

Dos problemas en la instancia de apelación

Gustavo Andrés Massano

Abogado. Miembro del Ateneo de Estudios
Procesales de Córdoba, Argentina.

Introducción

Las doctrinas del abuso del derecho, el exceso ritual manifiesto y la sentencia arbitraria

Se ha pensado, con acierto, que las bases del estado de derecho radican en gran parte en el logro de la seguridad jurídica. El ciudadano debe contar con la posibilidad de saber a qué reglas tiene que atenerse para el desarrollo de su conducta, de modo tal que pueda actuar con el convencimiento de que sus actos no podrán ser cuestionados por la sociedad. El principio de legalidad juega como un elemento fundamental para alcanzar tal cometido, desde que garantiza la decisión judicial fundada en ley anterior al hecho del proceso, evitando de este modo que el justiciable sea condenado por una conducta que previamente la ley no tachará de antijurídica. De allí el respeto casi sacramental que se le ha atribuido a tal principio del derecho.

Sin embargo, en la práctica, la mera fundamentación legal no basta para impartir justicia en debida forma. Es que en muchas oportunidades la norma no se adecua a la justicia del caso que palmariamente se aprecia con el simple auxilio del sentido común.

La necesidad de contar con un sistema preestablecido de reglas de conducta, y de garantizar su cumplimiento en base al principio de legalidad, no puede constituir un obstáculo para la obtención de una declaración jurisdiccional justa, cuando la iniquidad de la norma respecto del caso particular surja de manera ostensible. El derecho positivo es sólo una creación del hombre, y como tal, imperfecto; o sea, pasible de no contener la solución justa para todos los conflictos que se presentan a juzgamiento

Así, la evolución histórica de la doctrina de la arbitrariedad, en la República Argentina, nos demuestra cómo la práctica judicial fue poniendo al descubierto los defectos de la ley escrita, y cómo fue surgiendo la necesidad de suplir tales falencias.

En efecto, en principio aquella doctrina nació como una forma de descalificar al pronunciamiento, cuando "...resuelve *contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto del caso*"¹. Es decir, que el concepto de lo arbitrario estaba ligado con la configuración de una actividad caprichosa del juzgador, producto de su mera voluntad, y desconectada de sustento legal alguno. Así, tal doctrina aparecía como un instrumento sancionatorio de la no aplicación del principio de legalidad.

Amén de ello, la evolución jurisprudencial fue ampliando los motivos que habilitaban la función descalificadora de un pronunciamiento por "arbitrario". La mera fundamentación legal ya no sería suficiente para garantizar la construcción de un acto jurisdiccional válido. La configuración de otros errores inexcusables en el acto de juzgar, justificaron ampliar la función de policía del servicio de administración de justicia, estableciendo cánones mínimos para su adecuada prestación. De esta manera, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en virtud de defectos en el establecimiento del fundamento no normativo –o de hecho– (Vg.: por qué prescinden de prueba decisiva; o invocan prueba inexistente; o contradicen abiertamente otras constancias de autos; o hacen afirmaciones dogmáticas que sólo constituyen un fundamento aparente; o incurren en excesos formalistas o rituales; etc.)².

En definitiva, el desarrollo evolutivo de los alcances de la arbitrariedad, nos muestra la progresión del concepto que comienza como una forma de descalificar un pronunciamiento por no estar fundado en ley, y culmina abarcando una noción en sentido contrario, o sea, desautorizando la validez de pronunciamientos que aplican a rajatabla el texto legal, sin reparar en la notoria injusticia que ello provoca en el caso particular.

Es allí cuando se presentan ante el mundo jurídico *las teorías del exceso ritual manifiesto y el abuso del derecho*, como una forma de paliar los defectos del andamiaje normativo. La primera, descalificando el acto jurisdiccional que prioriza el formalismo en desmedro de la verdad jurídica objetiva. La segunda, poniendo límites al ejercicio de un derecho subjetivo que atenta contra los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo.

Ello constituye la prueba palpable de que la eficacia del acto de juzgar depende de la autocomplementación armónica y equilibrada que el juez realice de *la legalidad y la equidad*. La aplicación abstracta de uno de dichos presupuestos, con prescindencia del otro, genera una actividad con un tangible riesgo de incurrir en vicios que descalifiquen la eficacia del pronunciamiento.

Lo apuntado no debe tildarse de novedoso o aventurado. En realidad, desde las más remotas concepciones del derecho se ha insistido en que la base de un sistema judicial justo, se funda en la aplicación *moderada* de la ley. Es decir, en la utilización del *principio de equidad*, entendido éste como *el principio general basado en la justicia distributiva, que siempre debe guiar la facultad discrecional del juez, atemperando según aquel criterio de justicia el rigor de la letra*³. La puesta en práctica de tal actividad, no debe interpretarse como una forma de bregar por la vulnerabilidad de la ley, sino tan sólo como un intento de mantener vigente el fin último del derecho, cual es *dar a cada uno lo suyo*. En realidad, ello

¹ "Carlozzi c/Tornese Ballesteros" –C.S.J.N Arg. 207:72; 14.2.947

² Carrió, Genaro y Alejandro Carrió. "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria". Ed. Abeledo Perrot, Bs. As.; T. I, p. 58.

³ Ossorio, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". Ed. Eliasta. S.R.L., Bs. As. 1992; p. 388.

importa dar vida a la verdadera virtud de juzgar, más allá del presumible “riesgo” que implique la excepcional desatención al texto legal.

Sin embargo, en los países latinoamericanos, diferentes factores se han asociado para que aquel presupuesto del derecho deje de ser reconocido como tal, y de ese modo haya perdido la vigencia constante y perenne que tal atributo garantiza. Tal vez la desconfianza social en la probidad de los jueces haya ocasionado una suerte de conformismo con las decisiones que siguen parámetros objetivos predeterminados, y que no dependen de la capacidad del juzgador para interpretar la justicia de cada caso particular que se presenta a juzgamiento⁴. Tal vez los propios jueces procuren esquivar la responsabilidad judicial individual, “...amparándose exculpatoriamente en una presunta obligación legal inevitable”⁵.

En fin, al margen de las razones que hayan dado lugar a que los jueces se muevan en un sistema exegético, lo cierto es que los vacíos legales, la incompatibilidad de la norma con la justicia en un determinado caso, la actitud descomprometida de los jueces al fallar, y otras imperfecciones de un modo de juzgar que no contempla la natural inclusión de la equidad como principio fundamental, han ocasionado la aparición de teorías del derecho, que inspiradas en dicho presupuesto general, intentan standarizar algunas soluciones a los problemas que el legalismo exacerbado ha producido.

Así, entrando al motivo de la presente glosa, en lo que sigue intentaremos analizar dos problemas que suelen presentarse en la etapa procesal de la apelación, y cuyas hipótesis de solución, precisamente encuentran sus raíces en dos de las teorías consideradas más arriba: *la sentencia arbitraria y el exceso ritual manifiesto*.

Concretamente, se examinarán dos problemáticas que se interrelacionan: 1. el exceso en la declaración de deserción de la apelación; 2. la remisión a los fundamentos de la sentencia de primer grado: causal de nulidad por falta de fundamentación.

A través del estudio de estos problemas, procuraremos demostrar que algunos países latinoamericanos, cuentan con un régimen legal –en la práctica no utilizado en toda su dimensión– que está inspirado en el dualismo de aquellos principios del derecho (legalidad y equidad), y que autoriza la aplicación de las teorías enunciadas supra. La normativa constitucional de dichos países, o las reglas del derecho sustantivo o del procedimiento que en ellos rigen para la construcción de un acto jurisdiccional válido, constituyen ejemplos de disposiciones legales que facultan y obligan a sus jueces a realizar una actividad que va mucho más allá de la simple aplicación e interpretación exegética de la ley, o de la mera aplicación de un formalismo exagerado que contradiga la realidad objetiva que se presenta ante los sentidos del juzgador.

⁴ Cfr. Pásara, Luis. “Jueces y justicia en tela de juicio”, pgfo. 1.1, El rechazo social y otras impugnaciones. En: *Gaceta Jurídica* T. 20, agosto de 1995, Lima, Perú; pp. 37-A/40-A.

⁵ Pásara, Luis, *Op. cit.*; pgfo. 2.3, El núcleo del problema; p. 47-A. En: *Gaceta Jurídica*, T. 20, agosto de 1995, Lima, Perú.

A. El exceso en la declaración de deserción de la apelación

I. La fundamentación de la apelación: idoneidad técnica del escrito

La apelación se presenta como un remedio ordinario tendiente a remover la injusticia causada por el juez de primer grado. De ordinario su proposición se desdobra en dos momentos: uno *volitivo*, donde el interesado manifiesta su voluntad de alzarse contra la decisión, que se cumple generalmente ante el Juez de primer grado, y otro *intelectivo*, mediante el cual la parte expone las razones que tiene para sostener su disenso. Este último tiene lugar ante el Tribunal de apelación, mediante la denominada expresión de agravios. Esta pieza procesal fija los límites de la competencia funcional del Tribunal de Alzada. De allí la importancia que tiene la definición legal de la actividad que debe realizar el apelante para cumplir en debida forma con el acto de expresar agravios.

En este sentido, la jurisprudencia y la moderna legislación procesal latinoamericana, han supeditado el acto de fundamentación del recurso, al cumplimiento de una serie de recaudos de orden técnico, que procuran garantizar la seriedad de la impugnación, evitando maniobras meramente dilatorias. Así, la mayoría de los Códigos latinoamericanos han utilizado variados intentos de reglamentación acerca de los requisitos técnicos de la fundamentación del recurso; todos ellos, mediante fórmulas que procuran sintetizar la descripción de la tarea que implica la expresión de agravios eficiente.

En el caso del Perú, su Código Procesal Civil exige, la indicación del “...*error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria.*” (Art. 366).

El C.P.C. del Paraguay, establece la necesidad de realizar un “... *análisis razonado de la resolución...*”, y de “...*exponer los motivos que se tienen para considerarla injusta o viciada.*” (Art. 419).

El C.P.C. de Uruguay se limita a expresar que: “*La apelación debe presentarse en escrito fundado*” (Art. 253).

El denominado Código Procesal C. y C. de la Nación, República Argentina. Concretamente expresa que “*El escrito de expresión de agravio deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores ...*” (Art. 265).

Este último dispositivo legal, con una técnica legislativa acertada, no entra en descripciones de la actividad idónea del apelante, para evitar el riesgo de caer en una descripción parcial, que genere una interpretación limitada de lo que es una expresión de agravios eficiente. Directamente, el citado artículo se ha limitado a señalar los atributos con que aquella debe contar para lograr un nuevo juzgamiento de la cuestión. Así, cuando alude a la “*crítica concreta*”, lo hace en el sentido de que la expresión de agravios debe referirse a específicos elementos de juicio de esa causa, ya sean: valoración de pruebas, o cuestiones de puro derecho, a los que el apelante les atribuya trascendencia para revertir la solución del punto controvertido. Y cuando menciona que la crítica también debe ser “*razonada*”, lo hace en el sentido de que las referencias concretas no pueden limitarse a meras lamenta-

ciones, sino que deben contar con *armazón lógico que supere el razonamiento del juez de primer grado*.

Otros Códigos como los de Colombia, Honduras y el de la Provincia de Córdoba (Argentina), nada dicen acerca de los recaudos de orden técnico necesarios para habilitar la competencia del tribunal de apelación⁶. Sin embargo, al menos en el caso de la Provincia de Córdoba, la doctrina y jurisprudencia se han ido encargando de fijar pautas evaluativas de la suficiencia técnica de dicho acto procesal.

En fin, como se podrá apreciar, varios países de Latinoamérica han intentado definir qué debe entenderse por expresión de agravios apta para provocar un nuevo juzgamiento de la cuestión. Al respecto, cabe destacar, que a pesar de que las técnicas legislativas citadas son diversas, todas ellas coinciden en la intención de explicar –de una manera u otra– que el fundamento de la apelación debe dirigirse a *marcar los presuntos errores de la resolución impugnada*.

a. Aplicación de las reglas de la teoría de la argumentación, en la fundamentación del recurso

La tarea de exponer los equívocos del Juez de primer grado, no necesariamente debe resultar compleja; sin embargo, cabe advertir, que la eficacia de aquella depende del respeto a determinadas reglas que rigen sobre la argumentación de las pretensiones judiciales. En este sentido, es dable recordar que la base argumental que esgrimen los abogados para lograr el acogimiento de las pretensiones de sus representados, "... no es una argumentación de cualquier forma, sino que la misma se encuentra reglada doblemente: por las normas procesales, por un lado, y por las reglas de la lógica judicial, por el otro⁷. Las primeras, prescriben la nominación de los recaudos que el litigante debe cumplir (v.gr.: en la demanda: designar la cosa que se demande con exactitud; relatar los hechos y el derecho aplicable; realizar la petición en términos claros y precisos. En la expresión de agravios: realizar una crítica concreta y razonada de la resolución impugnada). Las segundas, no se encuentran escritas en la ley, pero se refieren a la forma en que aquellos recaudos deben cumplirse para lograr eficiencia. Es sobre estas últimas donde centraremos nuestro análisis en lo que sigue.

Así, en primer término cabe aclarar que cuando hablamos de la lógica judicial en el campo de la argumentación, nos estamos refiriendo a las reglas de la dialéctica. Es decir, a una forma de razonar que se compone de proposiciones probables –en oposición a las necesarias apodícticas⁸– pero que admite la crítica fundada, en orden a lograr un permanente mejoramiento o perfeccionamiento hacia la verdad (razonamiento práctico prudencial)⁹. Es decir, que si no hay crítica fundada, tampoco habrá mejoramiento de las premisas anteriores.

⁶ En cambio la ley de procedimiento de familia (Nº 7676) sí contiene una norma sobre el particular, que dispone que "La expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes de la resolución que el recurrente considera equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores" (Art. 135).

⁷ Andruet, Armando Segundo (h). "La naturaleza del razonamiento judicial. El razonamiento débil". Ed. Alveroni, Córdoba, Argentina, 1993; p. 82.

⁸ "Se llama razonamiento apodíctico al que se compone de premisas necesarias y que forma parte del método utilizado en las ciencias duras, o sea, de naturaleza físico matemático." Andruet, Armando Segundo (h). *Op. cit.*; nota 6, pp. 63-68.

⁹ Cfr. Andruet, Armando Segundo (h). *Op. cit.*; nota 6; p. 64.

Ahora bien, para criticar fundadamente a una de las proposiciones que componen el juego dialéctico, es necesario “explicar la utilidad, coherencia, etc., de la premisa que se estima verdadera, y por otro lado efectuar la demostración del necesario desacierto, inadecuación o inutilidad en que se caería, de seguir la tesis contraria”¹⁰.

Esta es la actividad que deberá realizar el impugnante para marcar el presunto error de la resolución impugnada. Demostrar la incorrección del fallo, confrontando al mismo con las razones que –en principio– prueban su incoherencia. Esas razones, al nacer en función del fallo que se ataca, adquieren la calidad de una nueva proposición en el juego dialéctico de las partes, capaz de refutar la decisión de primer grado, y de generar un nuevo juicio mejorado sobre la cuestión.

Cuando decimos que la proposición debe presentarse como *novedosa* respecto del fallo que se ataca, nos referimos a que el apelante debe proponer un nuevo elemento argumental, que al no haber sido incluido dentro del razonamiento del Juez de primer grado, genere una presunción de error en la construcción de dicho razonamiento. Sólo cuando el escrito de expresión de agravios cumpla con ese cometido, tendrá la virtualidad suficiente para lograr que el tribunal de segunda instancia brinde una respuesta sobre aquel elemento argumental; ya sea, confirmando el error que denuncia este último, o negando la existencia del mismo en virtud del temperamento propio del tribunal de alzada. Por ello, cuando se dice que la expresión de agravios debe refutar el razonamiento del juez de primer grado, se entiende a la refutación, no en el sentido estricto de su acepción –argumento que destruye las razones del adversario– sino en su noción lógica, es decir, como una nueva proposición que se agrega al juego dialéctico, capaz de generar un nuevo juicio de la cuestión, no necesariamente contrario al anterior, pero sí mejorado.

De lo dicho se colige que la fundamentación de la apelación no constituye una mera repetición de lo argumentado en presentaciones anteriores (demanda o alegatos), pues tales proposiciones ya han sido consideradas –conjuntamente con las de la contraria– en el acto decisorio impugnado. Es decir, en orden a los razonamientos, no deben existir repeticiones argumentales. En cuanto a esta última limitación, cabe aclarar que la misma no alcanza a la versión de los hechos que el apelante sustenta desde la traba de la *litis*, la que, obviamente sí se puede reiterar, sino que se refiere a la imposibilidad de insistir sin más, con los argumentos que fundamentaron aquella versión en la demanda, contestación, o alegatos; porque esos argumentos –mal o bien– ya han sido juzgados. Sólo cuando permanecen incontestados es lícito reiterar el contenido argumental de las defensas argüidas¹¹.

a.1. Ejemplos

Algunos supuestos podrán explicitar mejor lo apuntado en el punto anterior.

Primer ejemplo:

Imaginemos un caso de resarcimiento de daños en el que el Juez de primer grado niegue valor convictivo a una declaración testimonial, por encontrar factores que demuestran que el testigo ha sido inventado, y que en realidad no presenció el mentado accidente.

¹⁰ Andruet, Armando Segundo (h). *Op. cit.*; nota 6, p. 65.

¹¹ Ver punto A I.b. “El caso de la sentencia de primer grado infundada”.

Supongamos que el magistrado haya fundado la citada conclusión de la siguiente manera: *"... el testigo Juan Escobar realiza una descripción del siniestro en exceso detallada que no se compadece con lo que normalmente una persona podría recordar, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se produjo el hecho dañoso hasta la fecha de la testimonial. Ello la torna sospechosa, en el sentido de que la declaración podría haber sido preparada, más aun teniendo en cuenta la marcada contradicción de sus dichos con los testigos que ofrece la actora, y que, por otro lado, existen elementos que acreditan fehacientemente la presencia de estos últimos en el suceso motivo del presente pleito."*

El demandado perjudicado por la desestimación de dicho medio probatorio, apela la resolución, fundando el recurso con la siguiente base argumental: *"...el Juez yerra al desestimar el testimonio del Sr. Juan Escobar, pues la precisión de los dichos del testigo no puede constituir un elemento que lo invalide, más aún cuando existe prueba que demuestra que estuvo en el lugar del hecho, como el sumario policial labrado por el agente que intervino en la constatación del siniestro, donde se dejó constancia de la presencia del Sr. Juan Escobar..."*

La parte remarcada constituye la nueva proposición del apelante, no considerada en el temperamento del Juez de primer grado. En efecto, si confrontamos el razonamiento del sentenciante, con la expresión de agravios del impugnante, se podrá observar cómo el primero nada dice acerca de la constancia que surge del sumario policial. De este modo, la fundamentación del recurso ha incorporado un nuevo elemento no tenido en cuenta por el magistrado interviniente, que desarticula la estructura lógica de su razonamiento, poniendo en duda la certeza del mismo.

Dicho en términos más didácticos, la incertidumbre que ha generado la expresión de agravios del ejemplo, se podría formular así: Si en el razonamiento del juez de primer grado incluimos la cuestión del sumario policial, la conclusión, ¿será la misma?

Cuando la fundamentación del recurso genere una duda del tipo señalado, significa que tiene idoneidad para mantener abierta la instancia de apelación, y que, por lo tanto, resulta mercedora de un nuevo juzgamiento de la cuestión, que dilucide aquella incertidumbre, confirmando o revocando la sentencia impugnada, pero siempre incluyendo en su temperamento la respuesta a la nueva proposición esgrimida por el apelante.

Así, en el caso que imaginamos, la respuesta del tribunal de alzada podría ser la siguiente: *Si bien es cierto que en el sumario policial obra constancia de la presencia del Sr. Escobar en el lugar del hecho al momento en que se labrara aquel ello no es suficiente para acreditar su asistencia en el preciso instante del siniestro. Por el contrario, se puede haber promovido maliciosamente su inclusión en el sumario, con el fin de ser utilizado posteriormente como testigo. Tal hipótesis se hace convincente, teniendo en cuenta que los testigos de la contraria declaran de manera más creíble, y que la imparcialidad de los mismos puede inferirse con convicción, en virtud de la calidad de propietarios del negocio que se encuentra justo al frente del lugar del accidente, lo que los convirtió en ocasionales observadores del siniestro, según lo han reconocido ambas partes"*.

Puede observarse cómo el tribunal de apelación, implícitamente, ha admitido la suficiencia técnica de la expresión de agravios, pues ha ingresado directamente a juzgar

nuevamente el fondo de la cuestión, tal como lo requiere el impugnante. También puede observarse que dicho Tribunal ha confirmado la decisión de primer grado, pero incluyendo en su razonamiento la respuesta a la proposición esgrimida por el apelante, mejorando, de este modo, el juicio de la resolución anterior.

Asimismo, al haberse admitido la suficiencia del escrito de expresión de agravios, y posteriormente confirmado la sentencia de primer grado, queda demostrado que el juicio de admisibilidad por el que se evalúa la idoneidad técnica de dicho acto procesal, no incluye el examen de la procedencia sustancial del recurso, sino simplemente –se insiste– la indagación de la existencia de una nueva proposición argumental, con entidad suficiente para generar una presunción de error en el razonamiento del juez de primer grado, que merezca una respuesta del tribunal de mayor jerarquía. Sólo al momento de brindar esa respuesta, entonces sí, se estará realizando el juicio acerca de la procedencia sustancial del recurso.

Segundo ejemplo:

En el primer supuesto la nueva proposición esgrimida por el apelante, al fundar su recurso, radica en la omisión en que ha incurrido el juez de primer grado, de valorar una constancia de la causa (sumario policial).

Ahora bien, también puede suceder, que el argumento de la expresión de agravios, no se refiera a una omisión de valoración de una constancia de la causa, sino, que enuncie una diferente forma de valoración.

Para dar un ejemplo, tomemos el mismo caso anterior, pero con una variante. Imaginemos que el Juez de primer grado haya negado el valor convictivo de la testimonial, pero esta vez incluyendo en su razonamiento la cuestión del sumario policial: *“...el testigo Juan Escobar realiza una descripción del siniestro en exceso detallada que no se compadece con lo que normalmente una persona podría recordar, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se produjo el hecho dañoso hasta la fecha de la testimonial. Ello, la torna sospechosa, a pesar de la constancia del sumario policial que da cuenta de la presencia de dicho testigo al momento del arribo de la policía al lugar del hecho. Tal constancia no es suficiente para probar la presencia de Escobar en la oportunidad del siniestro. Más aún teniendo en cuenta la marcada contradicción de sus dichos con los testigos que ofrece la contraria, y que, por otro lado elementos que acreditan fehacientemente la presencia de estos últimos en el suceso motivo del presente pleito”*.

El apelante podría fundar su recurso de la siguiente manera: *“...el Juez yerra al desestimar el testimonio del Sr. Juan Escobar pues la precisión de los dichos del testigo no puede constituir un elemento que lo invalide. Por otro lado, el magistrado no puede apartarse de las constancias que surgen del sumario policial, pues el mismo constituye un instrumento público cuyo contenido no puede reputarse inválido, sin que haya sido redargüido de falsedad por la parte interesada. Circunstancia ésta, que no se ha dado en el caso de autos”*.

Nuevamente la parte remarcada constituye la nueva proposición del apelante no considerada en el temperamento del Juez de primer grado. En este caso el recurrente ha marcado un presunto error de la decisión impugnada, haciendo referencia a una forma de

valorar el sumario policial, no tenida en cuenta por el magistrado interviniente; cual es la eventual calidad de instrumento público de dicho sumario, y la ausencia de impugnación de falsedad sobre el mismo.

Una vez que hemos analizado dos situaciones que muestran a la expresión de agravios técnicamente idónea para lograr un nuevo juzgamiento de la cuestión controvertida, analicemos el caso en que dicho acto procesal no haya cumplido con ese cometido.

Para ello tomemos como base el primer ejemplo citado supra: Recordemos el argumento del juez de primer grado: *"..el testigo Juan Escobar realiza una descripción del siniestro en exceso detallada que no se compadece con lo que normalmente una persona podría recordar, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se produjo el hecho dañoso hasta la fecha de la testimonial. Ello la torna sospechosa, en el sentido de que la declaración podría haber sido preparada, más aún teniendo en cuenta la marcada contradicción de sus dichos con los testigos que ofrece la actora, y que, por otro lado, existen elementos que acreditan fehacientemente la presencia de estos últimos en el suceso motivo del presente pleito"*.

Supongamos que el apelante impugna la resolución expresando que: *"...el Juez yerra al desestimar el testimonio del Sr. Juan Escobar, pues este no sólo presencié el hecho, sino que sus dichos son precisos en el sentido de que el responsable del accidente ha sido el actor. Así, el testigo es terminante cuando declara que el accionante cruzó el semáforo en rojo a extremada velocidad"*.

Tal argumento impugnativo no será suficiente para generar un nuevo juicio sobre la cuestión, pues carece de una nueva proposición que refute el razonamiento lógico efectuado por el juez de primer grado. En efecto, recordemos que el magistrado había desestimado el testimonio del Sr. Escobar, sobre la base de razones en virtud de las cuales se podía inferir que el testigo no estuvo en el lugar del hecho, y que fue maliciosamente entrenado para declarar en favor del demandado. Tales razones no han sido atacadas por el apelante, sino que éste simplemente insiste en la idoneidad de su testigo, pero sin explicar porqué a pesar de los motivos esgrimidos en la resolución, el Sr. Escobar sí presencié el accidente y no fue preparado maliciosamente para declarar.

En términos de la lógica judicial el impugnante no ha refutado las premisas en que se sienta el silogismo del juez de primer grado, sino que las ha dejado firmes, pues no ha aportado elemento argumental alguno que ponga en duda la certeza de aquellas premisas, y de la conclusión que de las mismas surge.

Tal como expresáramos al referirnos a las reglas de la teoría de la argumentación, la crítica fundada debe esgrimir una nueva proposición justificante de la utilidad, de la premisa que se estima verdadera, y por otro lado efectuar la mostración del necesario desacierto, en que se caería, de seguir la tesis contraria. Esta es la actividad que ha omitido realizar el impugnante del último ejemplo ensayado; ello así, su expresión de agravios es técnicamente insuficiente para mantener abierta la instancia de apelación, correspondiendo, por lo tanto, declarar la deserción del recurso de apelación.

Finalmente, como corolario de lo expuesto, cito una definición extraída de diversos casos jurisprudenciales que con gran eficacia –a mi criterio– describe al contenido exigible a la expresión de agravios: "Si bien la expresión de agravios no requiere de fórmulas sacra-

mentales para que se pueda considerar cumplida la carga procesal respectiva, se requiere que sea una crítica concreta y razonada que ataque la línea de razonamiento del *a quo*, indicando concretamente los puntos con los cuales el apelante está disconforme. A tal fin el interesado debe precisar punto por punto los errores, omisiones o deficiencias de la sentencia, y poner de manifiesto los errores de hecho o derecho, indicando con argumentos y pruebas dónde se encuentra el yerro de juicio del juez, o la equivocación en el proceso mental y lógico del pensamiento del mismo y expresando cuál es la solución que se pretende del tribunal *ad quem*¹².

b. El caso de la sentencia de primera instancia infundada

Puede suceder que en la sentencia de primera instancia no se hayan contestado en forma acabada los argumentos esgrimidos en oportunidad de demandar, o contestar la demanda, o de alegar.

En ese caso, la idoneidad técnica de la expresión de agravios ya no dependerá de la incorporación de nuevas proposiciones que refuten el razonamiento del juez de primer grado. Ello así, por cuanto en realidad tal razonamiento no existirá, al menos analizado el mismo desde la perspectiva del tipo de razonamiento que el proceso justo pretende garantizar.

No debe olvidarse que el derecho pertenece al ámbito de las ciencias sociales, que por estar dirigidas al estudio de la conducta del hombre, no pueden prevalerse del método empírico de las ciencias duras (o de naturaleza físico-matemático), que proporciona la posibilidad de lograr conclusiones certeras sobre la base de premisas necesarias.

Por ello, la única forma con que cuenta el proceso judicial para garantizar la mayor aproximación a la verdad, es evitando la configuración de la arbitrariedad. Tal cometido puede lograrse sólo a través de la obtención del *razonamiento práctico prudencial*.

Como expresáramos más arriba, esa forma de razonar se compone de proposiciones dialécticas probables –en oposición a las necesarias apodícticas–, pero siempre admite la crítica fundada, en orden a lograr un permanente perfeccionamiento hacia la verdad. En otras palabras, si bien este tipo de razonamiento no puede asegurar el alcance de la verdad absoluta en orden al problema planteado, al menos permite que sus conclusiones sean mejoradas indefinidamente¹³, en base a proposiciones que demuestren el error incurrido en la conclusión anterior (crítica fundada).

Ahora bien, así como la crítica eficiente para lograr el perfeccionamiento del razonamiento atacado, debe ser fundada, también se requiere que dicho razonamiento lo sea. No hay posibilidad de impugnar eficazmente una conclusión, si ésta no cuenta con premisas que la expliquen y justifiquen. Ya se ha dicho que la crítica fundada debe explicar la utilidad y coherencia de la premisa que se estima verdadera, y por otro lado efectuar la mostración

¹² Palacio, Lino y Adolfo Alvarado Velloso. Citas jurisprudenciales (que por su extensión omitimos mencionar). En: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente". Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, Argentina, 1992; pp. 389-392.

¹³ Si bien el razonamiento práctico prudencial permite el perfeccionamiento de sus conclusiones de manera indefinida, ello no puede aplicarse en el campo del derecho por razones obvias. El justiciable concurre al órgano jurisdiccional para obtener una decisión que dirima definitivamente el conflicto que lo acucia. Ello así, el perfeccionamiento de las conclusiones de la judicatura, tiene un límite, el que está marcado por el más alto tribunal al que la contienda tenga capacidad de acceso.

del necesario desacierto, en que se caería de seguir la tesis contraria. Por lo tanto, si la decisión que se pretende impugnar carece de premisas fundantes, el impugnante se verá privado de la posibilidad de rebatirlas.

La decisión jurisdiccional debe cumplir con el razonamiento práctico prudencial; es decir, debe explicar las razones en virtud de las cuales se acoge una pretensión y se rechaza la otra. De otro modo la resolución será arbitraria, pues habrá impedido la posibilidad de que ella sea criticada con eficacia, y con ello se eliminará el único medio con que cuenta el proceso para garantizar el acercamiento a la verdad.

Así se ha dicho, que la correcta construcción de la sentencia requiere que el juzgador "...brinde al justiciable las razones jurídicas por las que se rechazan y acogen las respectivas pretensiones. Si ello no se cumple, se privará a las partes de conocer y fiscalizar el proceso racional de deliberación y reflexión del tribunal,..." impidiendo al perdidoso la posibilidad de rebatir la decisión que lo perjudica.

En definitiva, ante tal situación, no podrá exigirse –al apelante– una expresión de agravios que refute un razonamiento que no existe, siendo suficiente, a los fines de la idoneidad del escrito, reiterar los argumentos incontestados que se esgrimieron en presentaciones anteriores, y destacar la ausencia de fundamentación del fallo, solicitando la nulidad del mismo.

c. Criterios de evaluación

Teniendo en cuenta que estamos en presencia de un recurso ordinario, la interpretación de los requisitos de admisibilidad de la apelación deben ser amplios, a diferencia de lo que acontece con relación a las impugnaciones extraordinarias, donde el criterio de evaluación es estricto.

Tal diferencia surge de la propia naturaleza de uno y otros: en el caso de la apelación, se intenta corregir los presuntos errores cometidos por el juez de primera instancia, de modo que exista un doble juzgamiento sobre los hechos y el derecho, a fin de garantizar una decisión ajustada a derecho y, por sobre todo, que concrete el ideal de justicia en el caso concreto. En los recursos extraordinarios, ya ha habido un control anterior, de modo que sólo cuando existan vicios serios y predispuestos legalmente, se justificará su viabilidad.

Lo expuesto no significa que, en aras de la justicia del caso, se deje absolutamente de lado el principio dispositivo que, en general, informa a los ordenamientos procesales civiles. Esto es, el tribunal de alzada no puede suplir la falta de expresión de agravios, sea sobre la sentencia en general o sobre algún capítulo de la misma, en particular. Pero, expuesto el disenso, aunque sea mínimamente, debe ser atendido por la cámara, como una forma de garantizar al justiciable el acceso a la justicia, el cual no se limita a petitionar ante los órganos competentes, sino que incluye la posibilidad de obtener de ellos una resolución fundada.

Así la jurisprudencia argentina ha sostenido que: "En orden a la valoración de la suficiencia o insuficiencia de la expresión de agravios debe aplicarse un criterio amplio, por ser el que mejor armoniza con el ejercicio irrestricto del derecho de defensa tutelado por la CN. Sin que esa flexibilidad llegue a un extremo tal que se traduzca en los hechos en la

prescindencia de lo dispuesto por el CPCCN, en su Art. 265¹⁴. "Habiéndose resuelto que existiendo duda acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga de rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tener por cumplida la susodicha carga¹⁵". La deserción de recurso por insuficiencia de contenido del escrito de expresión de agravios debe ser interpretada con criterio restrictivo, debiendo por lo tanto desecharse un excesivo rigor formal¹⁶.

II. Exceso

a. Origen histórico del problema

La expresión de agravios se ha definido como: " el escrito en el cual el apelante examina los fundamentos de la sentencia y concreta los errores que a su juicio ella contiene, de los cuales derivan los agravios que reclama ante el tribunal de mayor jerarquía"¹⁷.

También se ha sostenido que "es el acto mediante el cual, fundando la apelación, el recurrente refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas en la sentencia en lo que atañe a la apreciación de los hechos o de la prueba o a la aplicación de las normas jurídicas"¹⁸.

Los conceptos transcritos parecen no presentar mayores dificultades de interpretación, sin embargo, si nos atenemos a las variadas y diferentes formas en que los tribunales han fallado sobre tal materia, inmediatamente llegamos a la conclusión de que la cuestión presenta aristas complicadas que requieren de un tratamiento particularizado a los fines de su clarificación.

En realidad, el problema se inicia con la evolución del concepto y función del escrito de expresión de agravios.

Los viejos códigos procesales no contaban con normas que reglamentaran acerca de los requisitos técnicos con que debía cumplir la expresión de agravios para ser reconocida como suficiente o idónea, y de ese modo mantener abierta la segunda instancia. Ello provocó una doctrina jurisprudencial, en principio beneficiosa, que pretorianamente fue elaborando aquellas reglas, con el fin de evitar impugnaciones meramente dilatorias que carecían de una crítica fundada a la resolución de primer grado. Luego, los modernos textos legales fueron paulatinamente incorporando algunas de estas reglas, las que al aplicarse en forma rigurosa, llegaron a desvirtuar este acto procesal, y a consolidar un fenómeno ritualista ocioso en la forma de evaluar la idoneidad del escrito de expresión de agravios.

Así las cosas, lo que comenzó siendo una mejora del sistema apelatorio, se convirtió en un instrumento inquisitorio, con una marcada tendencia a declarar desierto el recurso de apelación.

Al respecto, cabe aclarar, que la técnica legislativa que motivó la incorporación de normas que exigen el cumplimiento de recaudos de orden técnico al fundamentar la ape-

¹⁴ CFCC Cap, 1^a, 30.4.84, ED, 111-513., 31.3.86, LL, 1986-C-468

¹⁵ CNCom, A, 27.3.81, ED, 93-592

¹⁶ C. S. de Justicia de la República Argentina de, 26.11.71, LL, 146-624 (28.355 S); 18.3.80, LL, 1980-C-255

¹⁷ Alsina. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil". Ed. Ediar Bs. As. T. IV, p. 389

¹⁸ Palacio, Lino Enrique. "Derecho Procesal Civil". Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1977; T.V, p.266.

lación, sin duda importó la concreción legal de basamentos lógicos que garantizan el juego dialéctico necesario para la obtención del razonamiento práctico-jurídico, en oposición al razonamiento arbitrario¹⁹. Pero es que tal vez el desconocimiento de los jueces del sentido de tales normas, sumado a una interpretación literal del texto legal, produjo una desnaturalización de aquellas disposiciones, y así, el denominado exceso ritual en la declaración de deserción de la apelación.

b. Las causas del exceso

Como dijimos al tratar el origen del presente problema (pto. a), la incorporación de normas procesales que intentaron conceptualizar a la expresión de agravios eficaz, o procuraron describir la tarea técnica que debía realizar el apelante al formalizar tal acto procesal, produjo una suerte de rigorismo exagerado en la forma de realizar el juicio de admisibilidad de la apelación.

En lo inmediato, realizaremos la búsqueda de las causas más importantes que dieron lugar a este fenómeno. Tal tarea nos resultará más sencilla, ahora que conocemos cuál es la actividad realmente importante que debe cumplir el apelante al fundar su recurso.

b.1. Estilo forense

Las lógicas limitaciones del texto legal para definir en forma acabada a la expresión de agravios suficiente, dio lugar a esmerados intentos de la doctrina por guiar en forma más completa a abogados y magistrados en la tarea de fundar el recurso y de evaluar su idoneidad, respectivamente.

Así, no fueron pocas las opiniones doctrinarias que incluyeron entre los recaudos a cumplimentar al expresar agravios, el desarrollo de un *estilo forense* adecuado en la redacción. El consejo era valioso, teniendo en cuenta que tal uso en la escritura hace referencia a: 1. discreción en la censura (nunca dirigirse a la persona del Juez en forma agraviante); 2. claridad, organicidad y sistematización de los temas a exponerse (centrar la exposición en los hechos relevantes y presentando a éstos en un orden lógico); 3. lealtad hacia el tribunal y el adversario (no incurrir en fraude intelectual: citas de fallo u opiniones de autores en forma engañosa); etc. Pero su aplicación indiscriminada trajo aparejada notorias injusticias, al darse prioridad a dichos requisitos –que a pesar de su importancia no dejan de ser meras formalidades– por sobre el fin último de hacer justicia.

No es que sea necesario restar valor y significancia a la retórica adecuada, leal y respetuosa, pero la falta que en este sentido se cometa, no puede castigarse con la negación de la instancia de apelación, siempre y cuando de la expresión de agravios surja algún elemento que ponga en duda la justicia del fallo de primera instancia.

Por otro lado, en lo que se refiere a las faltas de lealtad o de discreción, existen otros medios para penarlas, sin necesidad de negar al justiciable la última posibilidad de probar la justicia de sus razones. Concretamente, el magistrado podrá echar mano del régimen de sanciones disciplinarias que puede aplicar tanto a las partes como a los abogados que las representen. Lo apuntado se hace aún más convincente, teniendo en cuenta que general-

¹⁹ Ver punto A.I.b.

mente aquellas faltas son imputables a los abogados, y no a sus defendidos, y que el deber de la Judicatura es velar por estos últimos más que por los primeros.

Respecto de la falta de claridad y método, la jurisprudencia también se ha expresado de manera flexible, intentando rectificar el rumbo. Así se ha dicho que "...la falta de concreción y de método no invalida, como tal, al escrito de expresión de agravios si de su contenido puede inferirse una crítica a la sentencia y una enumeración de los errores que se le atribuyen..."²⁰.

Asimismo, en lo que hace a este tema, la doctrina se ha inclinado por un criterio amplio de admisibilidad. Así, el destacado procesalista argentino, Dr. Augusto Mario Morello, refiriéndose a la manera en que debe actuar el magistrado ante una expresión de agravios, impropia, confusa, o carente de método, ha aconsejado que "...los tribunales de instancia tienen el deber moral de hacer un cierto tipo de docencia..., " y "sin desairar el empeño del letrado, entrar al estudio de los agravios renuentes, en vez de abusar del cómodo y debilitador arbitrio de la deserción por insuficiencia"²¹.

Convalidando este criterio, la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina ha dicho: "Aunque la expresión de agravios adolezca de graves faltas de estilo procesal, si contiene referencia concretadas a elementos probatorios y constituye una crítica razonada del fallo no se la puede descalificar como actuación judicial"²².

b.2. Redacción breve

Algo similar a lo expuesto sucedió con los escritos que presentaban una redacción breve. También éste fue un motivo de exceso en la declaración de deserción, pues a veces los tribunales desestimaban el escrito de expresión de agravios por el solo hecho de su laconismo, sin reparar en la eficacia del mismo para refutar algún aspecto del razonamiento del juez de primer grado.

La doctrina y la jurisprudencia también en este aspecto han intentado clarificar las cosas: "La brevedad o el laconismo de la expresión de agravios no constituye razón suficiente para declarar la deserción del recurso en el supuesto de que el apelante individualice, aun en mínima medida los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada, por cuanto la gravedad de los efectos que la ley imputa a la insuficiencia del mencionado acto procesal, aconseja aplicarla con criterio amplio, favorable al recurrente."²³. "...a pesar de la flaqueza del escrito porque en algunas partes sirven para rebatir los fundamentos del fallo, haciendo mérito para que prosperen algunas quejas y en virtud del principio de la amplitud de la defensa en juicio, entraré a considerar esos argumentos..."²⁴.

b.3. Interpretación fragmentada

La interpretación fragmentada y desarraigada del contexto general del escrito de expresión de agravios, ha dado lugar a deserciones injustas, desde que muchas veces la hermenéutica

²⁰ CCCSFS. 2ª; J., 36-181.

²¹ Morello, Augusto Mario. "Acerca del Abuso en la declaración de deserción de la apelación". En: J.A., T.III, 1978, Bs. As. pp. 750-752.

²² C.S.J.N.A. del 8.6.78, D.T. 1978-968.

²³ Palacio, Lino Enrique. "Derecho Procesal Civil". Ed. Abeledo Perrot, 1975, Bs.As.; T V, p. 268.

²⁴ Cfr. voto del Dr. Durañona y Vedia en CNac. Civ. Sala F, 18.8.76; in re, "Rodríguez de Calcagno c/Calcagno". En: E.D. 71-223.

global del escrito de expresión de agravios, revela la concreta disconformidad del recurrente, que puede no aparecer en forma ostensible si se repara sólo en los desaciertos aislados en que puede incurrir el impugnante.

b.4. Falsa ausencia de crítica

El juicio de admisibilidad no debe limitarse al análisis separado de la expresión de agravios, sino que siempre debe incluir la confrontación de aquella con la resolución impugnada y las constancias de la causa. Aunque la regla apuntada puede resultar obvia al lector, en la práctica se ha dado que los tribunales declaren la deserción por ausencia de crítica concreta, cuando en realidad, esa falla del escrito ha sido una consecuencia de las características argumentales de la sentencia impugnada.

Así, como ya hemos expresado en el desarrollo del punto A.I.b., si el sentenciante no brinda las razones jurídicas en virtud de las cuales se rechazan o acogen las pretensiones, se priva al perdedor de conocer el proceso racional del juzgador, y con ello, la posibilidad de rebatir adecuadamente a la resolución. En esas condiciones, no puede exigirse al apelante la carga de refutar en forma clara y precisa los fundamentos de una resolución, cuando aquellos en realidad no existen.

Asimismo en los casos en que el punto controvertido se refiere a cuestiones de puro derecho, y el sentenciante ha fundado su resolución con afirmaciones meramente dogmáticas, tampoco puede pretenderse que el recurrente desarrolle una actividad argumental diferente a la que surge de la resolución impugnada. Así se ha sostenido que: "Ante un tema de complejidad doctrinal y no meramente de diversas cuestiones fácticas contenidas en una sentencia, es adecuado oponer al razonamiento del juez, el propio razonamiento, la formulación doctrinaria adversa, en tanto gire en torno, exactamente, a la cuestión que determinó la solución judicial"²⁵. Es decir que si el *thema decidendum* refiere a una cuestión de puro derecho, en la que sólo está en juego la dilucidación de un debate de tipo doctrinario, no es necesaria la mención expresa de los datos fácticos contenidos en el fallo impugnado.

En definitiva la tarea que desarrolle el apelante en la fundamentación del recurso, siempre estará limitada por las características de la resolución que se impugne, razón por la cual el juicio evaluativo de la expresión de agravios nunca debe limitarse al análisis abstracto de dicho acto procesal, sino a la confrontación del mismo con la resolución atacada, e inclusive con las constancias de la causa.

b.5. Falta de crítica a algunos capítulos

Otro aspecto a tener en cuenta, es que la deserción del recurso de apelación a raíz de haberse presentado una expresión de agravios inidónea puede ser parcial; es decir, que el susodicho escrito puede tener aptitud para mantener abierto el recurso en todo cuando hubiera rebatido adecuadamente las consideraciones de la sentencia apelada, y al mismo tiempo inaptitud para provocar la apertura de instancia de apelación en todos aquellos puntos de la resolución de primera instancia que no han sido correctamente refutados por el recurrente.

²⁵ Peyrano, Jorge W. y Julio O. Chiappini. "Tácticas en el Proceso Civil", T. III. Ed. Rubinzal-Culzoni. C.; p. 105.

Tener en cuenta esta posibilidad, también es vital para evitar el abuso que nos ocupa. Ello así, pues ha sucedido que los tribunales declaren la deserción total de un recurso en virtud de la ausencia de crítica en algunos puntos de la decisión, sin reparar en la suficiencia del escrito respecto de otros capítulos.

b.6. Legalismo exacerbado

Al margen de las diferentes formas en que se ha configurado el abuso que nos ocupa, lo cierto es que todas ellas están relacionadas con la interpretación exegética del texto legal. En efecto, la aplicación de la ley abstraída de las circunstancias particulares del caso que se somete a juzgamiento, importa un legalismo exacerbado que nos coloca en la corniza del error judicial.

Lo que sucede, es que el texto normativo choca con obstáculos insoslayables cuando intenta legislar sobre la forma de juzgar. Debe comprenderse lo difícil que resulta al legislador fijar pautas evaluativas que garanticen el correcto juzgamiento; más aún, cuando aquellas deben referirse a cuestiones de hecho, como el escrito de expresión de agravios. Es que, como expresáramos en la introducción a la presente glosa, la actividad del Juzgador no puede reducirse a la aplicación mecánica de la ley. Las limitaciones insoslayables de la norma lo impiden. Ella no puede prevenir la solución exacta para todos los casos, ni tampoco desarrollar en su texto el devenir histórico-social que le dio origen y sentido. Tan sólo se limita a mostrar las reglas de conducta que surgieron en virtud de las necesidades que se plantean en la práctica. De allí que su aplicación requiere siempre el aporte complementario del juzgador, en el ejercicio de una correcta interpretación del significado y alcance de la norma, en base a su buen criterio y sentido común, guiados siempre por el fin último de administrar justicia. Es por ello que "el examen de los agravios se debe abordar con una actitud cognoscitiva más hacia la justicia de la composición de la causa, que al flanco de la legalidad. ...Más solidaria con el justiciable"²⁶.

b.7. Falta de aplicación del criterio amplio de evaluación

Por último, una causal más que ha producido el exceso ritual en la forma de evaluar la admisibilidad del recurso de apelación, se ha operado cuando los tribunales de alzada se colocan en un punto de apreciación equivalente al órgano de casación.

En efecto, tal como expresáramos al desarrollar el punto A.I.c., la interpretación de los requisitos de admisibilidad de la apelación, debe realizarse en base a un criterio amplio de evaluación, en virtud de la naturaleza y función de los recursos ordinarios; a diferencia de las impugnaciones extraordinarias, donde la viabilidad de las mismas se justificará sólo cuando existan vicios serios y predispuestos legalmente.

Ello así, cuando el tribunal de apelación olvida que su función tiene el carácter de instancia ordinaria, adquiriendo una fisonomía evaluativa propia de los tribunales extraordinarios, se configura un exceso rigor formal, en lo que atañe a la admisibilidad del recurso de apelación.

²⁶Morello, Augusto M. *Op. cit.*; nota 19.

III. Oportunidad para declarar la deserción de la apelación por falta de idoneidad técnica

En los sistemas procesales en que el recurso debe fundarse ante el tribunal de alzada, se admite sin discusiones que cuando el escrito de fundamentación no se presentare en el plazo señalado en la ley, o cuando se lo hace sin firma, o sin patrocinio letrado, o ante cualquier otro vicio formal ostensible, la declaración de deserción puede sobrevenir inmediatamente al vencimiento del plazo, sin necesidad de correr previo traslado a la contraria.

Pero respecto a la deserción por vicios de idoneidad técnica, se ha dicho que "cuando el memorial se ha presentado dentro del término, con todos los signos exteriores de admisibilidad formal y lo que debe considerarse es algo más sutil, como si se ha censurado o no en forma concreta y razonada todas y cada una de las partes de la sentencia que se apelaron por agraviantés, de ninguna manera puede rechazarse *in limine* el escrito bajo imputación de insuficiencia. Para ello habrá que sustanciar previamente el memorial, dándole traslado de la misma a la contraria"²⁷.

La solución transcrita resulta razonable cuando en un sistema procesal que admite el régimen del recurso por adhesión, existan vencimientos recíprocos. En esos casos, el traslado al no apelante se hace necesario, aunque el escrito de expresión de agravios sea técnicamente inidóneo. Ello así, pues una declaración apresurada de la deserción, conculcaría el derecho del no apelante, a hacer uso de la segunda oportunidad que el rito le concede para plantear su disconformidad con las partes del fallo que lo han perjudicado parcialmente.

Sin embargo, cabe preguntarnos si en los sistemas procesales donde no se admite la apelación por adhesión, o cuando previsto ese régimen la sentencia no imponga vencimientos recíprocos, el tribunal de alzada tiene algún obstáculo que le impida declarar la deserción *in limine* de la apelación, ante la falta de idoneidad técnica de la fundamentación del recurso.

El interrogante propuesto, aún no ha sido planteado en la doctrina, ni en la jurisprudencia. De todos modos considero oportuno efectuar algunas consideraciones al respecto.

Así, entiendo que ante la situación descrita más arriba, no existe razón lógica alguna que obligue al tribunal de alzada a disponer la sustanciación del recurso. Por el contrario, considero que si dicho tribunal advierte la insuficiencia técnica del escrito de expresión de agravios, y aún así dispone correr traslado de dicho escrito al no apelante, habrá generado un desgaste jurisdiccional innecesario que inclusive incrementará las costas del juicio, en virtud de los honorarios por las tareas que el patrocinante del no apelante desarrolle en la alzada –contestación a la expresión de agravios.

En efecto, ¿qué sentido tiene proponer el contradictorio si el escrito de expresión de agravios carece de suficiencia para abrir el debate sobre los hechos controvertidos?

Si el apelante no desarrolla argumento alguno que refute el razonamiento del juez de primer grado, eso significa que dicho juzgador ha dado término a la discusión, pues el impugnante no ha logrado poner en duda la certeza de la conclusión. Tal actividad inidónea, a pesar de la impugnación, en realidad importa haber dejado firme al fallo que se pretendía apelar. Distinta es la situación en que la expresión de agravios plantea un nuevo

²⁷ Acosta, José V. *Op. cit.*; p. 215.

argumento –o mejora el original–, haciendo hincapié en un elemento no considerado por el juez de primer grado. En ese caso la resolución entra en crisis, *pues existe un nuevo punto de discusión que puede cambiar la suerte del litigio*. Solamente en ese supuesto se producirá la apertura del segundo debate, pues ahora existe un aspecto que discutir y dilucidar, que no fue parte de la primera controversia, y sobre el cual el no apelante todavía no ha brindado su opinión; correspondiendo, entonces sí, correr traslado de la expresión de agravios a la contraria.

La controversia se revitaliza sólo cuando existe un nuevo argumento por el cual debatir. Si tal elemento no surge del escrito de expresión de agravios, el no apelante no tiene la carga de contestar nada, pues no hay nada nuevo para contradecir.

Por otro lado, al margen de la visión lógica del asunto, desde el punto de vista estrictamente formal no existe ninguna razón que le impida al tribunal de alzada rechazar *in limine* la expresión de agravios técnicamente inidónea. Por el contrario el tribunal es el director del proceso y tiene el poder-deber de dirigirlo de acuerdo al rito, sin necesidad de que las partes tengan que recordarle ese deber. Una vez excitada la jurisdicción mediante el escrito de expresión de agravios, el tribunal debe realizar el juicio de admisibilidad en forma acabada, sin que sea necesario dejar pasar los vicios técnicos de la resolución, para que los plantee la contraria en su contestación.

IV. La resolución que declara la deserción por insuficiencia técnica

En el caso de que el escrito de expresión de agravios carezca de suficiencia para mantener abierta la alzada, la resolución que declare la deserción del recurso, deberá señalar en cada caso cuáles son las motivaciones esenciales del pronunciamiento recurrido que no han sido eficazmente rebatidas.

El litigante tiene derecho a saber en base a qué circunstancias se lo privó del recurso y esencialmente, asegurar la garantía constitucional al debido proceso mediante el cumplimiento de la obligación de fundar los fallos. *Si el tribunal no satisface el requisito, incurriría, sin duda, en arbitrariedad de sentencia*.

Resulta interesante transcribir algunas reglas de evaluación del escrito de expresión de agravios, que el Dr. Lino Palácio ha recopilado de diferentes casos jurisprudenciales: *“No constituyen expresiones de agravios idóneas:*

1. Las afirmaciones genéricas sobre la prueba que omiten precisar el yerro o desacierto en que incurrió el juez en sus argumentos sobre aquella.
2. El disentimiento con la interpretación judicial sin suministrar bases jurídicas a un distinto punto de vista.
3. Mera disconformidad con la sentencia.
4. Las generalizaciones y apreciaciones subjetivas que no cuestionan concretamente las conclusiones de la sentencia apelada.
5. La que se limita a manifestar los mismos argumentos esgrimidos en oportunidad de anteriores presentaciones (demanda, contestación, alegatos).

6. Si el fallo impugnado omite el adecuado tratamiento de cuestiones oportunamente introducidas es claro que no pueden extramarse las exigencias de fundamentación con relación al apelante²⁸.

V. Conclusión

1. La tarea verdaderamente importante que debe realizar el apelante para lograr el mantenimiento de la instancia de apelación, es brindar algún elemento no considerado por el Juez de primer grado, con entidad suficiente para enunciar un presunto error en el razonamiento del mismo, poniendo en duda la certeza de la decisión, y generando la necesidad de un nuevo juicio de la cuestión que dé respuesta a aquel nuevo elemento argumental. Todo ello, más allá de las imperfecciones de método, orden, prolijidad, brevedad y hasta insolencia, en que la que haya incurrido el apelante.
2. El juicio evaluativo de la idoneidad técnica de la expresión de agravios, debe ser realizado con criterio amplio.
3. La ausencia de recaudos de orden técnico en la expresión de agravios, permite la declaración *in limine* del recurso en los sistemas procesales que no contemplan el régimen de la apelación por adhesión, y en aquellos en que el mismo se recepta, pero no han recaído vencimientos recíprocos en la sentencia impugnada.
4. La resolución que declara la deserción por insuficiencia técnica, deberá señalar en cada caso cuáles son las motivaciones esenciales del pronunciamiento recurrido que no han sido eficazmente rebatidas.

B. La remisión a los fundamentos de la sentencia de primera instancia: causal de nulidad por falta de fundamentación

I. El deber funcional de motivar las resoluciones

Existen dos razones de trascendencia en virtud de las cuales los magistrados tienen el deber funcional de fundamentar sus resoluciones.

En primer término, la práctica nos ha enseñado que el principio de *imparcialidad* en la administración de justicia, no se ve garantizado con la sola preexistencia de los tribunales con anterioridad al proceso en el que intervengan (Jueces naturales). En rigor de verdad, tal vez no existan métodos infalibles para evitar la configuración del cohecho, el prevaricado o la simple parcialidad del juzgador con una de las partes. Amén de ello, si la resolución brinda las razones de su decisión, al menos esto obrará como una fuerte presunción de neutralidad en el acto de sentenciar.

²⁸ Palacio, Lino E. y Adolfo Alvarado Velloso. *Op. cit.*; nota 12, pp. 386-388.

Así se ha sostenido que "...el referido deber funcional tiene que ver con el principio de *imparcialidad*, pues debe considerárselo implicancia lógica del imperio de éste. Ello es así, en tanto y en cuanto la fundamentación, verbigracia, de una sentencia, es el único rastro que posibilita comprobar si el sentenciante ha resuelto imparcialmente la contienda"²⁹.

Por otro lado, ya hemos explicado que únicamente cuando la resolución jurisdiccional brinda las razones por las cuales se acoge una pretensión, y se rechaza la otra, explicando la conveniencia de la primera, y la inutilidad de la segunda, el impugnante podrá conocer y fiscalizar el proceso racional de deliberación y reflexión del tribunal. Y así, tendrá la posibilidad de controvertir aquellas razones, en virtud de las suyas propias (nueva proposición).

También hemos advertido sobre la importancia de la actividad fundante del juzgador, explicando que de ella depende la concreción del razonamiento práctico prudencial. Es decir, de la forma de conocimiento que *impide la configuración de la arbitrariedad*, al permitir siempre la crítica fundada, en aras de obtener un mayor acercamiento a la verdad.

Así las cosas, si el juzgador no brinda la motivación de su decisión, su resolución será arbitraria, pues eliminará toda posibilidad de control y crítica eficientes por parte del vencido, atentando, en definitiva, contra *el derecho de defensa en juicio*.

Es por estas razones, que muchos de los sistemas normativos imperantes en Latinoamérica, han incorporado entre sus reglas procesales y hasta en sus constituciones políticas, disposiciones que exigen a sus magistrados el deber de fundar sus resoluciones.

En este sentido, la Constitución Política del Perú, impone a los magistrados "*la motivación escrita de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa, de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan*". (Art. 139 inc. 5°).

Adviértase que aun tratándose de una norma de índole formal, y de carácter operativo, el constituyente ha creído necesario incluirla en la ley fundamental de la Nación, como una forma de garantizar el derecho de defensa de los justiciables, el que se integra, por el derecho de audiencia, prueba y la obtención de una resolución fundada.

De manera concordante el C.P.C.C. de Perú, impone a los jueces fundamentar los autos y las sentencias, explicitando la sanción para el caso de inobservancia al precepto: la nulidad de los referidos actos decisorios (Art. 50 inc. 6°, en concordancia con el Art. 121 ultimo párrafo, del referido cuerpo legal).

En la República Argentina, si bien no existe una norma de raigambre constitucional que expresamente prescriba el deber de motivar las resoluciones jurisdiccionales, el mismo se ha interpretado implícitamente contenido en la norma fundamental, en virtud de los dispositivos que consagran los derechos implícitos, y las garantías de propiedad y defensa en juicio (arts. 33, 14 y 18). Por su parte el denominado Código Procesal de la Nación, del mencionado país, sí prescribe entre los deberes de los jueces, el de "*fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad*". (Art. 34 inc. 4°). Lo mismo ha sucedido con la Constitución de la Provincia de Córdoba, Argentina, la que en su Art. 155, impone

²⁹ Peyrano, Jorge W. y Julio Chiappini. *Op. cit.*; nota 23, p.119.

que *las resoluciones sean fundadas de manera lógica y legal*. Así, también el Código de Procedimientos de esa provincia, ratifica el mandato impuesto a los magistrados, transcribiendo en su Art. 326 el texto del dispositivo constitucional citado, y advirtiendo que su transgresión puede ser causa de anulación.

II. Las consecuencias de la mera remisión

Cuando tratamos el problema de la idoneidad técnica del escrito de expresión de agravios, hicimos referencia a que la actividad del apelante debía dirigirse a convencer al tribunal de alzada, de que los argumentos impugnativos habían logrado poner en duda la certeza del razonamiento del Juez de primer grado, y que por ello, dichos argumentos merecían la realización de un nuevo juicio de la cuestión, que los conteste, ya sea afirmativa o negativamente.

Ello así, si el tribunal de apelación ha reconocido la idoneidad técnica del escrito de expresión de agravios, también ha admitido la necesidad de realizar aquel nuevo juicio sobre los puntos controvertidos.

En esas condiciones, la sentencia de segunda instancia *no puede remitir a los fundamentos dados por el juez de primer grado, porque dejaría incontestados aquellos argumentos impugnativos que reconoció existentes al admitir formalmente la apelación*.

En otras palabras, una vez reconocida la habilidad de los argumentos impugnativos para provocar la admisibilidad formal del recurso, el tribunal de alzada que pretenda coincidir con la conclusión arribada en primera instancia, se encuentra compelido a brindar las razones por las cuales aquellos argumentos no alcanzan para producir la reforma de lo decidido en primera instancia.

Así las cosas, si el acto decisorio de segunda instancia se limita a remitirse a los fundamentos del inferior, habrá incumplido con el deber funcional de los Jueces de fundamentar sus resoluciones, violentando el principio de imparcialidad y el derecho de defensa en juicio.

Por otro lado, cabe aclarar que lo apuntado supra, constituye una explicación en términos del derecho procesal, de las consecuencias que devienen de la inaplicación de las reglas de la lógica judicial en la construcción del acto jurisdiccional. En efecto, si la sentencia de segunda instancia remite a los fundamentos de la resolución de primer grado, no habrá contestado a la nueva proposición del recurrente, incumpliendo de ese modo con el razonamiento práctico prudencial. Dicho de otro modo, la decisión carecerá de los basamentos que permiten la posibilidad de controlarla, y de mejorarla hacia la verdad, mediante la crítica fundada.

Cuando esto ocurre, ya hemos dicho que debe descalificarse al pronunciamiento por *"arbitrario"*; he ahí la consecuencia final de la violación *al principio de imparcialidad y al derecho defensa en juicio*.

a. Ejemplo

Para explicitar de mejor manera los conceptos vertidos en el punto precedente, analizare-

mos un caso jurisprudencial fallado por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Argentina.

El pleito había llegado al órgano de casación de dicha provincia, mediante recurso extraordinario articulado por el demandado-reconviniente. Allí, el recurrente se agraviaba de la resolución dictada por el Tribunal de Alzada, sosteniendo que el fallo había omitido dar razones que justificaran la declaración de prescripción de la acción por "compensación del precio del inmueble vendido" que, fundada en la existencia de vicios ocultos en dicho inmueble, esgrimió su parte en oportunidad de articular reconvención (contrademanda).

Sostuvo que al momento de expresar agravios ante la Cámara, destacó que debido a que los vicios en el inmueble vendido se encontraban ocultos, fueron cognoscibles por su parte recién luego de una casual excavación, razón por la cual el plazo de prescripción recién comenzó a correr desde el momento en que aquellos se hicieron evidentes.

Adujo que la Cámara *a quo* no tuvo en cuenta tales alegaciones, dejando sin tratamiento los argumentos y material probatorio que contaban con trascendencia dirimente en la dilucidación de la cuestión, y que por ello, la resolución impugnada fue construida en clara violación a las formas y solemnidades prescritas para la sentencia, en virtud de lo dispuesto por los Arts. 147 y 155, del Código Procesal y de la Constitución Provincial, respectivamente.

Asimismo, la sentencia del Tribunal de apelación había contestado a los argumentos por los cuales el demandado-reconviniente consideraba incumplido el plazo de prescripción, de la siguiente manera: "*La demandada-reconviniente no ha probado fehacientemente haber interrumpido la prescripción antes de expirar los tres meses desde la posesión del inmueble que adquirió. Esto es suficiente para no atender el reclamo y ratificar lo decidido por el a quo*".

Como se advertirá, el temperamento del Tribunal de alzada ha ingresado directamente al fondo de la cuestión, razón por la cual implícitamente ha reconocido la idoneidad formal del fundamento de la apelación, y con ello, la necesidad de contestar los argumentos de la expresión de agravios. Sin embargo, omite la consideración de la base argumental del apelante. Su mera remisión a lo decidido por el Juez de primer grado, incluye la desestimación de la apelación, pero privando al impugnante del conocimiento de las razones en virtud de las cuales sus argumentos se reputan improcedentes.

Así lo entendió el máximo Tribunal de la Provincia de Córdoba, mediante un temperamento que por su claridad transcribimos prácticamente en forma completa:

"Las escuetas manifestaciones de la Cámara *a quo* no bastan para sostener esa parte de la resolución y por ello, se vulneran las reglas de la lógica que garantizan la correcta construcción de la sentencia, pues la conclusión a que se arribe en el acto decisorio debe ser el resultado de la consideración razonada de las posiciones contrapuestas de las partes, que ostenten el carácter de dirimientes respecto de la controversia planteada.

La sentencia que desestima una de las defensas argüidas en el pleito debe ineludiblemente brindar las razones jurídicas que, aplicadas a la base fáctica de la *litis*, refuten el argumento y la prueba sobre los que se funda la pretensión enervada.

Si tal actividad no se realiza, se incurre en un vicio susceptible de provocar la anulación de la resolución.

En el caso de autos ante el acogimiento de la excepción de prescripción opuesta por el actor reconvenido, el demandado reconviniente puntualizó en su expresión de agravios, las razones por las que estima que su acción de compensación del precio por vicios redhibitorios, fue planteada antes de que se haya agotado el plazo de prescripción.

Concretamente señala ante el Tribunal *a quo* que el referido plazo no se había cumplido, desde que el mismo debe contarse a partir de la fecha en que se conocieron los vicios ocultos en el inmueble vendido. Asimismo produjo prueba testimonial tendiente a acreditar el momento en que se produjo la excavación que dio lugar al descubrimiento de los presuntos vicios ocultos. Los argumentos vertidos y el material probatorio acercado por el demandado, imponían de la Cámara *a quo* el deber insoslayable de expresar los motivos que desacreditaban la pretensión de aquél. Sin embargo, el citado Tribunal se limitó a desestimar asertivamente el agravio que se le expusiera, y a negar valor convictivo a prueba, sin dar una explicación que dé razones acerca de por qué la testimonial producida carece de idoneidad para acreditar la fecha de conocimiento de los presuntos vicios ocultos. El Tribunal *a quo* yerra en la elaboración de su juicio de valor, al partir directamente de su conclusión, omitiendo referirse al agravio del apelante que se contrapone a aquella, la que, de este modo se torna abstracta y carente de contenido. El correcto razonamiento impone el análisis prioritario del argumento impugnativo dirimente para, luego de rebatirlo, arribar –en su caso– a la solución opuesta.

Así las cosas, se ha privado al recurrente del conocimiento de las razones jurídicas que eventualmente enervarían su pretensión, mediante la utilización de un argumento que es sólo aparente y que por ello no da respuesta concreta a las cuestiones debatidas en la causa, violando el precepto constitucional contenido en el Art. 155, C. Prov. y su correlato en la ley formal, Art. 147 del C.P. C, lo que justifica el acogimiento de la revisión”.

b. El caso de la expresión de agravios técnicamente insuficiente

Tal situación, se refiere al supuesto en que el razonamiento del Juez de primer grado no ha sido refutado eficientemente por el impugnante. En esas condiciones es obvio que no existirán argumentos impugnativos idóneos que merezcan una respuesta por parte del Tribunal de alzada; pero tal situación no trae aparejado una remisión a los fundamentos incólumes del inferior, sino tan sólo la declaración de la deserción del recurso.

III. Conclusión

Siempre que se cumpla con los recaudos de admisibilidad del recurso, el tribunal de grado no tendrá otro camino que motivar su sentencia con argumentos autónomos, por ello, aun

en el caso de que alguna norma positiva autorice la remisión a los fundamentos de primera instancia, el acto jurisdiccional que se valga de tal autorización, no será válido, pues habrá vulnerado el deber funcional de los jueces de motivar sus resoluciones, y con ello, el principio de imparcialidad, y el derecho de defensa en juicio; preceptos éstos, consagrados en toda Constitución Política que pretenda contener las garantías mínimas con que debe contar el individuo para el logro de sus necesidades.