

HÉCTOR DELLA COSTA
Universidad del Museo Social Argentino

REFLEXIONES SOBRE LA PRUEBA CONFESIONAL EN DERECHO ROMANO Y ARGENTINO

“Torniamo all’antico e faremo progresso”
(G. Verdi)

ADVERTENCIA PREVIA

Al iniciar estas consideraciones he de aclarar que el derecho argentino presenta en el aspecto procesal algunas características que corresponde señalar desde ya. La una, que debido a su estructura política federal (división en provincias con sus instituciones locales cada una), la legislación en materia de procedimientos ha quedado constitucionalmente reservada a cada uno de esos estados, bien que a propósito del tema que nos ocupa las diferencias de código a código no impiden considerar, detalles aparte, una pronunciada unidad de principios. La otra, que esa regulación del derecho ritual también muestra diferencias *“ratione materiae”*, de modo que existen otras tantas legislaciones locales en cuanto al proceso laboral y contenciosoadministrativo, por ejemplo. Es por estas razones que, a los fines del cotejo que presento **entre el Derecho Romano y el Derecho Argentino, con referencia a la prueba por interrogatorio a la parte**, limito la ejemplificación a una comparación con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que es el que, hasta ahora, rige la actuación ante los Tribunales Ordinarios de la Ciudad de Buenos Aires (Capital Federal de la República) y de otros territorios sujetos a la Jurisdicción Federal, y ante los Jueces Federales que, en el territorio de las Provincias, tienen a su cargo el juzgamiento de causas especiales no sometidas a la competencia de la justicia local. Como este trabajo concierne a las diferencias formales en cuanto a la formulación de las preguntas, en ambos derechos a considerar, y no a los efectos que produce la interrogación entre partes o por el Juzgado, hemos de ver primeramente algunas generalidades relativas a la evolución histórica del “formalismo” como principio de la materia procesal, para pasar luego al cotejo de ambos sistemas.

SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DEL FORMALISMO EN EL PROCESO

Partimos de la consideración del Derecho Romano primitivo, en el cual imperaba el formalismo procesal como garantía del debido proceso legal y como contención contra la arbitrariedad del órgano de justicia, pero también para crear certeza acerca de los pasos que se iban cumpliendo, sobre todo porque se carecía de elementos de fijación escrita o éstos eran escasos. Especialmente se tuvo por necesario el formalismo en el ámbito de la jurisdicción, más aún, si cabe, que en otros aspectos de la vida jurídica, llegándose a regular el proceso como una similitud de la ficción teatral, cargada de símbolos y de formas orales y gestuales. Claro que una cosa son las formas en función de garantía y otra las formas como fin último, pues cuando así se las practica, ese formalismo termina por derivar en el vicio extremo, siempre en acecho, del **excesivo rigorismo ritual**, tal como lo veremos a propósito de la evolución posterior.

Sabemos, pues, que ese rigorismo fue característico bajo las *“legis actiones”*, pero en el caso tenía sus justificativos:

1) El rigor de las formas no era sino una manifestación más del **formalismo genérico** del *“Ius Quiritium”*.

2) No quedaban constancias escritas del proceso, lo cual obligaba a tomar recaudos para **estimular la memoria de los actos cumplidos** en cada paso del trámite.

3) La figura del *“paterfamilias”* como **partícipe exclusivo en la actividad litigiosa** implicaba que, dentro del conjunto de la ciudadanía, sólo un pequeño número estuviese compelido a reunir los conocimientos y pericia práctica para desempeñar satisfactoriamente dicha actividad.

El primer cambio importante en pro de un ablandamiento del formalismo, representado paradójicamente por **la fórmula**, se originó del contacto con una cantidad creciente e indeterminada de peregrinos, pero el prestigio prontamente logrado por ese novedoso elemento procesal escrito, llevó a generalizar la tal innovación a través del Edicto Urbano.

Como suele ocurrir, las mismas razones que habían impuesto la adopción de la fórmula serán las que han de dar argumento a su abolición. Y así, las famosas tabillas, vistas en los últimos siglos republicanos como prenda de desahogo contra el exceso ritualista, en el siglo IV d. C. son comparadas, en la Constitución de Constancio y Constante, con artificios *“en que los litigantes se ven atrapados como pájaros en la red del cazador”*.

No imaginemos que su sustitución por la *“cognitio extra ordinem”* haya sido un buen remedio contra el “rigor” de las denostadas fórmulas. Al contrario, la generalización de las formas procesales escritas será el caldo de

cultivo de un neoformalismo que nos retrotraerá, en este aspecto del Derecho, a los más estrictos ritualismos del Derecho Quiritario.

En este sentido, cabe recordar que a partir del siglo V d. C., el Occidente, asiento de los nuevos reinos bárbaros romanizados, nos muestra por todas partes la concepción que esos pueblos germánicos tenían acerca del proceso judicial, consistente en una muy particular idea, de subido tinte “publicístico”: el juicio no es sólo de interés de las partes, sino además de toda la asamblea del pueblo; la solución de los conflictos entre particulares tiene importancia para toda la comunidad, como factor de paz social, más que como la “realización de la Justicia” para el caso concreto. De ahí, principalmente, la idea de un especial y redivivo formalismo, destinado a impresionar con fuerza la sensibilidad del pueblo reunido. La legislación romano-bárbara primero, la canónica más tarde, y la enseñanza de los nuevos maestros del derecho que animaron el renacimiento de nuestra ciencia en las incipientes Universidades, crearon en conjunto **un ámbito de prestigio para el Derecho** que preparaba el camino del Renacimiento, con su base romano-justiniana y con el aporte de los nuevos elementos que acabamos de señalar. El intelectualismo prevaleciente en las más nuevas corrientes del conocimiento teórico y aplicado, sin llegar empero a un planteo francamente “racionalista”, que vendría más tarde, creó una confianza, diríase excesiva o ingenua, en el poder de la razón humana, a punto que ningún juez o tribunal hubiese estado dispuesto a admitir que un litigante, por necio que fuese, no entendiese una pregunta, si se la formulaba correctamente o en todo caso si se la aclaraba. Es en este momento histórico cuando la simple y natural “*interrogatio*” –“*in iure*” o “*in iudicio*”- practicada en juicio por los *patresfamilias* romanos, comienza a convertirse en el alambicado y capcioso sistema de la “*absolución de posiciones*”. La propia terminología subraya el carácter *absurdamente lúdico* de este medio de prueba. Por un lado un “*ponente*” y por el otro un “*absolvente*”. Aquél no pregunta, sino que **dice asertivamente**: “*pono quod...*”, empezó a decirse ya en época de la “*extra ordinem cognitio*”, como quien coloca una pieza de ajedrez en determinado escaque; el contrario tratará de quitar la pieza de en medio (“*absolvere*”) con las mágicas palabras: “*no es cierto*”. En las regulaciones actuales, incluso, responder “*no recuerdo*”, “*no estoy seguro*” o “*me parece que no*”, significa quedar el absolvente tan plenamente confeso como si hubiese dicho “*es cierto*”. Cuánto más si, debidamente citado, no comparece ante el tribunal. Y a esto se reduce hoy, en la práctica, el método de la “*interrogatio*” judicial, **forma empobrecida de prueba** que las más de las veces sirve para crear alguna “*adquisición procesal*” a favor del más hábil, o para facilitar al juez el examen de la causa por vía de simplificación.

ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “PRUEBA CONFESIONAL” EN EL DERECHO ARGENTINO.

Siendo el Derecho Procesal Argentino uno de los términos de nuestro cotejo, aclaremos que en realidad el concepto de “*prueba confesional*” debiera extenderse a todos los medios probatorios que puedan dar por resultado la admisión por una de las partes de una cierta circunstancia de los hechos en debate, contándose entre dichos medios el reconocimiento de hechos, firmas y documentos, en forma asertiva o por “*ficta confessio*”, la confesión extrajudicial y las preguntas que las partes pueden dirigirse entre sí, directamente o por intermedio del Juzgado.

Pero en la práctica corriente se suele limitar el concepto de “*prueba confesional*” a la llamada “*absolución de posiciones*”, cuya crítica será el objeto propio de este estudio.

LA “INTERROGATIO” EN EL DERECHO ROMANO.

En el Digesto Justiniano nos encontramos con dos aspectos de la cuestión en examen que, aunque guarden afinidad entre sí, deben ser diferenciados. El uno se refiere a la incidencia de la “*confessio*” (expresa o ficta) sobre el resultado del pleito, y se halla tratado en el Libro XLII del Digesto, Título II, bajo la rúbrica “*De confessis*”, que se extiende en ocho fragmentos de Paulo, Ulpiano y uno de Africano. Estrictamente, este tema queda ajeno a nuestro tratamiento, porque no versa sobre un punto específicamente procesal, sino acerca de los efectos de una confesión vertida, que según los casos podrá alcanzar o no la autoridad de la cosa juzgada (“*pro iudicato est*”).

El otro aspecto, en cambio, está referido a cómo, desde un punto de vista procesal, podría tenerse a alguien por confeso acerca de un hecho aducido por el contrario. Es esta cuestión, justamente, la que hemos de tratar aquí, en cotejo con nuestro Derecho Argentino, a propósito del medio probatorio llamado por los juristas romanos la “*interrogatio*”.

El Libro XI del Digesto, Título I, se ocupa de este asunto, bajo la rúbrica “*De interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus*”, a lo largo de sus veintidós fragmentos. Como se advierte, se trata de preguntas previas a la etapa probatoria “*apud iudicem*”, o bien de acciones específicas que equivaldrían a lo que hoy llamamos “*diligencias preliminares*”, tendientes a establecer, antes de entrar a juicio, circunstancias relativas a la *legitimación pasiva* del eventual demandado; no obstante veremos que uno de esos fragmentos, de fundamental importancia, alude a la interrogación “*apud iudicem*”. Los referidos textos desarrollan una prolija casuística relativa a ciertos temas específicos: a) a la calidad

de *heres* o de *bonorum possessor* (Frgs. 1. a 6, 9, 11, 12,15, 18 y 22) del futuro demandado; b) a la calidad de propietario del esclavo autor del daño, de quien haya de ser traído a juicio por acción de *noxæ*. (Frgs. 7,8, 13, 14, 16, 17 y 20); c) a la calidad de dueño de la cosa que amenaza ruina, a los fines del *damnum infectum* (Frg. 10); d) a la calidad de hijo de quien se presenta por su padre (Frg. 19).

Más directamente relacionado con nuestro propósito se halla el Frg. 21, sobre el cual hemos llamado ya la atención. Cabe aclarar, finalizando esta previa reseña, que el Frg. 1, corresponde a un texto de **Calistratus** sobre el ***Edictum Monitorium***, cuyo proemio versa acerca de la citación *in iure* al heredero para que declare su parte en la herencia, y en el párr. 1 hace la aclaración de que las "*actiones interrogatoriae*" como proceso autónomo, han caído en desuso ("*hodie non utimur*"); esa referencia negativa es la única que alude a ese tipo de acción, mencionado en la rúbrica del título.

El frg. 2., también de **Ulpiano**, sin aclarar si se trata de una interrogación previa "*in iure*" o de una judicial en la etapa propiamente probatoria, nos dice que "*el Pretor ha establecido en su Edicto que se procediera a la interrogación*", ya que **le era difícil a quien citaba a juicio** a un heredero o *bonorum possessor*, probar que alguien tuviese esa calidad. No aclara el texto, decimos, si la *interrogatio* tendría lugar previamente al juicio, o si la cuestión quedaría pendiente, asumiendo el actor el riesgo de llegar ante el *iudex* para que en esa ocasión procesal se acreditase o no la condición atribuida por el actor al demandado.

De un modo u otro, en el caso de este fragmento, y sin duda *in iudicio*, en el caso del Frg. 21, que seguidamente veremos, tenemos por demostrada la existencia del instituto de la *interrogatio* en el mecanismo procesal **probatorio** de Roma.

Ahora bien, el ya aludido fragmento 21, tomado de **Ulpiano**, hace excepción a la temática antes recordada, ya que trata **en forma expresa** de una específica *interrogatio apud iudicem*, a la cual otorga un campo prácticamente ilimitado de aplicación práctica, toda vez que el juez (*no la parte*) podrá interrogar al litigante "*en todos los casos en que se vea movido por la equidad*", a propósito de lo cual el autor es categórico en afirmar que "*no hay duda*" de que es *equitativo* darle esa facultad al juzgador.

Este último texto parece suficientemente explícito en cuanto a que la procedencia de la pregunta quedaba al entero criterio del *iudex*, pero los textos nada dicen sobre si la tal pregunta, en su contenido y alcances, quedaría deferida a una formulación a cargo de la parte, o si sería el propio juez quien tendría la iniciativa de fijar sus términos y de efectuarla.

En cambio, a través del vocablo *interrogatio*, exclusiva y expresamente utilizado en los textos de este Título y en su rúbrica, queda fuera de duda, porque nada autoriza a suponer otra cosa, que la manera de producirla sería en forma de **pregunta** y no por una *positio* afirmativa.

LA “ABSOLUCIÓN DE POSICIONES” EN LOS PRECEDENTES HISPANOS DEL DERECHO PROCESAL ARGENTINO.

A partir de los siglos finales de la Edad Media, la “*interrogatio*” practicada por los romanos desde lejanas épocas, con el amplio alcance a que se refiere el texto de Ulpiano ya comentado, vino a derivar, después de los primeros conatos desarrollados en el procedimiento “*extra ordinem*”, y al influjo del Derecho Germánico, en una novedosa forma de obtener la confesión en juicio. El Libro II del Fuero Juzgo no regula esta clase de prueba, pero la nueva forma de “*interrogatio*”, que se venía ya designando como “*positiones*”, aparece ya mencionada bajo ese nombre en las Partidas, en la forma y con el posible alcance de que trataremos enseguida. En efecto, en ellas nos encontramos con un texto que puede inducir en este punto a un error, o acaso a una interpretación simplista, al menos en una primera lectura. Me refiero al Título XII de la Partida III, encabezado con este texto: “*De las preguntas que los juezes pueden fazer a las partes... a que llaman en latín positiones*”. A pesar de la equiparación que el texto efectúa, del vocablo castellano “preguntas” con el latino “*positiones*”, debemos tomar con cautela esta pretendida equivalencia. Ante todo, el Rey Sabio no dice que “*positiones*” fuese un término tomado del Derecho Romano, sino simplemente que se trata de un vocablo “en latín”, aludiendo así al latín curial en uso por entonces para la práctica de los Tribunales.

Es más, la Ley I de ese Título, aclara expresamente “*qué cosa es pregunta*” y lo hace diciendo que “*Pregunta es demanda que faze el Juez a la parte, por saber la verdad de las cosas sobre que es dubda...*” Comentando esta Ley, la Glosa Latina de D. Gregorio López, explica el texto de esta manera, sin volver a mentar el término “*positiones*”:

“*Interrogatio est quaestio per iudicem parti super rebus dubiis, ad sciendum veritatem facta. Hoc dicit.*” Del comentario surgen estas claras consecuencias:

1. La “*interrogatio*”, siendo una “*quaestio*”, ha de formularse a modo de pregunta y no de otra manera.
2. Su formulación corre a cargo del juez mismo, quien se dirige a la parte (“*parti facta*”).
3. Debe versar sobre un punto **dudoso** conducente al pleito (“*de rebus dubiis, de quibus in iudicio contenditur*”).

4. La “*interrogatio*” ha de hecerse “*ad sciendum veritatem*”. Esto elimina la posible tentación del juez de buscar soluciones “facilistas”, por el camino de procurarse un elemento categórico de juicio por encima de su deber de averiguación a través de las demás medidas probatorias. El Comentario corrobora esta descripción con este enfático cierre: “*Hoc dicit*”; o sea: *Esto y no otra cosa es lo que el texto significa*. No es decisivo en contrario el texto de la Ley II del mismo Libro e igual Título, en cuanto allí se dice que la pregunta “*hase de facer en cierto, e por pocas palabras, non embolviendo muchas razones...*”. De la misma Glosa de López se desprende que la expresión “*en cierto*” no significa necesariamente formular la cuestión *asertivamente*, como en las actuales posiciones, sino que la “*interrogatio*” (vuelve a usar este término) “*debet esse certa, et sub brevibus verbis et intelligibilibus*”, **esto es que debe ser clara y sin complicaciones**.

Debe señalarse, sin embargo, que la legislación española, desde el reinado de los Visigodos, si bien alejada ya en el tiempo y en las costumbres del viejo “*Ius Quiritium*” romano, quedó **impregnada del nuevo ritualismo germánico** que campea en el *Código de Eurico* y en el llamado Breviario de Aniano, y más luego en su fusión en el Fuero Juzgo del siglo VII d.C., y así siguió esa corriente durante la Reconquista y después de ella, dando por resultado una creciente aceptación de los formalismos procesales, tales como las “pruebas legales” y otros.

Llegados al siglo XIX, observamos que esa proclividad formalista se manifiesta asimismo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que data de 1855, **la cual fue fuente directa del Código argentino de 1880 a que hicimos ya referencia**. Por esa razón, en el aspecto que nos ocupa, y con las salvedades que ya hemos efectuado al principio, podemos decir que en el Derecho Argentino, en general, la “*prueba de confesión*” se centra en la “*absolución de posiciones*” que una parte puede formular a su contraria, y no en la libre interrogación de partes o del tribunal.

REGULACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO ARGENTINO (EJEMPLO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN).

El art. 404 del CPCC de la Nación dice que “*cada parte podrá exigir que la contraria absuelva, con juramento o promesa de decir verdad, posiciones concernientes a la cuestión que se ventila*”. Sólo incidentalmente, y dentro de la prolija regulación de esa prueba, el art. 415 admite que “*las partes podrán hecerse recíprocamente las preguntas y observaciones que juzguen convenientes con autorización o por intermedio del juez. Éste podrá también interrogarlas de oficio sobre todas las circunstancias que fue-*

ren conducentes a la averiguación de la verdad" (esta opción no figuraba en la citada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, y parece más bien inspirada en el segundo tipo de interrogación del Código Francés, "*par comparison personnelle*").

Es lamentable, realmente, que se haya invertido lo que debió ser el orden normal de la regulación de la *prueba confesional lato sensu*, habiendo tomado la "*absolución de posiciones*" el lugar principal y dejado para las "*preguntas*" un margen de aplicación residual y secundario. La codificación actual a que me refiero, que data de 1967 con sus secuelas en las legislaciones provinciales, no varía en mucho respecto de la legislación procesal anterior, que proviene del Código de la Provincia de Buenos Aires de 1880 y sus posteriores reformas, especialmente las de 1954 y 1956 (v. arts. 125 y ss.). En esta anterior regulación también se admitían las "*preguntas recíprocas*", aunque de manera aún más restrictiva, "*con permiso y por intermedio del juez*" (art. 131). **En la práctica, bajo ninguno de los sistemas sucesivamente vigentes se dio importancia efectiva a esa facultad de "preguntar", vista siempre por los jueces, aun hoy, con notorio disfavor.** Si tratamos de establecer por qué las "*posiciones*" han ganado un lugar casi excluyente en el mecanismo de la *prueba confesional*, no encontraremos otra respuesta, aparte del *facilismo en el juzgamiento de la causa*, más allá del deber primordial del juzgador de *averiguar la verdad*. En efecto, la prueba de posiciones presenta, a cualquier observador de buena fe, el aspecto de un *juego diabólico* del cual, darwinianamente, *sobrevive el más apto* (léase, *el más listo o avezado en las lides de los tribunales*). Es más, como el "*absolvente*" no puede mirar siquiera a su abogado, queda inerme, en el acto de su declaración, a la merced de la habilidad y capciosidad del "*ponente*", quien, él sí, pudo elaborar las "*posiciones*" con todo el asesoramiento profesional posible. Se dirá que ambas partes gozan del mismo derecho, pero lo cierto es que, en la audiencia, cada cual, al asumir el rol de "*absolvente*" debe afrontar, acaso con muy desiguales aptitudes, el infernal juego planteado. Adviértese desde ya cuán peligrosa es esta prueba *para quien no es ducho en lides judiciales*, a punto que la actual legislación que comento, intentando un parcial remedio, da por sentada la necesaria presencia del juez en el acto (art. 416, Cód. cit.). Pero de todos modos, esa confianza excesiva en que el manejar con soltura el "*pensamiento lógico*" **es patrimonio común de todo hombre de Occidente**, olvida la existencia de analfabetos y semianalfabetos, reales o funcionales, que no por serlo están exentos de comparecer a juicio como actores o demandados. Si bien es cierto que el "*juramento o promesa de verdad*" no pasa de ser un motivo de temor para pusilánimes, toda vez

que el **mentir** no acarrea consecuencia alguna y queda “*protegido*” bajo la *garantía constitucional de no estar obligado a declarar contra sí mismo*, esta circunstancia no excluye el carácter *lúdico* y hasta “*divertido*” de la prueba en cuestión.

De todos modos, queda sin explicación cómo por un lado se admite la prueba de “*absolución de posiciones*”, y por el otro se oye el *rasgar de las vestiduras*, cada vez que se evoca el “*excesivo rigorismo formal del Derecho Quirritario*”, mientras se celebra con júbilo la incesante “*espiritualización*” del Derecho como un fenómeno de progreso constante e irreversible. Ni qué decir, sin embargo, que hoy es tan probable entre nosotros, para un litigante, perder un juicio enredado en la trampa de las “*posiciones*”, como podía serlo en Roma por la torpeza de sustituir la palabra “*arboribus*” por “*vitibus*”, como ya lo señalaba, en acertada y consciente ironía, el conocido texto de Gaius.

SOMERA REFERENCIA A OTROS SISTEMAS NACIONALES DEL SIGLO XIX.

Derecho Francés: El *Code de la Procédure* establecía dos formas de interrogación entre partes: uno, más formalista (hoy derogado), llamado “*sur faits et artricles*” (arts. 324 y ss.), proveniente ya de las Ordenanzas Reales del siglo XVII, consistía en un **interrogatorio** sobre hechos controvertidos específicos, previamente admitido por el Tribunal, al que el contrario debía responder sin sujetarse a juramento. El segundo, por “*comparution personnelle*”, en general para sustituir la ausencia de testigos, pero mucho más usual que el anterior, es menos formal; las preguntas, en el caso, dispuestas a petición o de oficio, pueden efectuarse por las partes, en un solo acto y sin interrogatorio previo, siempre que el juez considere pertinentes las preguntas.

Derecho Suizo (Cantón de Ginebra): no se admite el interrogatorio formal, sino la comparecencia de las partes citadas por el Juez, para responder las libres preguntas de éste.

Derecho Alemán y Austríaco: Siguieron, en el siglo XIX, un método similar al previamente comentado.

Derecho Inglés: Una ley de 1848 suprimió los interrogatorios de partes, sustituyéndolos por la libre interrogación judicial a éstas en calidad de testigos y bajo juramento, aunque con amplia posibilidad de apreciación de las respuestas por parte del Tribunal.

En todos estos ejemplos revive, a mi entender criteriosamente, y bajo formas variadas pero en el fondo coincidentes, el espíritu de la antigua “interrogatio” romana.

CONCLUSIÓN.

Vemos que más de un sistema procesal del siglo XIX dejó de lado el rigor propio de la prueba de "*positiones*"; en cambio, el mismo fue asumido por el **Derecho Hispano, directo antecedente del Derecho Argentino, a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855**; de modo que en estos dos casos, la interrogación de partes ha cobrado un rigorismo formal mucho más exigente, en este punto, que el del Derecho Quirritario. De lo expuesto cabe entonces extraer, como conclusión, que, así como en otros tópicos, en razón de las complejas circunstancias de la vida actual, puede ser saludable apartarse de las soluciones propiamente romanas, y aun ese apartamiento constituir el mejor homenaje a aquel sabio y ejemplar Derecho, que sabía desenvolverse, según las cambiantes necesidades sociales, "*secundum legem, sine lege, o contra legem*", lo cierto es que, en la materia específica de la prueba por "*interrogationes*", nada mejor podríamos imaginar que volver al sistema de libres preguntas sugeridas por la "*aequitas*", a que se refiere el texto de Ulpiano, y dejar de lado la malhadada y capciosa institución de la "*absolución de posiciones*".