

<i>La excepción procesal</i>	179
--	-----

JORGE A. CLARIA OLMEDO

I. <i>Nociones introductorias</i>	179
II. <i>Denominación</i>	181
III. <i>Función jurídica</i>	183
IV. <i>Vínculo con la acción y la jurisdicción</i>	185
V. <i>Evolución conceptual</i>	189
VI. <i>Análisis del contenido</i>	193
VII. <i>Clasificación de las cuestiones</i>	202

LA EXCEPCIÓN PROCESAL

Jorge A. CLARIA OLMEDO *

SUMARIO: I. *Nociones introductorias*. II. *Denominación*. III. *Función jurídica*. IV. *Vínculo con la acción y la jurisdicción*. V. *Evolución conceptual*. VI. *Análisis del contenido*. A. *Cuestiones procesales*. B. *Cuestiones sustanciales*. VII. *Clasificación*

I. *Nociones introductorias*

Pensemos en la actuación directa del derecho por los mismos interesados, es decir, sin que intervenga la jurisdicción. Frente al reclamo de quien pretende satisfacer su interés (supuesto acreedor) mediante el sacrificio de otro (supuesto deudor) debe considerarse la posición de éste (el deudor) en sus distintas manifestaciones. Puede reconocer o desconocer la prestación que se le exige; reconocida, puede cumplirla o negarse a cumplirla, cualquiera que sea la razón que aduzca.

Si el perseguido directamente acepta y cumple la prestación resulta mantenido el orden jurídico sin necesidad de la jurisdicción. Pero la realización directa puede ser jurídicamente imposible en ciertos casos por imponerse la intervención de la jurisdicción aun ante el acuerdo de ambos interesados (divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, etcétera). Ese acuerdo sustancial se traducirá procesalmente en un expreso o tácito reconocimiento de los hechos aducidos por el actor, sin controvertir el derecho que éste invocare.

Puede ocurrir que ante la negativa originaria del supuesto deudor, el pretendiente la acepte o insista en su exigencia por el todo o por una parte. En el primer caso quedará también incólume el orden jurídico al dejar el propio actor sin efecto su pretensión. En el segundo podría llegarse a una solución convencional (transacción) cuando la disponibilidad de los intereses jurídicos lo permite, y ello también mantendrá la vigencia del orden jurídico constituido.

La resistencia a la pretensión por parte del supuesto deudor puede consistir en lo que se conoce por simple negativa de la totalidad o de parte de los hechos aducidos o de la eficacia jurídica de ellos conforme lo pretende el supuesto acreedor. Se niega el elemento constitutivo del

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

vínculo de sujeción jurídica que se afirma. Pero no siendo aceptada esta negativa por el supuesto actor, su pretensión queda insatisfecha y ello lo lleva a postularla ante la jurisdicción. Cuando así ocurra mediante el ejercicio de la acción, el demandado podrá insistir en esa negativa de la razón del actor, ejercitando para ello otro poder que sólo a él corresponde como tal y que nosotros incluimos dentro de la excepción. Adelantamos desde ya que la doctrina prefiere llamarlo defensa simple.

La negativa del supuesto deudor puede no ser simple por resultar de la afirmación de hechos o circunstancias, de cuya relevancia jurídica surge la invalidez o la subsistencia del vínculo de sujeción jurídica afirmado y cuyo elemento constitutivo se acepta. Es una negación no simple de la razón del actor por estar fundada en afirmaciones calificantes de la aceptación de los hechos aparejadores de responsabilidad. Postulada esta pretensión mediante el ejercicio de la acción ante el órgano jurisdiccional, el demandado podrá reproducir formalmente esa negativa calificante y con ello ejercitará también un poder que sólo a él corresponde como tal. Para nosotros es también ejercicio de la excepción al igual que lo acabamos de sostener para la negativa simple, y que una parte de la doctrina sólo lo acepta considerando la excepción en sentido amplio o impropio. Igual significación deben tener las posibilidades legales de resistir, previstas en particular por el código civil argentino, como por ejemplo los artículos 505, 715, 1201, 1488, 2057/8, 2258, 2486, 3166, 3357 y 3949.

No hay duda que estas reacciones directas del supuesto deudor son verdaderas armas de defensa que el ordenamiento jurídico le acuerda para resistir el ataque del pretensor. En la llamada justicia por mano propia (de hecho) si no se llegaba al acuerdo la disputa se resolvía en la lucha donde la razón correspondía al más fuerte. Si el perseguido conseguía triunfar en su resistencia, quedaba insatisfecha para siempre y rechazada la exigencia del pretensor.

Pero al instituirse la jurisdicción como función pública de realización jurídica, a la par de esa resistencia sobre el fondo que implica la negación, el perseguido como deudor puede también defender sus intereses atacados mediante una exigencia de garantía consistente en un proceso regular y legal: el juicio previo constitucional. Si negada la deuda (defensa de fondo) el pretensor insiste en demostrar su crédito, el supuesto deudor le exigirá que lo demande ante la jurisdicción (defensa de forma), pues no pagará si no resulta condenado con respecto de todas sus garantías procesales.

Introducido al proceso en calidad de demandado podrá insistir en la exigencia del proceso regular y legal. A esos fines formulará objeciones por inobservancia de presupuestos u omisión de circunstancias o requisitos que obstan a la viabilidad de la acción. Para ello ejercitará, asi-

mismo, un poder que nosotros también lo unificamos como de excepción. Coincidimos en ello con gran parte de la doctrina y con los criterios generalmente receptados por nuestros códigos procesales que, en este aspecto, no hacen distinción de conceptos según que la inobservancia u omisión deba ser o no pueda ser asumida de oficio por el órgano jurisdiccional.

II. Denominación

Como primer problema práctico del tema que tratamos se nos presenta el de la denominación de este poder que tiene el perseguido jurisdiccionalmente para objetar el ejercicio y rebatir el contenido de la acción dentro del proceso en el cual se lo demanda o imputa. La expresión que utilizamos como título de este trabajo adelanta ya nuestra posición al respecto y desde un doble punto de vista: 1º el de su amplitud o generalidad para captar todos sus posibles contenidos en cuanto procesalmente proyectados, y 2º el de su singularidad para caracterizarlo como único frente a la posible pluralidad de contenido. Pensamos que sólo así se hace posible un análisis de la excepción en paralelismo con la acción, ambas en su eficacia procesal y en concordancia con el análisis de la jurisdicción.

La doctrina antigua y parte de la moderna (Escriche, Dallari, Betti) han receptado como temperamento correcto la utilización genérica del vocablo "excepción", pero lo manejan con una significación sustancialista para la cual resulta indiferente hablar de "excepción" o de "excepciones". La mayoría de los autores modernos, orientados ya por el enfoque procesal del instituto, lo adaptan a la sistemática asumida para la acción procesal, y ya conservando el nombre de "excepción" (Couture), ya sustituyéndolo por otro como "contradicción" (Rocco, Devis Echandía), postulan el concepto unitario del poder no obstante la diversificación de contenido posible.

Devis Echandía, en una línea similar a la Rocco, utiliza el genérico nombre de "contradicción", instituto que muestra como una relación entre demandado y Estado (órgano jurisdiccional). Lo identifica con la defensa, salvo en cuanto la relación de contradicción responde a un interés público. Su contenido es la oposición, que en el proceso se resuelve a través de las negaciones y las excepciones.

Con este criterio sus sostenedores tratan de mantenerse dentro de la línea histórica de la excepción, aun conservando en lo posible su concepto impropio. Nosotros pensamos que la contradicción es un principio que rige la actividad del proceso en el sistema acusatorio formal. No conviene unilateralizarlo como derecho exclusivo del demandado, ni es propio de él en cuanto poder que tiene como consecuencia de la sujeción que para el demandado significa el ejercicio de la acción ante el órgano jurisdiccional.

La contradicción es el efecto de la instancia procesal y se manifiesta más claramente en el contralor de las pruebas y discusión final de la causa (carácter contradictorio del debate). Existe como principio del proceso aunque no se manifieste en la realidad.

La expresión "defensa" para aplicarla a este poder del demandado resulta asimismo demasiado amplia e inconveniente desde el punto de vista conceptual. Así ocurre aunque se intente mostrarla como una noción específica y conservar otra más genérica para su significación constitucional.

Nosotros hemos hablado de la defensa como actividad que aparece contrapesando el ejercicio de la acción frente a la jurisdicción; pero lo hemos hecho con referencia específica al imputado en el proceso penal. En consideración a ello hemos caracterizado el poder de defensa (del imputado) como uno de los tres poderes de realización procesal penal en cuanto se distribuyen entre los tres sujetos del proceso, siendo el imputado el único titular de la defensa frente a la controvertida relación jurídico penal.

En realidad la defensa es garantía constitucional que en juicio debe ser reconocida a todo sujeto no oficial del proceso; y es inconveniente darle además otra significación específica. Aun le corresponde al querrelante particular en materia penal, por lo cual no es de la esencia del poder del demandado o imputado.

Una gran parte de la doctrina vincula directamente el poder del demandado a las defensas que éste puede oponer al progreso de la acción (Manzini, y entre nosotros principalmente Alsina) y distingue, sin uniformidad de criterios, las defensas simples o negaciones de las excepciones que implican no atacar el elemento constitutivo de la relación jurídica material invocada por el actor. Con este método la expresión "defensa", de la que la "excepción" o "excepciones" representan una manifestación, tiene el valor de simple medio de resistencia otorgado al demandado por cada una de las respectivas normas sustantivas o procesales. Ello nos ubica directamente en el contenido del poder del demandado y no en el poder mismo, mirado conforme a la ya superada corriente concreta conforme aclararemos más adelante.

Nosotros preferimos, pues, mantener el nombre de "excepción" para este poder del demandado cuya puesta en práctica surge con ocasión del proceso, pero que corresponde a toda persona de derecho en cuanto capaz de ser demandada ante el órgano jurisdiccional. Es un poder de alegar en ese concreto proceso para cooperar en el pronunciamiento de la decisión. Se coopera planteando cuestiones paralelas a las introducidas por el actor, de manera que el juzgador tenga elementos para decidir: sea si corresponde o no pronunciarse sobre el fondo, sea si corresponde aceptar o rechazar el fundamento de la pretensión del actor.

Esto no quiere decir que mantengamos la postura tradicional de la doctrina de oponer la excepción a la acción (Alsina), como si la primera fuera la antítesis de la condición de demandado (expresión de Couture). Sólo pretendemos vitalizar un vocablo con respecto al cual ya no tiene razón de ser el mantenerlo dentro de su significación histórica, para darle un específico valor científico y una importante proyección práctica.

III. *Función Jurídica*

Así ampliamente considerada la excepción, en cuanto poder no se opone a la acción. En realidad ambas se complementan (Devis Echandía) y homogéneamente (Sentís Melendo), sin perjuicio de que su ejercicio sea cronológicamente sucesivo. En ese ejercicio y en cuanto a su destino, se complementan recíprocamente frente a la jurisdicción, sin perjuicio de que el contenido concreto sea opuesto por consistir en las alegaciones contrarias determinantes de uno y otro sentido de la decisión.

Quede claro, pues, que para nosotros la excepción es un poder amplio que ejercita quien es demandado presentando cuestiones jurídicas (negativa o afirmativamente) opuestas a las postuladas por el actor con el ejercicio de la acción. Esto permite hablar de la pretensión del demandado como contenido de la excepción, que con el ejercicio de ésta es exhibida para que se resuelva si corresponde o no decidir sobre el fundamento de la pretensión del actor, y en caso sobre si éste tiene o no razón. Deja ya de ser la resistencia de hecho al ataque directo del titulado acreedor. Este cambio es el que da carácter jurídico a la excepción procesal, cuya eficacia se proyecta a lo largo del proceso ante el órgano jurisdiccional.

Desde antiguo las legislaciones procesales se han preocupado en regular el desarrollo de esta pretensión del demandado estableciendo para la contestación a la demanda los mismos requisitos previstos para la demanda del actor, y distinguiendo la oportunidad en que deben alegarse unas y otras cuestiones: las dilatorias, como artículo previo anterior a la contestación de la demanda, y todas las demás al contestarla.

No hay coincidencia legislativa sobre la enumeración de estas cuestiones de articulación previa, que en todo caso es taxativa, ni en cuanto a los procedimientos en que se permite esa articulación. A pesar de ello, cuando esa articulación previa no procede, la alegación debe hacerse al contestar la demanda con efecto de caducidad, salvo que la ley de fondo autorice su alegación posterior. Esto último ocurrió en Argentina con la prescripción hasta 1968, año en que entró en vigencia la reforma del artículo 3962 del Código Civil.

La contestación es el acto procesal mediante el cual se desarrolla la pretensión del demandado, al que en su caso se equipara la articulación

previa a ella de las cuestiones dilatorias. El vínculo más preciso que la ley establece entre estos dos actos fundamentales del actor y del demandado, consiste en el deber de éste de "confesar" o "negar" categóricamente los hechos fundadores de la pretensión actora y "oponer" a ésta todas las "excepciones perentorias que tuviere (?)" y las "dilatatorias" que no hubiere "opuesto en forma de artículo previo".

En consecuencia, la excepción tiene por contenido una pretensión jurídica cuyo fundamento se resuelve en la negación o afirmación de hechos o de derecho, opuestas al fundamento de la pretensión del actor. Su objeto es evitar la sujeción pretendida por el actor en el concreto proceso, sea objetando el trámite o el proceso, sea requiriendo una absolución que lo mantenga en su estado de libertad. Se postula esta absolución, lo que se expresa en la práctica como rechazo de la demanda o de la acusación. En realidad implica pedir este rechazo.

La interferencia subjetiva resulta del ejercicio de la acción como se verá con mayor claridad más adelante. La petición del demandado se formula al órgano jurisdiccional, por lo cual éste es el destinatario de la excepción, cuyo titular no puede ser otro sino el demandado, entendiéndose por tal la persona de derecho legalmente citada para que tome posición en el juicio frente a los efectos materiales de la decisión sobre el mérito.

En su proyección al tribunal, los poderes de acción y de excepción no presentan diferencia salvo en lo que se refiere a la operatividad o no operatividad de oficio de las cuestiones de posible decisión. En efecto; aun sin postulación es posible en muchos casos rechazar la pretensión del actor; en cambio salvo excepcionales casos (decisión *extra petit*), el llamado principio de congruencia impide resolver en favor del actor cuestiones que éste no ha postulado: no hay jurisdicción sin actor, pero sí puede haberla sin demandado, a lo menos en su específica determinación.

A la inversa, la pretensión del actor y la del demandado son opuestas porque las cuestiones que la fundamentan y la postulación se contraponen. Esa contraposición, aun cuando no fuere efectiva o expresa (silencio del demandado), es la que determina la posición de una y otra de las partes en sentido procesal.

En conclusión: el actor acciona y el demandado excepciona, pero ambos ponen en acto sus respectivos poderes con el idéntico propósito de obtener una decisión de mérito. Ambos persiguen que el tribunal decida válidamente las cuestiones planteadas por uno y otro o sólo por el actor. Esto aunque éste postule una aceptación y el demandado un rechazo del fundamento de la pretensión hecha valer con el ejercicio de la acción.

Puede ocurrir que el demandado, al excepcionar, fundamente su pretensión en afirmaciones de hecho con eficacia jurídica invalidativa o

extintiva de las consecuencias de derecho resultantes de los hechos de demanda que en cuanto hechos el demandado acepta. Si esto ocurre, en la ulterioridad del proceso el ejercicio de la acción tendrá como contenido complementario una pretensión idéntica en su fundamento a la del demandado, si no se allana. En efecto, dicho fundamento consistirá en la negación de esos hechos afirmados por el demandado, o en la negación de los efectos jurídicos que el demandado quiere darles, o en la afirmación de otros hechos que modifican o eliminan los pretendidos efectos jurídicos.

Supongamos que el demandado alega haber cumplido con la prestación que el actor le reclama. Ante ello el actor podrá en las conclusiones (alegatos) negar los hechos que implicarían ese efecto jurídico extintivo o repeler ese efecto aunque aceptare los hechos. A la alegación de prescripción liberatoria, el actor puede contraponer hechos con eficacia interruptiva o suspensiva. Lo mismo puede ocurrir con respecto a las cuestiones previas de carácter procesal (generalmente llamadas "dilatatorias").

Esto que podría llamarse re-acción del actor (réplica) integra el mismo ejercicio de la acción de demanda. Lo mismo ocurre con la posible nueva alegación del demandado (dúplica). Esta consistiría, por ejemplo, en negar los hechos o la eficacia jurídica de ellos, en cuanto productores de interrupción o suspensión del plazo de prescripción cuyo transcurso él alegó. Se trata del mismo ejercicio de la excepción promovida al contestar la demanda.

Todas esas alegaciones, en definitiva, inciden sobre el fundamento de la pretensión hecha valer con el ejercicio de la acción. El actor lo hace para apoyar su eficacia. El demandado para destruirla. En definitiva, ambos actúan a lo largo del proceso para obtener respectivamente el acogimiento o el rechazo de la pretensión de demanda.

De aquí que no sea aceptable sostener (Rocco) que en el juicio ejecutivo el deudor que excepciona se convierte en actor en el trámite de conocimiento que introduce con su oposición. Se trata de un demandado ejecutivamente que ejercita su derecho de excepción planteando cuestiones opuestas al fundamento de la pretensión del actor. Éste sigue siendo el actor, y al contestar las cuestiones fundamentadoras de la pretensión del demandado continúa ejerciendo su poder de acción, sea reiterando la habilidad o autenticidad de su título, negando el pago, etcétera.

IV. *Vínculo con la acción y la jurisdicción*

Estas conclusiones demuestran la eficacia de analizar el poder de excepción y su ejercicio en adecuada coordinación con la jurisdicción y la acción en cuanto se proyectan procesalmente. Sin embargo, como lo hemos sostenido ya en publicaciones anteriores, corresponde reconocer

que para el progreso científico de las instituciones procesales es de mayor importancia obtener un concepto correcto de la acción. En efecto, una mejor técnica del proceso exige llegar a conclusiones basadas en la posición que con respecto a la acción se asuma frente a cada una de sus diversas manifestaciones (Couture).

Para nosotros, la acción procesal es el poder de presentar y mantener ante el órgano jurisdiccional pretensiones jurídicas, requiriendo una decisión sobre el fundamento de ellas. En lo esencial, lo mismo puede mantenerse para la excepción. De aquí que con respecto a ésta resulte muy conveniente llegar a un concepto unitario conforme lo venimos obteniendo en las consideraciones anteriores, para derivar ordenadamente de él todos los problemas que se presentan.

La eficacia procesal que resulta de su ejercicio, unifica en realidad a estos tres poderes: jurisdicción, acción y excepción. Así se advierte del vínculo de unión que es para ellos el contenido sustancial del proceso. Ese contenido se proyecta al conjunto normativo que constituye el orden jurídico, haciendo caso omiso de la variedad de tipo, naturaleza o aptitud de la concreta norma puesta en cuestión en el proceso.

El criterio unificador surge del enfoque objetivo de los conceptos cuando se los proyecta frente a una integral consideración de ese orden jurídico. La jurisdicción actúa tanto la esfera de ilicitud como la zona de licitud. La acción y la excepción se proyectan en todos esos campos en cuanto contenidos posibles de la decisión perseguida. Esto en atención a que la acción y la excepción deben ser valoradas objetivamente y mirando al contenido de ambas. En efecto y cuando menos, las pretensiones se proyectan: la del actor en la delimitada zona de responsabilidad normativa, y la del demandado en el ámbito de la libertad jurídica (Couture, Carlos).

Es correcto sostener que la acción y la excepción se complementan entre sí frente a la jurisdicción. En efecto, con ambas se postulan ante ella pretensiones jurídicas fundamentadas en el orden constituido normativamente, con imposibilidad de ser utilizadas para aspiraciones ajenas a él (De la Rúa). Esas postulaciones, que pueden contener aspiraciones de mera certeza, de responsabilidad o de libertad jurídicas, son las que el órgano jurisdiccional debe satisfacer a través de la decisión. De lo contrario serían inútiles como instrumentos de realización jurídica. En cuanto tales, los tres poderes se entroncan a través de su ejercicio a lo largo del desenvolvimiento del proceso.

La estricta correspondencia (Buzaid) u homogeneidad (Sentís Melendo) de la excepción y la acción a que antes nos hemos referido, y el paralelismo (Couture) de ambas pretensiones, no obstante mostrarse éstas opuestas, permite dar por superados varios problemas en el estudio de la excepción una vez que aparecen resueltos a través del análisis de la acción. Sin embargo, esa homogeneidad de los poderes y parale-

lismo de las pretensiones deben ser confirmados, aunque más no sea con la presentación de los problemas.

Las diferencias más salientes que se advierten no hacen propiamente a la esencia de la acción y de la excepción ni tampoco a su destino, sino más bien al órgano, a la oportunidad de su promoción y a la eficacia de su ejercicio para la prestación de la jurisdicción. Todo esto deberá ser aclarado con el desarrollo de los puntos que a continuación se tratan, sin perjuicio de anotar ahora esas diferencias fundamentales en forma sintética.

Las legislaciones llaman "demandado" a la persona de derecho que aparece como sujeto pasivo en la pretensión de demanda, e imputado al perseguido penalmente. El poder de excepción sólo puede ser ejercido por éstas o por quien se introduzca en el proceso ocupando la misma posición del demandado conforme a las autorizaciones legales (terceros intervinientes). De aquí que su ejercicio sólo proceda como consecuencia del ejercicio de la acción. Pero esto no debe conducirnos a sostener que la excepción nace con la admisión de la demanda (Devis Echeandía), puesto que como derecho corresponde a toda persona capaz de ser demandada.

El *ne procedat iudex ex officio* es riguroso con respecto a las cuestiones referidas al interés del actor. Es muy relativo, en cambio, en lo que se refiere al interés del demandado. En efecto, el tribunal puede asumir de oficio cuestiones opuestas al interés del actor por considerar que no están tuteladas jurídicamente, aunque no aparezcan en el proceso como pretensiones hechas valer por el demandado con el ejercicio de la excepción. Es sobre este aspecto, precisamente, que una parte de la doctrina insiste aún para mantener lo que se ha dado en llamar concepto estricto o propio de la excepción: planteamiento de cuestiones opuestas a la pretensión del actor, siempre que el tribunal no pueda relevarlas de oficio.

Para marcar mejor la correspondencia entre acción y excepción, algunos afirman (Paula Baptista) que, en teoría, la excepción es la acción del demandado contrapuesta a la del actor (cita de Buzaid). Con esto de entrada quedaría excluida la negación simple; pero no obstante ello, consideramos inconveniente llegar a esa identidad si se quiere evitar que se desnaturalice la excepción.

No debe confundirnos la circunstancia de que muchas cuestiones fundamentadoras de la pretensión del excepcionante pueden también ser utilizadas para fundamentar la pretensión hecha valer con el ejercicio de la acción. En este sentido el Código Civil argentino es expreso, por ejemplo, con respecto a la nulidad de los actos jurídicos. Su artículo 1058 bis expresa que la nulidad o anulabilidad puede "oponerse por vía de acción o de excepción", expresión poco técnica y que responde al

criterio sustancialista del código (mantenido por la reforma) con respecto a estos institutos.

La homogeneidad de la acción y la excepción en cuanto a su esencia y su destino queda sin trasladarse a la pretensión hecha valer, por cuanto la del actor y la del demandado tienen distinta significación: son opuestas como el norte y el sur, o los dos extremos de la duda. No es correcto sostener que sean como las dos caras de una misma moneda (Guasp). La oposición subsiste aunque la actividad sea coincidente. No estamos frente a la pretensión del actor y la oposición del demandado (Guasp, Devis Echandía) sino frente a dos pretensiones opuestas que el tribunal debe considerar para llegar a uno u otro resultado: el acogimiento o el rechazamiento de la demanda.

La tendencia a identificar la acción con la excepción tiene algo de realidad en las legislaciones que se mantienen dentro de la corriente sustancialista (clásica y aun concreta). Con esa postura resulta hasta aceptable limitar la excepción a los efectos jurídicos resultantes de circunstancias de hecho extintivas, impeditivas o modificativas, o sea a la existencia de un derecho del demandado contra el actor (contraderecho: Chiovenda) que aquél podría hacer valer en juicio directamente sin ser posible que el tribunal asuma la cuestión de oficio. Vale decir que sólo habría excepción cuando la cuestión planteable es disponible y tal que el demandado habría podido, en base a esos mismos hechos ahora afirmados, demandar en juicio aparte a quien lo ha demandado (Pallares).

Es fácil advertir que esto no condice con un concepto más moderno de la excepción procesal. Menos aún frente a la amplitud que nosotros queremos asignarle. El criterio restrictivo es en realidad una manera lógica de explicarse con mayor propiedad por los sostenedores de la corriente concreta, cuyos orígenes se remontan al derecho romano (simple antítesis de la condición de demandado). Ulpiano expresó ya que la excepción es acción que el reo ejerce contra el actor. Aquí es donde se obtiene su esencia como contraderecho.

La corriente abstracta rompió con su exageración el cordón umbilical que unía el derecho y el contraderecho con la acción y la excepción, mostrando a ésta como potestad jurídica de defensa adjudicada aun a aquellos que carezcan de un derecho legítimo a la tutela jurídica (Couture). Más adelante haremos a esta corriente la rectificación que nos parece adecuada.

Corresponde también cuidarse del espejismo que pueden producir ciertas reflexiones, aparentemente lógicas, tendientes a evitar todo distinguo entre acción y excepción. Se argumenta, por ejemplo, que el demandado opone o contrapone una acción de declaración negativa si la del actor es positiva, y viceversa, o sea que el actor podría pretender un derecho de libertad (Ugo Rocco) y ante ello el demandado pedirá "un

derecho social". En realidad, el demandado siempre pretende mantenerse en la zona de la libertad frente a la pretensión del actor para evitar ser sometido a sus efectos, aunque esta pretensión del actor consista en desvincularse de la relación sustancial que lo somete al interés del demandado.

Las pretensiones rescisorias, revocatorias o de anulación tienden a que el actor quede liberado del cumplimiento de la prestación convenida; pero la opuesta pretensión del demandado al negar la fundabilidad de la pretensión del actor no significa "pedir un derecho social". El demandado se coloca en la zona de licitud para mantener su afirmado derecho a la pretensión a cargo del actor. En el llamado juicio de jactancia, el actor pretende el reconocimiento o negación de la jactancia para provocar la demanda fundada en esos hechos o la caducidad de la acción posible del supuesto jactancioso; pero tampoco puede sostenerse que el demandado pida un derecho social si plantea cuestiones opuestas.

Igual puede sostenerse con respecto a otras pretensiones de sentido liberatorio del actor, como el pago por consignación y otras llamadas de declaración negativa: desconocimiento de paternidad, exclusión de herederos. Siempre debe resolverse aceptando o rechazando el fundamento de la pretensión del actor, y frente al orden jurídico normativamente constituido, las cuestiones opuestas por el demandado significarán peticiones para que se lo mantenga jurisdiccionalmente en la zona de libertad.

V. Evolución conceptual

Lo expuesto hasta ahora permite proporcionar un desarrollo esquemático de la evolución del pensamiento legislativo y doctrinal sobre la excepción. Ello aclarará algunos puntos ya expuestos y nos permitirá una más clara explicación de los que aún faltan. Más de un autor meritorio ha sostenido que la teoría de la excepción tiene un desarrollo equivocado por una serie de deficientes interpretaciones del derecho romano (Von Bülow).

Los primeros vestigios de la excepción, a lo menos en cuanto a la materia o cuestión integrante de su contenido, deben remontarse al periodo del procedimiento formulario del derecho romano. Al comenzar este régimen quedó limitado a los impedimentos para resolver sobre el fondo, pero poco avanzado el sistema se autorizó introducir en la fórmula cuestiones opuestas a la *intentio*, lo que marcó el origen de la excepción en cuanto al fondo, aunque había sido ya precedida por la *prescriptio*.

Como un antecedente de ese germen de la excepción puede mencionarse la *denegatio acttone*, medio por el cual el pretor protegía al demandado cuya tutela prácticamente estaba confiada al magistrado. Ésta,

recién pierde eficacia cuando aparece la *exceptio* en el procedimiento formulario (Fornatti). La *prescriptio pro reo* respondía al principio de economía procesal más que a la defensa del demandado, por cuanto con ella se limitaba de oficio la cuestión litigiosa.

En lo relativo al poder puesto en práctica para paralizar el ejercicio de la acción (objeción al procedimiento), muchos autores sostienen que, en cuanto a su teoría como excepción procesal, fue obtenida exclusivamente del derecho romano (Bülow). También se sostiene que consiguió su desarrollo sistemático, el que aún viene heredando gran parte de la legislación procesal, como consecuencia del esfuerzo del procedimentalismo romanista entre los siglos XIII y XV. Desde entonces se habla de las "excepciones dilatorias" como medios destinados a prevenir los defectos del trámite procesal, permitiendo al demandado no contestar la demanda antes de la *litis contestatio*.

Si bien esta doctrina no respondió realmente al criterio del derecho romano, lo cierto es que por lo menos tomó inspiración en la doble fase del procedimiento formulario. Cierto es que allí los obstáculos procesales deferían la demanda y no el proceso, cuya iniciación quedaba impedida y no paralizada; pero es evidente que *in iure* debía quedar resuelto si se concretaba o no la fórmula que permitiera entrar *in iudicium*, lo que significaba obtener o denegar la *litis contestatio*.

Así introducidas y con ese sentido, las llamadas "excepciones dilatorias" en la legislación y doctrina alemana, con algunas variantes, pasa a los demás códigos de Europa continental y es recibida por las leyes latinoamericanas. Sin embargo, siguiendo la tendencia española éstas restringen a un corto *numerus clausus* la amplitud de dichas "excepciones", y sólo permiten su articulación previa a la contestación de la demanda en los procedimientos amplios. En los demás, sólo funcionarán como cuestiones previas a las de fondo para el momento de dictar sentencia.

En cuanto al aspecto de fondo del contenido de la excepción, también se advierte su origen en el procedimiento formulario. Es común opinar que la *exceptio* consistió en un medio utilizado por el pretor para atemperar el rigor del *ius civile* (Podetti), haciendo prevalecer la equidad al derecho desde el punto de vista de la justicia: evitar la condena inicua.

Si el demandado lo pedía y el pretor lo consideraba procedente, la excepción era incluida en la fórmula para que operara *in iudicium* como circunstancia eliminativa en cuanto posibilidad de absolución del demandado que, conforme al *ius civile*, correspondería condenarlo. Era una oposición a la *intentio*; quedaba excluida la simple negación, y en la fórmula se insertaba antes del pedido de condena (*condenatio*) y algunas veces después (Pallares).

Es importante advertir, sin embargo, la amplitud que llegó a darse a la excepción en el derecho justiniano. Se la consideró como oposición del demandado, consistente tanto en negar la deuda, como en alegar que la ha pagado o que no está obligado a pagarla porque el acto de su origen es nulo (Alsina). De aquí que se la haya considerado como un derecho procesal por el que el demandado hace valer circunstancias de hecho o de derecho a fin de destruir o de enervar la acción.

En el derecho clásico se sigue para la excepción el mismo criterio que se tenía para la acción. Ésta era el mismo derecho puesto en actividad como la otra cara de la misma moneda. La excepción era el mismo derecho que por la ley tenía el demandado para impugnar ese derecho en movimiento en que consistía la acción. Si el derecho de propiedad en movimiento es la acción reivindicatoria, el derecho a usucapir del demandado que podrá oponerse a la reivindicación será la excepción de prescripción adquisitiva.

Esto que se presenta como la existencia de un derecho con eficacia opuesta al derecho del actor, es mantenido por la corriente concreta no obstante su posición dualista. Para sus sostenedores, la excepción resulta ser un contraderecho del demandado con respecto a la acción, que es el derecho del actor. No se trata ya, es cierto, de la simple expresión particular del derecho subjetivo (Couture) por cuanto la excepción se autonomiza de éste pero sólo se tendrá excepción cuando se tiene razón. No es posible concebir la excepción infundada ni mucho menos la temeraria.

Para estas corrientes sustancialistas, el demandado sólo tendrá excepción cuando el actor carezca de acción (*sine actione agit*). De aquí que cuando la demanda es acogida favorablemente, las alegaciones opuestas a la pretensión del actor que haya esgrimido el demandado serán cualquier cosa menos excepción. Éste es el concepto contenido en el artículo 202 del Código Civil alemán (cita de Couture): La excepción es la potestad de cualquiera de rehusarse a la prestación a la que está obligado. De aquí que se la exprese como el poder de anulación dirigido contra otro derecho y acordado legítimamente. Su falta de articulación cuando la cuestión no puede ser asumida de oficio, hace que el derecho alegado por el actor quede existente y válido.

Los conceptos de quienes se ubican respecto de la acción en la corriente abstracta coinciden con los que tienen de la excepción en cuanto existe como poder del demandado, aunque éste carezca de un derecho legítimo a la tutela jurídica. De aquí que también sea un poder abstracto de defensa dirigido a conseguir un pronunciamiento sobre el fundamento de la oposición a la acción. Se niega el carácter de contraderecho no sólo porque el demandado actúa excepcionando con abstracción de que tenga o no razón, sino porque no reclama para sí mismo un derecho, ya que defiende su libertad.

Pero la conclusión de la corriente abstracta aparece clara solamente frente a las cuestiones que tienden a impedir la decisión sobre el fondo. Esto porque cuando la actuación del demandado se refiere al derecho material invocado por el actor, reclama para sí una sentencia favorable, ya que en ello consiste su afirmación de libertad, no de derecho. Esto los lleva a desviar la línea de su posición originaria, ubicando la excepción como una de las manifestaciones de la oposición del demandado. La objeción no queda superada con la tendencia a generalizar el concepto abstracto con la idea de la contradicción.

Lo importante para esta corriente es que la excepción, cualquiera sea su significado, ha de ser tal en cuanto presentada por el demandado, aunque la pretensión del actor resulte en definitiva fundada. Alcanza su destino con la decisión sobre el fondo o sobre si corresponde o no decidir sobre el fondo, cualquiera sea el sentido de una y otra.

En cuanto a este poder se lo presenta como contradicción frente a la acción, se lo muestra paralelamente con ésta en su vínculo con la jurisdicción: relación de acción y relación de contradicción (Rocco, Devis Echandía). Suele dársele por fundamento constitucional el derecho a ser oído en juicio como garantía de válida decisión; pero esto no explica la naturaleza jurídica del instituto.

No obstante, ello ha conducido a una parte de la doctrina a sustraer del campo del derecho procesal también el concepto de la excepción, al igual que el de acción, y captando tan sólo el de oposición como acto enfrentado a la pretensión del actor (Guasp, Fairén Guillén). Constitucionalmente hablan de derecho cívico de petición a los órganos de justicia; procesalmente, de pretensión y oposición a la pretensión, cristalizando estos esquemas el proceso en el dualismo ataque-defensa.

Para ellos, por este medio el demandado reclama al órgano jurisdiccional la no actuación de la pretensión, y al igual que ésta, la oposición es un acto. Pero un acto que no integra el objeto del proceso en que consiste la pretensión (Palacio). Sólo le fija límites a su examen en base al principio de contradicción: conclusión distinta a la de Satta, quien expresamente sostiene que la excepción integra el objeto del proceso. Como medio, la excepción es, para Guasp, un tipo de oposición a la pretensión desde el punto de vista de la índole de la resistencia, lo que se integra con la negación.

Pero no obstante el desplazamiento que estos autores hacen de la excepción, algunos, como Guasp, Alsina y Palacio, se mantienen en la corriente abstracta del instituto. Otros (Manzini, Devis Echandía), para evitar contradicciones en su pensamiento, se ven en la necesidad de atribuirle un carácter concreto. Para esta última tendencia, abstracta es la contradicción y concreta la oposición y las excepciones, porque requieren ser fundadas para obtener su destino: sentencia favorable al

demandado. Liebman, Calamandrei y sus seguidores, mantienen esta posición.

En materia penal la mayoría de los procesalistas han limitado más de la cuenta el concepto de excepción. Lo han encuadrado dentro de la defensa del imputado en cuanto medio constitucional de perseguir una absolución o de hacer valer cuestiones que eliminan o aminoran la responsabilidad (Manzini). En el derecho romano la excepción penal fue escasamente explorada (Fornatti). Se resolvía en la *negatio*, la *defensio* y la *excusatio*, siendo esta última la que más se acercó a las excepciones del procedimiento civil. Pero a la par de éstas, que eran materiales, se encuentran las excepciones procesales consistentes en las *prescriptiones* (impeditivas del proceso), *abolitiones* (extintivas del proceso) y *excusationes* (dilatatorias) (Gatti).

En el derecho común la excepción penal sigue la tendencia unificadora con lo civil de todo el procedimiento, marcándose cada vez más nítidamente la distinción entre defensa y excepciones. Los criterios sustancialista y monista daban la tónica a los conceptos, como ocurrió con la acción.

Ya en el derecho moderno se entra con la costumbre de la práctica judicial de identificar defensa con excepción, sea de fondo o de rito (Bortolotto, Alimena), pero la doctrina tiende también a autonomizar el concepto de excepción con respecto al de defensa (Manzini, Sabattini, Vélez Mariconde, Gatti), no faltando quienes niegan la existencia de excepción en lo penal (Massari, de Notaristefani, Carnelutti, Costa).

Lo importante para destacar sobre este punto es que, en definitiva, la doctrina está de acuerdo en que en materia penal todas las cuestiones que el imputado podría plantear por vía de excepción o de defensa son asumibles de oficio por el tribunal.

VI. Análisis del contenido

Queda claro que el actor ejercita válidamente la acción ante el órgano jurisdiccional aunque la sentencia sobre el fondo rechace su pretensión por infundada. Luego, la pretensión que se hace valer con el ejercicio de la acción puede resultar fundada o infundada. Precisamente la acción penal se ejercita para obtener una decisión de fondo sobre el fundamento que se alega como existente: razón o falta de razón.

Conforme se aclaró también, puede ocurrir que, no obstante haberse dado curso a la demanda (admisión), surjan circunstancias impeditivas de la decisión sobre el fondo. De acuerdo con ello, no obstante haberse puesto en ejercicio, el poder de acción no puede alcanzar su destino porque un obstáculo impide decidir sobre el fundamento de la pretensión del actor, provisoria o definitivamente. Las circunstancias obstativas

pueden aparecer: *ab initio*, o durante el desarrollo del proceso hacia la decisión final, y constituyen en parte lo que se ha dado en llamar "presupuestos procesales" y en parte cuestiones previas. Para nosotros son obstáculos jurídicos (constitucionales o legales) al válido ejercicio de los poderes de acción y de jurisdicción: cuestiones obstativas.

Esto permite advertir la doble orientación que tiene el poder de excepción. Su ejercicio puede dirigirse a cuestionar: 1º el válido ejercicio del poder de acción, y 2º el fundamento alegado por el actor para el éxito de su pretensión. No obstante esta dual orientación, la esencia del instituto es única e idénticos son sus caracteres.

1. *Cuestiones procesales*

Si aparece como posible una circunstancia obstativa para el regular ejercicio de los poderes de acción y de jurisdicción, o sea un obstáculo para obtener la decisión sobre el fondo (mérito), sólo el tribunal puede decidirlo. Lo decidirá en sentido positivo o negativo, de oficio o a instancia de parte interesada. Si la cuestión resultare acogida, en definitiva significará negar la prestación de la jurisdicción para el caso propuesto por el actor, o paralizar su ejercicio.

Esa resolución formal contendrá declaración positiva o negativa sobre la válida promoción o ejercicio de la acción, es decir, sobre su viabilidad. La declaración positiva implica negar esa viabilidad por la falta de apoyo legal indispensable para que el ejercicio de la acción pueda producir los efectos jurídicos previstos.

El interés público de una tramitación regular y legal, resultante de la exigencia constitucional del juicio previo, proporciona al juez atribuciones decisorias sobre este particular, y le permite en la mayoría de los casos declarar de oficio el archivo o desplazamiento del proceso. Cuando la circunstancia obstativa se advierte *in limine litis*, es común que los códigos procesales prevean este poder autónomo del tribunal; los civiles como poder de inadmitir la demanda legalmente defectuosa, y los penales como poder de desestimar la instancia de instrucción por no poderse proceder o por falta de competencia.

Ese archivo del proceso puede ser definitivo o provisional. Lo primero cuando implica la imposibilidad de continuarlo hasta la sentencia sobre el fondo o sea que tiene efecto extintivo (del proceso y no de la causa); lo segundo cuando puede continuarse si se salva el obstáculo cumpliendo lo omitido o corrigiendo el defecto, o sea que tiene un efecto paralizante.

Si el tribunal puede proveer de oficio a esta extinción o paralización del proceso, es obvio que aquella persona a cuyo respecto penda la amenaza del desfavor de la cosa juzgada pueda alegar la cuestión. La alegará planteando ante el tribunal la posibilidad de la existencia del

obstáculo legal que afectaría la viabilidad del ejercicio de la acción y de la jurisdicción de mérito.

El demandado puede, pues, plantear estas cuestiones aun cuando fueren asumibles de oficio. Pero hay casos en que deben ser planteadas (carga) para que el tribunal pueda decidir sobre si están o no fundadas. Así ocurre, por ejemplo, con el arraigo del juicio, con la falta relativa de competencia (competencia prorrogable) y con la resolución previa de algunas cuestiones regidas por el principio dispositivo donde el interés público queda legalmente limitado a la manifestación oportuna del particular interesado (caducidad).

Otras veces puede ocurrir que la instancia de parte sea necesaria, aunque no indispensable, para que el tribunal esté en condiciones de proveer sobre la fundabilidad de la cuestión previa que, de aparecer en el proceso, debe ser asumida de oficio. Solamente por manifestación de la parte interesada se advierte la posibilidad de la existencia de las circunstancias de hecho en que se fundamenta. Piénsese en la nulidad del matrimonio anterior para el delito de bigamia, en la incapacidad del demandante o de su procurador, en la falta de carácter del traído a juicio como demandado, en la *litis pendencia*, etcétera.

En consecuencia, el poder de cuestionar la viabilidad del ejercicio de la acción corresponde en general al imputado y al demandado o tercero que al lado de éste puede resultar vinculado a la cosa juzgada. Le corresponde aun cuando se trate de cuestiones que el juez pueda asumir de oficio, y aun cuando esté en condiciones prácticas de resolverlas sin la alegación de parte interesada. Como custodio del interés público, las cuestiones no disponibles pueden también ser denunciadas por el Ministerio Fiscal cuando interviene como parte formal en el proceso.

Se advierte que por este medio, y dentro de la amplitud señalada, el demandado o imputado tienen el poder de provocar un pronunciamiento jurisdiccional acerca de si la acción ejercitada es o no viable para llegar a su destino, o sea a la decisión final de mérito sobre el fondo. Sustancialmente significará un poder de resistir al empuje de la acción inválidamente ejercitada para impedir sus efectos. Ese poder es el de excepción que ya hemos caracterizado, pero limitado a una de sus orientaciones, por el cual se hace valer una pretensión fundada en hechos relevantes desde el punto de vista de las normas procesales.

No es un poder que se oponga al de acción aunque se ejercite para resistir al ejercicio de ésta. Lo opuesto es la cuestión planteada con el ejercicio de la excepción. El excepcionante se opone al pronunciamiento sobre el fondo, pretendiendo su liberación del proceso definitiva o transitoriamente, aunque pueda ser otra vez perseguido ante la jurisdicción por el mismo asunto.

No se opone, sino que se complementa con el poder de acción frente a la jurisdicción, para el primer paso que ésta debe solucionar: si están o no están dadas las condiciones para el pronunciamiento de mérito sobre la cuestión de fondo introducida por el actor. Se advierte el carácter previo de esta orientación de la excepción y también su eficacia meramente procesal: tiene por destino el pronunciamiento previo al fondo, cualquiera sea su sentido.

2. *Cuestiones sustanciales*

Se ha dicho que la acción se ejercita para obtener una decisión sobre el fundamento de la pretensión hecha valer. Haciendo ahora caso omiso de las posibles circunstancias impeditivas para que la acción alcance su destino, debemos considerar la excepción frente a éste su destino vinculado al contenido sustancial.

Planteadas la cuestión de fondo ante el órgano jurisdiccional con el ejercicio de la acción y concretada en la demanda o acusación, quien resulte vinculado a los efectos de la cosa juzgada en el caso concreto estará en condiciones de controvertir el fundamento de la pretensión, formulando cuestiones opuestas a ese fundamento o simplemente negándolo o no aceptándolo. Esta forma de presentar el problema plantea diversas reflexiones, para cuyo desarrollo conviene adoptar un orden lógico.

Desde nuestro punto de vista, la acción persigue una resolución de mérito con abstracción de que se tenga o no el derecho fundamentador de la pretensión hecha valer. Pero, en cuanto proyectada a ese fundamento, la decisión perseguida sólo puede ser estimatoria o desestimatoria: acogerá o rechazará ese fundamento de la pretensión del actor dándole o negándole la razón. Ese dualismo es el que plantea la controversia judicial como posible en la práctica del proceso y la que fundamenta el principio del contradictoria aun cuando el demandado no aparezca en forma cierta y determinada.

El dualismo de la decisión perseguida resulta como consecuencia de mostrarse posible la razón del actor en base al fundamento proporcionado para su pretensión: es posible que el interés del actor esté jurídicamente tutelado, de donde resulta asimismo la posibilidad de que no lo esté (*zandebeatur?*). Esto último nos ubica en el interés de libertad del demandado opuesto al fundamento de la pretensión, cuya afirmación de tutela jurídica también ha de mostrarse como posible y por ello posible la no tutela.

De esto resulta, en definitiva, que el juez puede rechazar el fundamento de la pretensión del actor cuando, a través del proceso, llegue a la conclusión de su falta de razón. Lo hará en la sentencia de mérito, aunque no se haya ejercitado el poder de excepción, salvo cuando por

ley la omisión de plantear cuestiones opuestas sea vinculante para el tribunal.

Conforme a ello, el tribunal puede, pero no en todos los casos, declarar la falta de fundamento de la pretensión del actor (rechazamiento de la demanda) en ausencia del demandado o ante la diversa conducta procesal de éste. El allanamiento a la demanda, por ejemplo, vinculará o no al tribunal según los casos; deberá asumirlo en la decisión sobre el fondo cuando se postulan pretensiones disponibles; caso contrario, sólo podrá ser utilizado como elemento de convicción en cuanto a los hechos. Varias cuestiones impeditivas, modificatorias o extintivas del planteamiento jurídico presentado por el actor sólo pueden ser asumidas jurisdiccionalmente si el demandado las alega en procedimiento contencioso.

Pongámonos en los casos de ausencia de demandado. El primero de ellos sería el del proceso voluntario donde, no obstante la citación *in genera*, nadie se presenta a controvertir al pretendiente. Aquí el tribunal resolverá en favor o en contra del fundamento de la pretensión del actor teniendo en cuenta la eficacia jurídica de los hechos alegados y acreditados. El tribunal debe decidir el caso concreto ante la posibilidad tanto de razón como de falta de razón del pretendiente.

No obstante la ausencia de demandado *in specie*, en el proceso voluntario se mantiene un contradictorio de valor meramente formal, que puede o no materializarse con la intervención del Ministerio Fiscal. Lo cierto es que en estos procesos ni en la demanda ni durante el trámite aparece determinado el posible opositor a la tesis del actor. Esto porque aún no se pretende de nadie en particular sino sólo frente a la colectividad en su proyección a persona incierta, tendiendo a adquirir un estado o situación o a obtener la protección a un interés. En caso de decisión favorable, ésta se dictará sin perjuicio de que pueda ser controvertida después por un particular interesado, ejercitando el poder de acción.

Aquí sólo podría hablarse de ejercicio del poder de excepción en el concepto amplio que hemos adoptado, si el particular interesado en contestar la pretensión del actor se introduce en el proceso iniciado por éste. Pero cuando así ocurra desaparecerá lo voluntario del proceso dado que se está frente a una contención.

Distinta es la situación que se presenta con lo que se conoce por incontestación de la demanda en el procedimiento contencioso. Esto puede ocurrir en el estado de rebeldía del demandado, aun de la rebeldía impropia (demanda no citado regularmente), y también cuando no obstante intervenir efectivamente (participación) el demandado no conteste la demanda. Se trata de una actitud pasiva del demandado cuyas consecuencias jurídicas no son idénticas en las distintas legislaciones; aun en un mismo código procesal civil se regula con distinta

significación entre el procedimiento general amplio y los limitados o especiales.

En materia procesal penal, el silencio del imputado cuando se lo llama para indagatoria carece de toda significación sustancial por cuanto goza del derecho de abstenerse a declarar sin que ello vaya en desmedro de sus intereses. Por eso el problema queda limitado a la materia civil donde, por lo general, las respuestas evasivas y la negativa conocida por genérica legislativamente equivalen a falta de contestación.

Las alternativas de los sistemas son las siguientes: 1º se tendrá por negación de los hechos y del derecho; 2º al demandado se lo tendrá por confeso en cuanto a los hechos de demanda y como que ha aceptado el derecho que el actor pretende, y 3º el tribunal puede considerar que el demandado ha confesado los hechos de demanda (tenerlo por confeso), lo que significa una presunción a valorar en conjunto con las otras pruebas de autos.

Cualquiera fuere la solución dada por la legislación para estas situaciones planteadas por la conducta omisiva del demandado, lo cierto es que éste no hace valer ningún poder o derecho. Por lo tanto, no puede hablarse de ejercicio del poder de excepción ni tampoco de contradicción o controversia. Esto sin perjuicio de que esa negativa a responder pueda significar una forma de defenderse.

Desde la perspectiva del juez, estas distintas conductas omisivas deben ser consideradas en función de los mismos criterios que rigen para el allanamiento o para la aceptación o negativa lisa y llana, todo dentro de la extensión que permita el principio dispositivo. En efecto, cuando predomina el interés público en las cuestiones propuestas, tanto de hecho como de derecho, éstas no pueden ser fijadas por acuerdo expreso o tácito de las partes con efecto vinculante para el juzgador.

En el proceso por nulidad de matrimonio, por ejemplo, ni la negativa a contestar ni el allanamiento del demandado pueden limitar el ámbito de decisión del tribunal, cualquiera fuere el criterio que al respecto haya fijado la ley. De aquí también que en materia penal hasta haya llegado a sostenerse que el silencio es una de las maneras que el imputado puede utilizar para defenderse.

Entremos a considerar ahora las formas activas como puede manifestarse el demandado para controvertir el fundamento de la pretensión del actor. La más simple de ellas es la negativa lisa y llana, clara y específicamente formulada en la contestación de la demanda. Se niegan uno por uno los hechos afirmados como fundamento de la pretensión, o sus consecuencias jurídicas, por no aceptarlos conforme las deduce el actor.

Aquí se advierte ya un decidido enfrentamiento al contenido de la acción; es decir, a la pretensión del actor cuyo fundamento es rechazado

imputándosele no ser cierto. Con ello queda expresamente planteada la controversia, o sea la posibilidad de que el actor no tenga razón.

Esta negativa se conoce como simple defensa en la doctrina. Sin embargo, y como ya lo hemos hecho notar, debemos tener en cuenta que con esa expresión se representa en realidad una actividad mucho más generalizante. Es actividad propia de todos los sujetos privados del proceso, y no sólo del demandado o imputado, en sus manifestaciones de intervención, audiencia, prueba, discusión y recursos o impugnación. En cuanto contenido del poder atribuido al demandado ante una acción ejercitada, nosotros consideramos que la simple negativa es uno de los medios de controvertir el fundamento de la pretensión del actor, y en cuanto tal, funciona como fundamento de la pretensión opuesta que hace valer el demandado con el ejercicio del poder de excepción.

Puede ocurrir que la negación fundamentadora de la pretensión opuesta del demandado no sea simple en el sentido de limitarse a negar sin más los hechos de demanda o sus consecuencias jurídicas. El primer paso de la complejidad aún no consiste en la negación que resulta del enfrentamiento positivo, sino en el agregado de afirmaciones de hecho o invocaciones jurídicas que desarrollan por vía de justificación la negativa expresada al controvertir.

Se trata de allegar elementos de hecho o explicaciones de derecho de los cuales resultaría por inferencia lógica, la inexistencia de los hechos negados o de sus consecuencias jurídica. En cuanto a los hechos, es lo que por lo general se conoce por coartada, y tiene las más variadas manifestaciones. El demandado niega la deuda alegando que siempre evitó tener relaciones económicas con el pretendido acreedor, o que la mercadería le fue vendida por otra persona. Se niega la responsabilidad por lesiones alegando haber estado en un lugar muy distante en el momento que se indica como el del hecho lesivo. En cuanto al derecho muestra los diversos matices de los distintos encuadramientos jurídicos de los hechos no negados.

Esos desarrollos o explicaciones que pueden agregarse a la negación resultan indiferentes desde el punto de vista del contenido de la excepción por cuanto no integran la controversia, para lo cual basta la negación. Se trata de hechos que si bien tienen significación jurídica sustancial en su genérica consideración, específicamente sólo son relevantes a los fines probatorios fortificantes de la antítesis que significa la negación. No se trata, pues, de planteamiento de cuestiones que deban ser resueltas en la sentencia.

El otro medio activo de controvertir la pretensión del actor es positivo. Capta lo que la doctrina más generalizada denomina excepción en sentido amplio para integrar la resistencia material del demandado con la simple negación: defensas y excepciones.

Por este medio el demandado acepta los hechos de demanda en cuanto constitutivos de la relación jurídico sustancial que el actor pretende hacer prevalecer, pero fundamenta su pretensión opuesta al fundamento de la pretensión actora en la afirmación de otros hechos con eficacia jurídica impeditiva, modificatoria o extintiva de aquella relación jurídica cuya constitución no se negó. Por ejemplo, se acepta haber contraído la prestación reclamada, pero se afirma la falta de capacidad para contraerla, o que se modificó la obligación por un convenio posterior, o que ya ha sido satisfecha, o que ha transcurrido el término para la prescripción.

En materia penal este medio de controvertir la pretensión acusatoria se manifiesta en las circunstancias que eliminan la responsabilidad criminal con respecto a un hecho que aparece encuadrado en una figura delictiva: afirmación de una causa de justificación, de inimputabilidad, de exculpación o de una excusa absolutoria. También puede referirse a la modificación del tipo delictivo, de la participación, al grado de tentativa o de concurso, etcétera.

Frente a este medio de actuar para controvertir la pretensión actora, se presenta la necesidad de determinar la posición del juez. Es el caso de que el tribunal advierta la presencia de esos hechos o de esas sus consecuencias jurídicas no obstante que la demandada no los haya alegado en momento oportuno.

El problema ha tenido importancia en la doctrina a los fines de la determinación del concepto de excepción en su significado más estricto o propio. En efecto, este concepto estricto excluye la alegación de circunstancias o hechos cuya existencia y relevancia jurídica puede (y por ello debe) ser asumida de oficio por el juzgador. De aquí que sólo pueda considerarse excepción el poder de cuestionar la pretensión actora fundándose el demandado en afirmaciones de hechos o circunstancias impeditivas, modificatorias o extintivas de la relación jurídica invocada cuya constitución se acepta, siempre que la existencia y relevancia jurídica de esos hechos o circunstancias sólo puedan ser tenidos en cuenta por el juzgado si fueron oportunamente alegados por quien tiene derecho a ello.

Las alegaciones de los hechos o circunstancias que el tribunal puede asumir de oficio implican, para esta corriente doctrinal, medios de defensa y no de excepción (Alsina, Devis Echandía), es decir, que juntamente con las negociaciones simples son contenido de las "defensas" en cuanto medios de oposición que tiene el demandado para resistir la pretensión del actor. Y esto es lo que ocurre con toda amplitud en el proceso penal, por lo cual se ha concluido que en él no puede haber excepción en sentido propio, lo mismo que se sostuvo para el contenido con eficacia procesal (De Notaristefani, Costa, Beneken-Beling,

Massari), y otros advierten la dificultad para trasladar los conceptos de lo civil a lo penal (Manzini).

Corresponde tener presente que en el proceso civil moderno va adquiriendo bastante extensión la atribución al juzgador de relevar de oficio, es decir, sin formal planteamiento por el demandado, las cuestiones que vayan apareciendo en el transcurso del proceso. Esto en virtud del principio de verdad jurídica que no puede ser abiertamente destruido por una formalidad no aquilatada por el principio dispositivo. Y hasta es dable advertir, por ejemplo, que la cosa juzgada no es relevable de oficio en unos ordenamientos jurídicos (Italia) y sí en otros (Alemania), según anota Dallari.

Ante esta ampliación, que está teniendo entrada cada vez con mayor amplitud en los códigos modernos, podríamos llegar muy pronto a la eliminación del concepto de excepción, o al absurdo de mantenerlo tan sólo con respecto a aquellas cuestiones que implican paralizar o destruir la eficacia del derecho que el demandado reconoce al actor, como la prescripción civil liberatoria, la *exceptio non adimpleti contractus* y otras similares, que por imperio de la ley de fondo, son de exclusivo dominio del demandado. El círculo de "las excepciones" se reduciría a lo que éste puede renunciar con efecto vinculante para el juzgador, sin avanzar más allá de las circunstancias impeditivas, modificatorias o extintivas de la relación jurídica cuya constitución se acepta.

Actualmente no hay razón justificada alguna para restringir el concepto de excepción. Mucho menos conforme al significado que nosotros le damos. Desde nuestro punto de vista, aun la negación llamada simple integra el conjunto de cuestiones sustanciales que pueden ser contenido de la excepción como poder del demandado para pretender el rechazo del fundamento de la pretensión del actor.

En consecuencia, todas esas cuestiones que son sustanciales por estar referidas al mérito, integran el contenido del poder de excepción que corresponde a quien sea imputado o demandado en el proceso o pueda afectarle la eficacia de la cosa juzgada. No interesa que se trate de negaciones simples o calificadas, de afirmaciones opuestas a la validez o subsistencia de la relación invocada por el actor o acusador, o de cuestiones cuya omisión de planteamiento por el demandado impidan o no impidan su tratamiento en la resolución sobre el fondo.

Estamos convencidos de las ventajas que representa aceptar este contenido para la teoría de la excepción. De esta manera la excepción aparece realmente como un poder del demandado de controvertir la validez del ejercicio de la acción y el fundamento de la pretensión que con ella se ha hecho valer, cualesquiera sean las cuestiones que la ley permite o tolera plantear. Se advierte también cómo este criterio amplio conduce a la unificación de criterio entre el contenido formal y el material de la controversia en que se manifiesta el ejercicio de la

excepción. Y finalmente se hace posible atribuir también al imputado este poder de excepción, tanto para controvertir la imputación como para objetar la regularidad y legalidad del proceso.

Todas estas cuestiones se cristalizan en la controversia sobre el fondo, la que es contenido de la excepción haciendo caso omiso de que el demandado tenga razón o carezca de ella. Pero el carácter abstracto no puede exceder del dualismo razón o falta de razón (*tertium non datur*), o sea de que se acoja o rechace jurisdiccionalmente la negativa o el fundamento de la pretensión del demandado o imputado. Tal su más estrecho contacto con el poder de acción y de jurisdicción conforme nosotros lo hemos conceptualizado.

VII. *Clasificación de las cuestiones*

El criterio unitario que orienta la excepción, tanto en cuanto poder como en cuanto ejercicio, impide multiplicarla, aunque lo fuere con criterio sistemático. Sin embargo, considerando la diversa dirección y eficacia de su contenido, se hace posible obtener una clasificación de las cuestiones, que por lo menos tenga un valor pedagógico y aprovechamiento práctico.

La doctrina ha formulado diversas clasificaciones, referidas algunas veces directamente a "las excepciones" y otras al contenido de ellas. Pero fundamentalmente ha predominado la tendencia a referir la primera distinción a los efectos perentorio o dilatorios, y a la naturaleza sustancial o procesal de las distintas cuestiones proponibles.

Ya se ha hecho la crítica a la distinción que de las posiciones se hace entre defensas y excepciones, o entre negaciones simples y excepciones, no sólo desde el punto de vista de la denominación sino también de los efectos. Tampoco parece aceptable, o por lo menos coincidente con nuestro enfoque de la excepción, hablar *in genere* de medios de defensa del demandado frente a los ataques del actor, para distinguirlas según que se dirijan al *derecho*, a la llamada "acción" o al proceso (Carli): defensas, excepciones (perentorias y dilatorias) e impedimentos procesales.

Finalmente, resulta insuficiente la distinción entre cuestiones procesales y sustanciales en atención a la relevancia jurídica de los hechos sustentados o del planteo propuesto. Agréguese a ello lo impropio de asimilar lo sustancial con lo perentorio y lo procesal con lo dilatorio, no distinguiendo la extinción del derecho y la del proceso.

Las legislaciones no se han preocupado en proporcionar una clasificación sistemática de las cuestiones proponibles por vía de excepción. Suelen referirse a ellas tanto para el proceso de conocimiento como para el proceso ejecutivo, y en materia penal se las limita a la falta de competencia y al irregular ejercicio o extinción de la acción penal.

Si bien los criterios no son uniformes, las diferencias normativas son de poca entidad sustancial.

En realidad la distinción que se advierte en los códigos procesales civiles se limita a establecer cuáles "excepciones" (cuestiones) pueden o deben articularse antes de contestar la demanda, para ser resueltas como artículo previo o sea sin tramitarse el proceso hasta el momento decisorio sobre el mérito y cuáles deben plantearse al contestar la demanda, para ser resueltas en el momento decisorio. En lo penal todas las previstas deben plantearse como artículo previo de especial pronunciamiento (Código Nacional de Argentina, artículo 443; Código de Córdoba, artículo 346) sin perjuicio de que la denuncia del impedimento en oportunidad no establecida imponga su consideración en la sentencia.

El Código Procesal Civil para la Nación Argentina prevé las "excepciones previas" en el juicio cognoscitivo como de "previo y especial pronunciamiento" (artículo 346); pero su interposición debe serlo junto con la contestación de la demanda en el proceso sumario (artículo 488) o sin que se interrumpa ni suspenda el plazo para esa contestación en el proceso amplio (llamado "ordinario").

Todas las cuestiones que se incluyen en el artículo 347 tienen de común excluir las que se refieren a circunstancias impeditivas; y las que podrían referirse a circunstancias extintivas como la prescripción (artículo 346, apartado 2º), la transacción, conciliación y desistimiento del derecho (inciso 7º) y la cosa juzgada (inciso 6º) pareciera que tienden a captar soluciones previas al mérito en sentido estricto. Esto se resuelve, sin embargo, en forma muy confusa, máxime cuando en el inciso 8º se pretende distinguir las cuestiones del derecho sustancial en "temporarias" y "no temporarias" o "perentorias".

Otros códigos se limitan a regular como de articulación previa y de especial pronunciamiento sólo las llamadas "excepciones dilatorias" (Córdoba: artículo 1020): falta de competencia y de legitimación procesal, *litis pendencia*, defecto legal y arraigo. Esto lleva a la distinción entre cuestiones dilatorias y perentorias, pero limitadas las primeras a los aspectos puramente procesales, y referida la noción de "perentorio" al contenido sustancial de la postulación del actor.

En el juicio ejecutivo se advierte que todos los códigos prevén el planteamiento por vía de excepción de una serie de cuestiones tendientes a evitar que se lleve adelante la ejecución con relación al título de que se trata. Pero algunos son impedimentos definitivos con relación al derecho como el pago documentado, la compensación, etcétera, y otros sólo transitorios como la espera, la incompetencia, la falta de personería, etcétera. Otros, en fin, son definitivos con respecto al título presentado, como la alegación de su falsedad o de su inhabilidad.

En nuestro proyecto de Código Procesal Civil y Comercial para Córdoba integramos el cuadro introductorio del proceso con el plantea-

miento de las cuestiones por la vía de la excepción ejercitable por el demandado. Éste puede plantear cuestiones previas y no previas. Las primeras pueden ser tanto dilatorias como perentorias, y articulables algunas antes de contestar la demanda con efecto interruptivo para el traslado, y otras en el acto de contestarla. En el primer caso el pronunciamiento será previo a la contestación sobre el fondo y en el segundo en el momento decisorio. Entre las cuestiones de previo y especial pronunciamiento no se incluyen las referidas al fondo del litigio ni las llamadas mixtas como la cosa juzgada y la transacción. Además, se regulan específicamente la falta absoluta de competencia, la prescripción y el arraigo, y están previstos expresamente los casos en que las cuestiones previas a la decisión sobre el fondo sólo pueden articularse al contestar la demanda.

En definitiva, parécenos conveniente comenzar por distinguir las cuestiones que son contenido de la excepción teniendo en cuenta el carácter de la decisión perseguida. Cuando, coincidiendo con el demandante, el demandado peticiona una resolución sobre el fondo, pero favorable a su alegación, se tratará de cuestiones sobre el fondo; y en su esencia no se distinguen de las cuestiones planteadas con el ejercicio de la acción, aunque necesariamente deben ser opuestas. En cambio, cuando el demandado postula una decisión sobre si corresponde o no decidir sobre el fondo, pretendiendo negativamente frente a la tácita posición positiva del demandante, se tratará de cuestiones impositivas de la decisión sobre el fondo, y por ello de resolución previa.

Con expresión más sintética, podemos denominarlas: a las primeras, cuestiones sobre el fondo; a las segundas, cuestiones previas. Unas y otras pueden ser a su vez subdivididas teniendo en cuenta el efecto que el demandado tiende a producir con su alegación, sea en cuanto al derecho invocado por el actor, sea en cuanto al proceso provocado con la promoción de la acción. Carece de trascendencia la distinción entre relevancia jurídica sustancial o procesal de la cuestión planteada, aunque esto pueda servirnos para una mejor identificación.

Las cuestiones de fondo comprenden las que producirían o tienden a producir un efecto de rechazo definitivo o temporario del fundamento de la pretensión del actor. Esto permite distinguirlas en definitivas y provisionales, o si se quiere en perpetuas y temporarias. Integran las primeras la simple negación y las afirmaciones de impedimentos o de circunstancias extintivas o modificatorias de la relación invocada por el actor. Integran las segundas las negaciones de la exigibilidad actual del pretendido derecho (con exclusión de la legalmente permitida condena de futuro): plazo no vencido, espera, condición, etcétera. Es condición, por ejemplo, la *non adimpleti contractus*.

Las cuestiones de fondo definitivas o perpetuas pueden ser meramente definitivas o sustancialmente perentorias según que permitan o

no una nueva discusión del litigio resuelto. Las segundas son la regla. Como ejemplo de las primeras pueden mencionarse las cuestiones oponibles a la pretensión ejecutiva no dirigidas a la causa de la obligación pero de fondo, la oposición al posesorio, etcétera. Podría obtenerse una categoría intermedia de cuestiones en las que la eficacia de su resolución favorable se mantiene sólo *rebus sic stantibus*, es decir conforme se da la realidad en el momento y mientras no cambien las cosas. Es ejemplo la denegatoria de alimentos y otras resoluciones provisionales semejantes.

Las cuestiones de decisión previa, por ser impositivas de la decisión sobre el fondo, pueden distinguirse en función del efecto pretendido con su planteamiento sobre el proceso en trámite. Esto nos lleva a clasificarlas en perentorias, desplazatorias y meramente dilatorias.

Son cuestiones previas perentorias aquellas por las que se persigue la eliminación del proceso en que se plantea con alcance impositivo de cualquier otro proceso por el mismo asunto de fondo; vale decir que esa cuestión no podrá ser hecha valer nuevamente con éxito si se insiste en el ejercicio de la acción cualesquiera fueren las circunstancias que se presenten. Es el caso de la cosa juzgada, la transacción, la prescripción penal y la *litis pendencia* absoluta y propia (*non bis in idem*). Podrían agregarse algunas cuestiones referidas a la capacidad para ser parte y a la caducidad del poder de acción; vale decir a las que impiden *ab initio* y en forma absoluta el ejercicio válido del poder de acción.

Son cuestiones previas desplazatorias las que persiguen orientar el trámite del proceso por ante el órgano jurisdiccional, tribunal u oficio que se estima corresponde legalmente. Se produce un traslado de la acción promovida sin que muera el proceso provocado con esa promoción, aunque pueda ocurrir que corresponda iniciar nuevo trámite. Es el caso de la falta de competencia y de la *litis pendencia* relativa que produzca la acumulación procesal con fines de resolución única sobre el fondo.

Son cuestiones previas dilatorias las que producen una paralización transitoria en el trámite de la causa o sea en el camino hacia la decisión sobre el fondo. Comprenden hechos o circunstancias jurídicamente relevantes tanto desde el punto de vista del derecho sustantivo como del derecho procesal. Son sustanciales, por ejemplo, el pago de costas de un proceso anterior, la citación de terceros en la intervención coactiva, el beneficio de excusión, etcétera. Son procesales las que los códigos llaman generalmente dilatorias como el arraigo, la falta de personería, de capacidad procesal o de carácter. No mencionamos el defecto legal por entender que constituye un cuestionamiento impugnativo, y escapar por ello al contenido del poder de excepción.

Para una síntesis de la clasificación de estas cuestiones valga el siguiente cuadro sinóptico:

Sobre el fondo	definitivas o perpetuas	<ul style="list-style-type: none"> Mere definitivas Perentorias formales Sustancialmente perentorias 	<ul style="list-style-type: none"> Simple negación Circunstan. imped. modific. o extintiv. 	
		provisionales o temporarias	<ul style="list-style-type: none"> Negación de la exigibilidad actual del pretendido derecho: plazo no vencido, espera, condición 	
Previas	perentorias	<ul style="list-style-type: none"> Cosa juzgada Transacción Prescripción penal <i>Litis pendencia</i> absoluta Capacidad de parte y caducidad 		
		desplazatorias	<ul style="list-style-type: none"> Falta de competencia <i>Litis pendencia</i> con acumulación 	
			meramente dilatatorias	<ul style="list-style-type: none"> Arraigo Falta de capacidad procesal, personería o carácter ¿Defecto legal?