal civil española*, JA, Boletín del 30/01/1991, p. 12.

<sup>22</sup> PEYRANO, Jorge W. *Procedimiento civil y comercial 1, conflictos procesales*, Iuris, Rosario, 2002, p. 11-12.

Fernando Adrian Heñin

ejecutado permitirá otorgar sin más una inhibición general de bienes para luego seguir buscando otros bienes que pueda tener el demandado. Ello sin más es una solución importante en algunas jurisdicciones o tribunales que ponen muchas trabas y agotamiento de innumerable cantidad de informaciones negativas respecto del patrimonio del deudor antes de conceder la citada inhibición. Además se trata de que el ejecutado ponga de manifiesto su solvencia para el caso que prospere la ejecución y haya de pasarse al cumplimiento de la sentencia, ahorrando tanto al ejecutante como al Tribunal largos y costosos trámites de pesquisa de bienes, así como embargos y subastas sucesivas de bienes insuficientes para cubrir la deuda.

Por otra parte se pueden establecer multas de porcentajes importantes a quien no obstante haber declarado no tener bienes, se acredita lo contrario, o bien conminaciones económicas o personales como lo prevé el art. 320 del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y el art. 531 del Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación elaborado por los Dres. Morello, Arazi, Eisner y Kaminker.<sup>23</sup>

3) El no sometimiento a la extracción de material genético en los procesos donde se debate la identidad de las personas

16

es una falta de colaboración muy grave que actualmente tiene una expresa consecuencia jurídica, cual es la establecida por el art. 4 de la Ley de Bancos de Datos Genéticos n. 23.551 que establece el indicio contrario a quien se oponga a realizarse dichos análisis,<sup>24</sup> calificándolo muy autorizada doctrina como un caso de *indicio vehemente*<sup>25</sup> y otros autores como *presunción monobásica*.<sup>26</sup>

No obstante tal precepto legal antes de ahora nos habíamos pronunciado en forma reiterada estimando que existe una solución que se acerca más a la verdad, cual es la posibilidad de ordenar la extracción compulsiva de material genético<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Dice el citado artículo que al dictarse sentencia monitoria, el juez “Además intimará a ejecutado para que dentro del quinto día manifieste al Tribunal la existencia en su patrimonio de bienes liquidables en cantidad y calidad suficientes para responder a las resultas del crédito reclamado, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, retención o falsedad total o parcial, de aplicársele una multa del treinta por ciento del crédito, a beneficio del ejecutante o aplicársele sanciones conminatorias, en los términos del artículo 37 de este Código, a elección del acreedor”.

<sup>24</sup> Reza dicha norma en su parte pertinente que: “La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”.

<sup>25</sup> PEYRANO, Jorge W. El indicio vehemente, L.L., t. 190, p. 659 y sgtes.

<sup>26</sup> KIELMANOVICH, Jorge L. Valor probatorio de la conducta procesal de las partes, Libro de Ponencias del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, t. I, p. 314.

<sup>27</sup> HEÑIN, Fernando A. Valoración judicial de la conducta procesal, en *Tratado de la prueba*, Dir. por MIDÓN, Marcelo S. Librería de la Paz, Resistencia, 2007, p. 273/278; HEÑIN, Fernando A. *La necesidad de realizar la extracción compulsiva de sangre en los procesos de filiación*, Doctrina Judicial, La Ley, año XXI, n. 51, del 20/12/06, p. 1147-1149; HEÑIN, Fernando A. La necesidad

## El principio de moralidad en el proceso civil actual

– al cual se lo asocia a la sangre, pero puede tratarse también de muestras de saliva, sudor, lágrimas, semen, cabello u otro tejido humano –<sup>28</sup> a la persona que se niegue a realizarse ese análisis.<sup>29</sup>

Tal postura no es pacífica, existiendo opiniones opuestas, es decir que no aceptan dicho examen compulsivo.<sup>30</sup> Los fundamentos que sustentan nuestra postura son muchos y se pueden sintetizar en los siguientes: **A)** el altísimo grado de probabilidad que arrojan las pericias biológicas – en ocasiones inmediato a la certeza absoluta, las cuales hoy, aquí y ahora son la “*probatio probatissima*”;<sup>31</sup> **B)** dicha cuasi certeza hace que deba prevalecer tal solución por sobre las bondades del indicio vehemente resultante de la negativa a someterse voluntariamente a la misma; **C)** que en un proceso en donde está en juego un derecho personalísimo como lo es la identidad de un ser humano, no pueden existir motivos para denegar la producción de esta prueba; **D)** que actualmente la misma se puede practicar por otros medios diferentes (y menos dolorosos, si se quiere de alguna manera), que la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre; **E)** que la medida supera el test de razonabilidad ya que: **a)** Es idónea para la verificación de los hechos en ese proceso donde está presente el orden público; **b)** Es necesaria por la certeza a la que se arriba en la actualidad con estas periciales; y **c)** No puede ser calificada de desproporcionada, desde que produce más ventajas que desventajas al interés general, a los intereses estadales y a los intereses individuales involucrados.<sup>32</sup>

17

---

de modificar la legislación por los avances de la ciencia: el caso de las pericias biológicas en los procesos de filiación, *Revista de Proceso, RePro* 168, año 34, Revista dos Tribunais, del IBDP, San Pablo, 2009, p. 191-200; HEÑIN, Fernando A. *Las pruebas biogenéticas y el indicio resultante de la negativa a someterse al examen. verdad versus ficción*, J.S., Ed. Jurídica Panamericana, Santa Fe, n. 67, p. 14, entre otros.

<sup>28</sup> MIDÓN, Marcelo S. *Pericias biológicas – Enigmas que se le plantean al hombre de derecho*, Ed. Jurídicas Cuyo, 2005, p. 32-33.

<sup>29</sup> GROSMAN, Cecilia; ARIANNA, Carlos. Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, L.L., 1992-B-1193; en igual sentido MOISSET DE ESPANES, Luis. Negativa a someterse a la prueba de grupos sanguíneos, JA, 24-1974-270; MENDEZ COSTA, María J. Sobre la negativa a someterse a la prueba hematológica y sobre la responsabilidad del progenitor extramatrimonial no reconociente, LL, 1989-E-589; en Jurisprudencia dictamen del Asesor de Menores en Cámara Nacional Civil, Sala M, 08/06/93, “N., I.A. c/ M., O”, cit. en LL, 1994-A-77; fallo del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial Nº 9 de San Isidro del 29/03/1988 in re: “E., N. C/ G., F.C.N.”, ED t. 128-333.

<sup>30</sup> ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, Ed. La Rocca, 1998, p. 129, BIDART CAMPOS, Germán, Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio, comentando el fallo de la C.N.Civ., Sala F, 24/08/92, ED, diario del 02/03/1993; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Aspectos jurídicos del genoma humano, ED, 153-943, entre algunos de los más renombrados dentro de este sector.

<sup>31</sup> MIDÓN, Marcelo S. *Pericias biológicas – Enigmas que se le plantean al hombre de derecho*, Ed. Jurídicas Cuyo, 2005, p. 32-33.

<sup>32</sup> CAYUSO, Susana G. La prueba compulsiva de sangre y los derechos y garantías constitucionales. Confrontación o armonía, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional del 10/11/2003.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012*

Fernando Adrian Heñin

Los mismos están complementados con los vertidos en el voto del Dr. Pettigiani como Juez de la Suprema Corte de Buenos Aires, en sentencia emitida el año pasado, a los que me remito en honor a la brevedad.<sup>33</sup> Finalmente cabe destacar que a fines del 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó la misma postura, limitada al secuestro de otra materia genética que no sea sangre.<sup>34</sup> Consecuentemente ante la violación al deber moral de colaboración en someterse a las pericias genéticas para determinar la paternidad del presunto padre, creemos que la solución debe ser ordenar la extracción compulsiva de material genético del demandado.

En definitiva, en el proceso civil no puede regir la regla “*proba vos – contraparte – que tienes razón en tu reclamo, si puedes, yo mientras tanto me quedo de brazos cruzados, y si no lo logras, deberé ser absuelto*”, sino que deben regir entre las partes los postulados de colaboración, solidaridad e información correcta y plena.

#### 4) La obligación de aportar la documental en su poder

18 actualmente el CPCCN establece en su artículo 388 que en caso que si la parte contraria se negase a presentar los documentos que se encontraren en su poder y resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, tal negativa constituirá una presunción en su contra. Es decir que en estos supuestos la oferente de la prueba tiene que demostrar la manifiesta verosimilitud de la existencia y contenido del documento para llegar a tener solamente una presunción en su contra. Pero a su vez, el inciso 4to del artículo 326 autoriza como prueba anticipada la exhibición, resguardo o secuestro de documentos.

Es decir que si bien a través de la modalidad excepcional de producción de la prueba – esto es, anticipadamente – se puede lograr la certeza en virtud de las medidas exhibición, resguardo y secuestro de los documentos; si la parte no hace uso de esta posibilidad, por ejemplo, por no darse una hipótesis de que la agregación de la instrumental en el estadio normal resulte imposible o dificultosa, al producirla, luego y ante la negativa de su contraria, solamente podrá lograr una presunción favorable, cumplido los citados recaudos tasados por el legislador.

Esta situación me convence que debe modificarse la norma procesal, estableciéndose que en todos los casos – anticipadamente o en la etapa probatoria – el oferente pueda lograr arrimar al proceso la documentación que se halle en poder de la contraparte, incluso mediante su secuestro ante la negativa de ésta última. De este modo se cumple con el postulado de *afianzar la justicia* en ambos su-

<sup>33</sup> S.C.B.A., Causa C. 85.363, “F., S. B. contra G., G. D. s/ Filiación”, del 27 de agosto de 2008.

<sup>34</sup> C.S.J.N. in re “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años”, Fallo G. 291. XLIII, del 11-08-2009.

## El principio de moralidad en el proceso civil actual

puestos, caso contrario de una manera se arriba a la convicción mediante ficción o indirecta, y en la hipótesis excepcional vía presuncional o directa.

### LOS DEBERES MORALES DEL TRIBUNAL

#### Introducción

Si bien lo primero que se nos viene a la mente cuando hablamos de deber de moralidad es el comportamiento de los justiciables y sus letrados, seguramente porque ellos tienen un interés egoísta en el desenlace del pleito y por lo tanto podrían ser más proclives a incurrir en esas infracciones, a más de que, felizmente, seguimos confiando en el actuar probo de los órganos jurisdiccionales y en las personas que allí desempeñan funciones, también estos sujetos procesales son susceptibles de violar tales postulados. Al comienzo del trabajo decíamos que dentro de los ejes de la garantía del debido proceso encontramos la necesidad del dictado de una sentencia en tiempo oportuno, que sea justa y que a su vez pueda hacerse efectiva, por lo que cuando el tribunal en forma consciente evita de uno u otro modo el cumplimiento de tales garantías para el justiciable, estaremos en presencia de tales violaciones.

#### Algunos supuestos en que podrían incurrir en violación a los deberes de lealtad, probidad y buena fe

19

Pueden ser varios y afectar cualquiera de los tres puntos desarrollados anteriormente. Dentro de ellos se pueden destacar:

#### *Comportamientos que evitan el dictado de una sentencia en tiempo oportuno.*

Las dilaciones que el Tribunal puede ocasionar durante el trámite son múltiples y hasta incontables, aquí pretendemos especificar algunas directamente relacionadas con la etapa inmediatamente previa a resolver.

- a) El postergar sin fundamento alguno el llamamiento de autos para sentencia

Para los supuestos en que el Juez o Tribunal advierta que por recargo de tareas u otra razón atendible no podrá dictar sentencia en el plazo legal, el 1er párrafo del art. 167 del CPCCN y los que siguen su línea autoriza a que le haga saber tal circunstancia a su Tribunal de Alzada para que le conceda prórroga o bien determine qué otro Tribunal del mismo fuero lo deba hacer.

No obstante ello, en algunos casos el Juzgado evita en varias oportunidades llamar autos para sentencia, con diferentes providencias que decreta en forma escalonada ante cada pedido reiteratorio. Así ante el primer pedido – a más de la

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012*

Fernando Adrian Heñin

falta de llamamiento oficioso claro está –, puede comenzar con un “oportuna-mente”, al segundo escrito con un “téngase presente”, posteriormente una orden de recarautulación, luego una innecesaria medida para mejor proveer, y por último una providencia seriada que le dice al justiciable que cuando según el número de causas ya pendientes de resolver lo permita, recién procederá a llamar autos en ese expediente. Eso es ni más ni menos que denegación – al menos momentánea – de justicia, ya que, con el atraso en el trámite que tienen dichos tribunales, esa serie de providencias retarda hasta un (1) año el dictado de la sentencia de mérito.

b) Las interrupciones al llamamiento de autos para sentencia

Esta praxis puede ser más conocida en las diferentes jurisdicciones territoriales. Es que las llamadas “medidas para mejor proveer” decretadas pocos días antes del vencimiento del plazo para dictar el fallo al único fin de suspenderlo, constituyen otro caso de denegatoria temporaria de justicia por violación al deber de moralidad.<sup>35</sup> Se produce cuando el tribunal sabe que no es necesaria ninguna prueba más y sin embargo, por ejemplo, pide una pericial parecida a la ya glosada en el expediente. Ello en vez de recurrir al mecanismo legal del art. 167.

c) Los excesos en los pedidos de prórroga

20 Si bien es legal, también debe ser condenada por infracción a los deberes de moralidad la práctica de un Juzgado que sistemáticamente y mediante listas ordenadas, realiza pedidos de prórroga de llamamientos de autos para sentencia a su Alzada con fundamento en el referido art. 167, e incluso reitera peticiones en los mismos expedientes. Tal infracción debe ser controlada por el tribunal concedente de dichas prórrogas, haciéndole saber al Juez que es la última vez que se va a otorgar tal petición. También podrían existir retardos más pequeños como lo son los expedientes que salen a despacho con la sentencia una o dos notificaciones después de la que deberían haber salido.

En los tres supuestos reseñados hay un justiciable que está esperando la decisión, el veredicto que ponga fin a la novela, y el Tribunal, sin otra causa que no poder o no querer sentenciar, manda el expediente a la pausa comercial.

<sup>35</sup> La instrucción probatoria oficiosa debe ejercerse durante el trámite de las pruebas, para la formación del material conocimiento, pero resulta tardía, retardatoria y por ende contraria al fin de la ley, cuando se lleva a cabo después del llamamiento de autos para sentencia (MORELLO-SOSA-BERIZONCE, *Códigos*, v. V-B, p. 555-556). Por tal razón el moderno Código General del Proceso uruguayo de 1988, establece que si el tribunal decreta tales medidas luego de concluida la audiencia de prueba, deberá dejar ‘expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso su diligenciamiento de oficio durante el trámite del proceso’ (art. 193.2)”, cit. en BERIZONCE, Roberto O. *El exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional*, Libro de Ponencias del XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, t. I, p. 851.

## El principio de moralidad en el proceso civil actual

### *Conductas que puedan afectar el dictado de una sentencia justa*

Pueden ser de diferente índole, tanto por desidia en impartir justicia de la mejor manera, como por interés en que el pleito se resuelva de determinado modo.

#### a) La renuncia consciente a la verdad

Si bien desde una visión meramente privatística del proceso, podríamos entender que la parte que no probó, en última instancia, es la que debe ser perjudicada mediante la aplicación de las reglas de distribución del onus probandi – tanto en su versión general, como en su excepcional constituida por la teoría de las cargas probatorias dinámicas-, esto no es aceptable en la visión actual, donde el juez es el director del proceso y por lo tanto, por los fines supra individuales y transpersonales que posee, no cualquier sentencia debe dictarse, sino la más justa posible, esto es la que reconstruya de la mejor manera la verdad de los hechos acaecidos para aplicarles el correcto encuadre legal.

Como consecuencia de lo anterior, cuando el juez sabiendo que puede llegar a la verdad con la producción de determinada prueba que, por omisión, negligencia desconocimiento técnico o cualquier otro motivo, las partes no la produjeron, viola el deber de moralidad, porque sabe que puede hacer justicia y sin embargo se acolchona en la actitud pasiva de resolver con ese material que – sabe – es insuficiente. Esa sentencia es pasible de tacha por renuncia consciente a la verdad.

Y en los casos en donde el orden público está en juego, el deber se acentúa aún más. Pensemos en un proceso de filiación donde por alguna razón no se produjo la prueba de histocompatibilidad genética que determina con una exactitud del 99,9997% si el demandado es o no el padre de su presunto hijo ¿Es tolerable en el actual estado de situación que no ordene oficiosamente la producción de tal prueba, incluso desde el inicio de la faz probatoria, si allí ya advierte que la misma no fue ofrecida? ¿Es aceptable hoy día un fallo en un proceso de este tipo dictado sin haberse producido tal prueba, pudiéndolo haber hecho? Creemos que no. Por ello – y por tratarse de un déficit decisorio tan palpable – los supuestos de renuncia consciente a la verdad deben ser fuertemente sancionados.

#### b) La no excusación o la oposición indebida a una recusación fundada

Uno de los pilares de la confianza en la justicia por parte de los operadores del sistema, es saber que las decisiones las va a tomar un juez independiente, imparcial e imparcial, cuyo único interés en el caso es dictar una sentencia lo más justa posible. Como consecuencia de ello, cuando el magistrado evita apartarse del expediente por tener un motivo extra para intervenir en el mismo – afinidad con alguna de las partes o recibido beneficios de importancia o con algún poder político, económico o de otro tipo interesado en el desenlace del pleito –, y a la vez se aprovecha de la dificultad del justiciable en demostrar la existencia de la causal, actúa decididamente de mala fe.

Fernando Adrian Heñin

Lo mismo podría pasar a la inversa, es decir cuando se desprende del expediente porque le “quema las manos”, en práctica que aunque también totalmente condenable por significar que no está preparado cumplir su función de juez, es menos grave para las partes y la sociedad porque en definitiva va a existir un Juez que sí esté a la altura de sus funciones.

En cambio en el primer caso, solamente le va a quedar al perjudicado los recursos contra las decisiones que tome ese juez no imparcial. Claro que si posteriormente se demuestra la existencia de ese motivo de apartamiento, el art. 32 del CPCCN debe ser aplicado y consecuentemente se deberá pedir la remoción de ese magistrado.

## IMPORTANCIA ACTUAL – EL ESTANDAR DEL CORRECTO LITIGANTE

22

Al comienzo decíamos que, en una época donde la sociedad está cada vez más alejada de los valores éticos y morales, la vigencia del principio de moralidad en el proceso judicial se debe acentuar aún más, ejerciendo una función docente y moralizadora. Es que si estamos convencidos de que el proceso es algo muy serio, en donde el fin es encontrar la verdad para determinar a cuál de las pretensiones de los justiciables le asiste la razón, y como consecuencia de ello debe triunfar quien la tiene de su lado y no el más vivo, el más chicanero o el que está dispuesto a *hacer cualquier cosa para ganar el pleito*, debiendo este, por el contrario, pagar el precio de su obrar indebido *¿Qué mejor forma de cumplir ese ideario que determinar que aplicar todas las consecuencias desfavorables al sujeto que se comportó incorrectamente?*

Un principio lógico nos indica que si una persona tiene algo para esconder, es porque la verdad lo perjudica. Y, además, ¿qué mejor forma de hacer honor al postulado de una sociedad en la que en todos sus órdenes existan verdaderos premios y castigos a las conductas de sus habitantes? Por otra parte, como lo anticipábamos, creemos que la propia utilización de las pautas moralizadoras va a generar una importante profilaxis en el proceso, convenciendo a las partes de que la honestidad durante su trámite – como decía Calamandrei – *a la larga es un negocio*. En tal orden de ideas también propiciamos que, así como en otros ámbitos del derecho rigen los estándares de *buen trabajador, buen padre de familia, buen vecino, etc.*, y – como en el propio proceso se habla del “*improbus litigator*” – para calificar a quien se comporta de forma inadecuada, y como contra cara de éste último, se denomine como estándar del *correcto litigante*<sup>36</sup> al tipo de conductas que deben asumir y mantener las partes en el proceso civil.

<sup>36</sup> HEÑIN, Fernando Adrián. Tesina final de la carrera de especialización en derecho procesal civil de la U.N.L. sobre *El valor probatorio de la conducta en juicio*, Santa Fe, 1998, p. 38.



## El principio de moralidad en el proceso civil actual

Además, ¿porqué tenemos tantos resquemores en aplicar las consecuencias de esta infracciones – cuando están debidamente acreditadas – en el proceso judicial, cuando en otros órdenes como por ejemplo en el fiscal, las consecuencias de una declaración jurada falsa son muy graves?

### LA PREVENCIÓN DE LA MALA FE

Si bien luego veremos las sanciones a la violación de tal principio, es obvio que primero nos interesa que la infracción no se produzca, o al menos cese, y para ello están las medidas preventivas. A nuestro juicio son diversas y combinadas sus resultados pueden ser muy eficaces para lograr disminuir considerablemente el número de conductas sujetas a reproche. Ellas al menos son:

#### Los llamados de atención

Para que el acto no se vuelva a repetir. Sobre todo en los casos de abuso del proceso, por ejemplo la utilización de recusaciones infundadas o de recursos contra toda resolución de trámite que se dicte. Al no constituir sanciones, tienen como otra consecuencia que son irrecurribles y por lo tanto quien desea persistir en tal actitud, no podrá usufructuar en su favor el tiempo que demandará la tramitación de una apelación contra tal decisión.

#### La intermediación

También puede disminuir tanto la malicia como la temeridad procesal.<sup>37</sup> Si el juez desde el primer escrito está en conocimiento efectivo de las pretensiones de la partes, por un lado estaría en condiciones de repeler in limine una demanda improponible, porque por ejemplo, su objeto es ilícito, sin tener que esperar al dictado de la sentencia de mérito. Si, por el contrario y como sucede muy a menudo en la actualidad, el juez conoce el expediente recién cuando se halla en condiciones de dictar el fallo, tal planteo temerario pudo haber rendido sus frutos durante largo tiempo – por ejemplo al estar incorporado en la información que manejan las entidades crediticias, que su parte contraria afronta un juicio (por más infundado que el mismo sea) por determinada suma de dinero, más grave aún puede ser si existe una medida cautelar decretada a favor del litigante de mala fe. Lo mismo sucede con la malicia, ya que las “chicanas” normalmente

<sup>37</sup> En Italia el Proyecto Solmi fue alterado en la redacción definitiva que hicieron Carnelutti, Calamandrei y Redenti, agregando en el art. 88 sanciones disciplinarias a las partes y sus defensores que no obren con lealtad y probidad, señalando como fundamento que “las ideas que han inspirado el código al ordenar las medidas más eficaces contra la mala fe procesal fueron: **el contacto directo entre el juez y las partes debe crear en éstas la absoluta inutilidad de las trapisondas y engaños**” (cit. en GOZAÍNI, op. cit., p. 35) (la negrilla me pertenece).

Fernando Adrian Heñin

se abortan más rápidamente cuando son advertidas inicialmente. Claro que tiene que existir un ejercicio efectivo de la intermediación.<sup>38</sup>

### Los procesos por audiencias

Que al concentrar el trámite en la preliminar y la de vista de causa, otorga menores posibilidades de hacer planteos dilatorios. También justamente por la intermediación que ejerce el juez, muchas chicanas que se hacen por escrito, se soslayan o son desistidas ante la vergüenza que puede experimentar el letrado o la parte al ser descubierto en las audiencias. Los que hemos ejercido la profesión alguna vez pensemos cuántas cosas hemos presenciado en los papeles fríos que forman los expedientes porque se sabe que recién eso lo lee el juez – o se lo reseña el relator – al momento de sentenciar y, que de tramitarse por audiencias, no se hubieran efectuado.

### El ejercicio de los poderes instructorios

Para el caso en que el código no contemple el mencionado trámite por audiencias, como el juez podría citar a la parte, al testigo o cualquier otro auxiliar para verificar personalmente si su versión poco creíble dada en audiencia se mantiene o prevalece el arrepentimiento y la verdad. Un careo puede ser muy útil también. Nuevamente la citación del juez y su presencia efectiva puede poner coto a una actuación contraria a verdad.

24

### La aplicación de tasas de intereses que no licuen el monto del juicio

Mientras la tasa de interés que apliquen los tribunales sea inferior a la forma en que lícitamente la parte demandada pueda percibir los frutos mensuales por el préstamo de ese capital, la consecuente “quita” de la deuda que se produce es una invitación a la malicia procesal. Es que, supongamos una compañía aseguradora que sabe que va a ser condenada a resarcir los daños y perjuicios causados por su cliente al actor y cuenta con el dinero, pero a la vez tiene presente que el interés que va a aplicar el Tribunal va a ser el correspondiente a la tasa pasiva, va

---

<sup>38</sup> Es decir, por un lado, cumpliendo el magistrado su deber de estar presente en las audiencias preeliminar, de absolución de posiciones, testimoniales, de explicaciones de los peritos, de conciliación, etc., – como en la práctica pocas veces ocurre por diferentes motivos-. Pero ese solo formalismo no alcanza, también debe cumplir la finalidad de su presencia, es decir ejerciendo el activismo judicial, al proponer fórmulas conciliatorias, comprobar las respuestas verbales y los gestos, el tono de voz, las posturas físicas de los comparecientes y efectuar todas las preguntas o repreguntas que, según el conocimiento previo del expediente, fueren útiles” (conf. HEÑIN, Fernando A. *Las pruebas difíciles*, en *Tratado de la prueba*, Dir. MIDÓN, Marcelo S. Librería de la Paz, Resistencia, 2007, p. 336.

## El principio de moralidad en el proceso civil actual

a esperar a la sentencia que puede llevar varios años, mientras el dinero para abonar la indemnización rinde sus frutos a una tasa mayor.

### SANCIONES Y CONSECUENCIAS DE LA VIOLACION DEL DEBER DE MORALIDAD

Para las partes y sus letrados

#### *La valoración judicial de la conducta procesal*

Es la posibilidad que tiene el juez de extraer argumentos o indicios del conjunto de comportamientos activos y omisivos desplegados por las partes durante la tramitación del proceso, siendo útil especialmente en los casos en que las pruebas producidas son insuficientes para que el mismo pueda reconstruir con certeza los hechos de la causa. Originariamente se la denominó “*valor probatorio de la conducta procesal de las partes*”,<sup>39</sup> pero incluso su principal propulsor en el derecho procesal iberoamericano, Jorge W. Peyrano,<sup>40</sup> actualmente considera más propicia la denominación que ahora adoptamos. a pesar de su existencia hace mucho más de medio siglo,<sup>41</sup> hasta el momento no se lo ha aplicado en la cantidad de casos en que así correspondería. En el ámbito nacional el art. 163, inc. 5, último párrafo del CPCC legisla dicho instituto,<sup>42</sup> normativa que ha sido criticada por la doctrina por otorgársele el valor de *mero elemento de convicción corroborante de las pruebas producidas en autos*, lo cual limita considerablemente su posibilidad de utilización. En otros ordenamientos más modernos como el del Chaco, no se establece qué valor concreto en cada caso puede tener el comportamiento desplegado por las partes – o terceros vinculados – durante el proceso.

Sobre el punto la doctrina está dividida. Algunos autores como Sentís Melendo opinaban que la conducta procesal modernamente no constituía un argumento de prueba;<sup>43</sup> otros como Devis Echandía y Cappeletti consideraban que la

25

<sup>39</sup> PEYRANO, Jorge W., Valor probatorio de la conducta procesal de las partes, LL, 1979-B-1049.

<sup>40</sup> PEYRANO, Jorge W., en la presentación del, Número especial sobre Valoración judicial de la conducta procesal, en Lexis-Nexis, Revista del 26/05/2004, p. 2

<sup>41</sup> Hablamos del instituto como construcción científica, ya que si nos remontamos a la antigüedad nos vamos a encontrar con el relato Bíblico de Salomón y las dos mujeres que disputaban la maternidad de un niño (Reyes 3:16-28), como lo apunta Inés LÉPORI WHITE, agregando que el mismo a su criterio es “En realidad el único caso que pude encontrar en el cual un juez lo decidió “exclusivamente por la conducta asumida por las partes”, aut. cit, La conducta procesal de las partes y los medios de prueba, Lexis Nexis – Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre Valoración judicial de la conducta procesal, 26/05/2004, p. 26.

<sup>42</sup> El citado párrafo prescribe que: “La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las pretensiones”.

<sup>43</sup> SENTIS MELENDO, Santiago, quien hace más de medio siglo señalaba que: “Modernamente, al menos en España, se observa una tendencia a prescindir de la conducta procesal como argu-

Fernando Adrian Heñin

gravedad del indicio debe ser apreciada por el juez libremente,<sup>44</sup> en postura compartida en líneas generales en la doctrina nacional por Alsina, Arazi, Fenochietto, Colombo, Kielmanovich, Fassi y Peyrano.<sup>45</sup>

Por nuestra parte adherimos a tal postura ya que consideramos que la conducta procesal de las partes podrá asumir diferente valor según las circunstancias de la causa, el material probatorio colectado, la naturaleza de la cuestión debatida, el comportamiento de la contraparte y la cantidad y gravedad de comportamientos disvaliosos. Lo enunciado en virtud de que nos encontramos en el ámbito de los hechos, producidos por el hombre en forma voluntaria, y que por lo tanto pueden asumir diferentes ribetes.<sup>46</sup> Es decir que el juez debe tener una amplia libertad para valorar dichos indicios que, según el caso, pueden tener un peso concluyente para la decisión del conflicto.

¿Y qué peor consecuencia desfavorable para el *improbis litigator* que hacerle perder el juicio?

### Las penas y multas

a) Diferencia entre penas y multas. Es importante recordar el distingo que realiza Jorge Peyrano acerca de lo que son las penas y la multas en el ámbito procesal, que radica en que las primeras tienen la intención resarcitoria tarifada del daño irrogado a la contraria del *improbis litigator* y las últimas tienen como destino las arcas estatales y no el patrimonio del afectado.<sup>47</sup> Hecha esta disquisición, debería determinarse en los códigos rituales en que caso se aplicará una pena y en cual una multa. Otra solución alternativa, teniendo en cuenta que el inmoral procesal afecta tanto al interés del Estado, es en cada caso de aplicación de una sanción pecuniaria, distribuirla por partes iguales a cada uno de estos dos sujetos.

b) De que manera se pueden aplicar las sanciones pecuniarias. El gran problema que aparece cuando se establecen sumas fijas es la desactualización que se genera luego de un tiempo en virtud de la inflación. Para solucionar ello se pueden establecer mecanismos que se actualicen más fácilmente (los IUS o las Unidades Tributarias), sobre todo cuando el litigio no posea un monto determi-

---

mento de prueba. El comportamiento en todos los aspectos de la vida, es una cuestión de circunstancias, no sólo del hombre; y las circunstancias pesan tanto como el hombre”, cit. en *Manual de derecho procesal civil* de E. DE MIDÓN, Gladis; MIDON, Marcelo, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 452.

<sup>44</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. cit. en *Manual de derecho procesal civil* de E. DE MIDÓN, Gladis; MIDON, Marcelo. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 452.

<sup>45</sup> HEÑIN, Fernando A. *El mal denominado valor probatorio de la conducta procesal de las partes: un instituto que debe ser correctamente aprovechado*, J.S., Santa Fe, n. 51, p. 69.

<sup>46</sup> HEÑIN, op. cit., p. 271.

<sup>47</sup> PEYRANO, 1978, p. 226.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

## El principio de moralidad en el proceso civil actual

nado. Para los otros supuestos es mejor el establecimiento de un porcentaje del monto del proceso, como lo establece el art. 45 del CPCCN o el CPCC del Chaco.

La solución más adecuada a mi juicio, es aplicar los porcentajes a las multas y, en los casos en que además exista un pedido de parte, se pueda establecer a favor de la misma otro porcentaje similar en concepto de pena. Así están cubiertos y compatibilizados los intereses públicos y privados del proceso. Si por el contrario la parte no lo pide, el juez debería aplicar oficiosamente la multa solamente.

### *La imposición de costas al improbus litigator o a su letrado.*

Tal lo preceptúan los arts. 76, 52 y concs. del ritual. Es importante especialmente ésta última opción, ya que la mayoría de las veces el abogado es el ideólogo y principal causante de las conductas inmorales de su parte.

### *La no regulación de honorarios al letrado de la parte que incurrió en un obrar temerario y malicioso*

Complementado con lo anterior, ¿qué mejor solución que no tenga su remuneración el letrado por el trabajo que causó un daño a la jurisdicción y a la contraparte? Puede ser un típico caso de trabajos inoficiosos y si le tocamos el bolsillo, tanto debiendo pagarle costas a la contraria como no recibiendo retribución por esa actividad, muy probablemente la próxima vez lo pensará dos veces antes de actuar con temeridad o malicia.

27

### *Daños y perjuicios*

Para el caso en que no exista la indemnización tarifada – pena civil – o bien que la parte considere que la misma no fue suficiente para reparar los daños causados y si la conducta del justiciable configura un ilícito civil, tiene la posibilidad de solicitar la indemnización de los daños y perjuicios con sustento en lo dispuesto por los arts. 1067, 1068, 1069 y 1109 del Código Civil. El típico caso es el del embargo pedido sin derecho.

### *Sanciones disciplinarias*

Así por ejemplo se puede sancionar con suspensión en la matrícula al abogado que incurra en un acto de mala fe procesal. Es importante que, si el abogado rinde para un cargo judicial o una asesoría letrada, en el respectivo concurso se tengan en cuenta tales antecedentes.

### *Sanciones penales*

Cuando el justiciable incurra en sustitución, ocultamiento o mutilación de un expediente judicial, (art. 173, inc. 8° del Código Penal), sin perjuicio de lo señalado respecto de la violación del deber de decir verdad.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012*

Fernando Adrian Heñin

### **Astreintes**

Si la conducta del justiciable consiste en desobedecer un mandato judicial, el Código Procesal autoriza que los jueces impongan sanciones compulsivas y progresivas, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento, tal lo dispone el art. 37 del CPCCN.

### **Sanciones para el juez o tribunal**

#### ***Multas y penas***

Al igual que al abogado, la mejor manera de sancionar al juez que no cumple con el deber de moralidad, es “tocarle el bolsillo”. Así si no dicta una sentencia en término, o bien es manifiesta su infundada negativa a apartarse de un expediente por tener una causal legal, deberían imponérsele multas y penas procesales, al igual que lo propiciado para la parte ímproba. Si bien esas posibilidades se encuentran establecidas en forma aislada en los códigos – por ej. el art. 298 del CPCC de la Provincia de Buenos Aires, para los casos en que se admite el recurso extraordinario de nulidad. Así también lo establecía el art. 44 del Decreto Ley 1407/62 del Chaco que regula el recurso de inconstitucionalidad, multa que fue derogada por la Ley n. 5951. Cabe destacar que en el Chaco mientras se encontraba prevista no era utilizada esta opción y al ser una suma fija, había quedado desactualizada.

28

#### ***La condena en costas al juez abusivo***

Como dice Gladis Midón, al ser de naturaleza procesal, puede ser legislada por las jurisdicciones locales, autora que fundamenta la propuesta en que en los supuestos de excesos rituales, el juez debe pagar las costas, por haber obligado sin razón a litigar a un semejante, a los fines de que éste último salga incólume de la contienda.<sup>48</sup> Agrega la misma que tal idea no comporta ninguna novedad ya que lo disponía el art. 240 del antiguo Código de procedimientos civiles para la Capital Federal, como asimismo el art. 114 del ritual de Tucumán y el art. 36 inc. III del similar de Mendoza, citando también las opiniones de doctrinarios de la talla de Alcalá Zamora, Chiovenda y Maurino.<sup>49</sup> Estamos totalmente de acuerdo con dicha solución, para lo cual debiera modificarse al respecto la legislación sobre las costas del juicio con el alcance señalado.

<sup>48</sup> E. de MIDÓN, Gladis. *Ideas para un efectivo freno al excesivo rigor formal, ese recurrente abuso de ciertos jueces*, Libro de Ponencias del XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, 2001, p. 864.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 866-867.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012

## El principio de moralidad en el proceso civil actual

### *Sanciones administrativas y causales mal desempeño*

En todas las normativas que rigen el actuar del juez están previstas las mismas, lo importante a recalcar aquí es que cuando las faltas tengan cierta entidad pero no ameriten la destitución del magistrado, sería conveniente una aplicación adecuada de sanciones menores que quedan en el legajo del magistrado, lo cual – al igual que sucede para el abogado-, debería ser tenido en cuenta por los órganos competentes de los concurso judiciales para el acceso a cargos superiores.

### *Sanciones penales*

El juez es responsable frente a la sociedad cuando incurre en algunas de las conductas tipificadas como delitos por el Código Penal.

### *Indemnizaciones civiles*

Se da la posibilidad de un reclamo por daños y perjuicios al justiciable perjudicado, cuando el magistrado dolosa o culposamente en el ejercicio de sus funciones le causa un daño (arts. 1109 y 1112 del Código Civil). Dicen las Bases del Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que es conveniente consagrar como deberes del juez (pto. 13. C) el de responder civilmente por los perjuicios causados por sus demoras injustificadas en proveer, para lo cual debe establecerse un procedimiento breve ante el correspondiente superior; sin perjuicio de la responsabilidad que le resulte por su dolo, fraude, abuso de autoridad o error inexcusable.<sup>50</sup>

29

## La importancia de una buena regulación legal de las sanciones

Finalmente cabe destacar que para prevenir infracciones al deber de moralidad, para que las partes sepan con certeza cuales van a ser las consecuencias de un obrar indebido, como para el magistrado que las va a aplicar – o el órgano de superintendencia o de enjuiciamiento en su caso si se trata del actuar incorrecto de un Juez-, sepan que tienen suficiente respaldo legal, deben estar especificadas las diferentes clases de sanciones previstas para cada acto que viole el deber de moralidad.

## BIBLIOGRAFIA

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*, Ed. La Rocca, 1998.

BIDART CAMPOS, Germán, Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio, comentando el fallo de la C.N.Civ., Sala F, 24/08/92, ED, diario del 02/03/1993.

<sup>50</sup> Conf. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988, p. 29.

Fernando Adrian Heñin

BERIZONCE, Roberto O. *El exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional*, Libro de Ponencias del XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, t. I, p. 851.

CARBAJAL, Fernando, *La Absolución de Posiciones y el artículo 18 de la C.N.*, El Dial.Com, Suplemento de Derecho Procesal – Doctrina, 11 de octubre de 2006.

CAYUSO, Susana G. La prueba compulsiva de sangre y los derechos y garantías constitucionales. Confrontación o armonía. La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional del 10/11/2003.

COUTURE. *Estudios de derecho procesal civil*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2003, T. III, pág. 169.

COUTURE, Eduardo. El deber de las partes de decir la verdad, en *Estudios de derecho procesal civil*, 2. ed., Bs. As., 1978, v. III.

DIAZ, Clemente. *Instituciones de derecho procesal civil*, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1968, t. I.

E. DE MIDÓN, Gladis; MIDON, Marcelo. *Manual de derecho procesal civil*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

FALCON, Enrique M. *Declaración de parte, confesión y juramento*, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. III.

FÚRNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*, trad. de Sergio González Calderón (Madrid, 1954), Ed. Revista de Derecho Privado.

30

GÓMEZ ALONSO, Julio. *Sanciones conminatorias o compulsorias en la reforma procesal civil española*, JA, boletín del 30/01/1991.

GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

GROSMAN, Cecilia; ARIANNA, Carlos. Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, L.L., 1992-B-1193.

HEÑIN, Fernando Adrián. *Modernos institutos procesales*, Ed. ConTexto, Resistencia, 2009.

HEÑIN, Fernando A. Valoración judicial de la conducta procesal, en *Tratado de la Prueba*, Librería de la Paz, Resistencia, 2007.

HEÑIN, Fernando A. *La necesidad de realizar la extracción compulsiva de sangre en los procesos de filiación*, Doctrina Judicial, La Ley, año XXI, n. 51, del 20/12/2006.

HEÑIN, Fernando A. La necesidad de modificar la legislación por los avances de la ciencia: el caso de las pericias biológicas en los procesos de filiación, *Revista de Processo, RePro* 168, año 34, Revista dos Tribunais, del IBDP, San Pablo, 2009.

HEÑIN, Fernando A. *Las pruebas biogenéticas y el indicio resultante de la negativa a someterse al examen. verdad versus ficción*. J.S., Ed. Jurídica Panamericana, Santa Fe, n. 67, p. 14.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Aspectos jurídicos del genoma humano*, ED, 153-943.

KIELMANOVICH, Jorge L. Valor probatorio de la conducta procesal de las partes, Libro de Ponencias del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, T. I.

MAURINO, Alberto L. *Abuso del derecho en el proceso*, La Ley, Bs. As., 2001.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 7-32, jan./jun. 2012



### El principio de moralidad en el proceso civil actual

MENDEZ COSTA, María J. Sobre la negativa a someterse a la prueba hematológica y sobre la responsabilidad del progenitor extramatrimonial no reconociente, LL, 1989-E-589.

MIDON, Marcelo S. *Pericias biológicas* – Enigmas que se le plantean al hombre de derecho, Ed. Jurídicas Cuyo, 2005.

MORELLO, Augusto M., en su Prólogo a la obra de Osvaldo A. GOZAÍNI, *La conducta en el proceso*, Ed. Platense, La Plata, 1988.

MORELLO-SOSA-BERIZONCE. *Códigos Procesales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, t. I.

MOISSET DE ESPANES, Luis. Negativa a someterse a la prueba de grupos sanguíneos, JA, 24-1974.

PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil, principios y fundamentos*, Astrea, Bs. As., 1978.

PEYRANO, Jorge W. *Procedimiento civil y comercial 1, Conflictos procesales*, Iuris, Rosario, 2002.

PEYRANO, Jorge W. El indicio vehemente, L.L., t. 190.

PEYRANO, Jorge W. en la presentación del, Número especial sobre Valoración judicial de la conducta procesal, en Lexis-Nexis, Revista del 26/05/2004.

Data de recebimento: 17/4/2011

Data de aprovação: 4/9/2012