

## CURSO INTENSIVO DERECHO PROBATORIO

### Materiales

#### PRIMERA Y SEGUNDA CLASE

#### NOCIONES SOBRE LA PRUEBA. LOS HECHOS Y LA PRUEBA

##### 1. PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA

¿Qué significa la actividad probatoria? ¿Debe demostrarse la pretensión? o ¿se verifican las afirmaciones?.

En todo caso ¿qué importancia tiene para el abogado, el juez y las partes?. Bajo estos interrogantes se desenvuelve un problema tradicional en la doctrina.

Si bien con algunas reservas como para sostener que existan actualmente dos conceptos enfrentados, podemos señalar que el criterio de considerar a la prueba como objeto de demostración se ha puesto en duda para entenderla como mecanismo de confirmación.

Es decir que se abandonarían la idea tradicional de investigación de la verdad para dar lugar a la verificación de lo afirmado. En esto el abogado desarrolla el principal rol, al tener que averiguar previamente para afirmar en su demanda la pretensión que promueve y obtener sentencia favorable si confirma el contenido de su postulación.

Para ser claros, al oponer los conceptos de averiguación y verificación no queremos decir que los términos estén contrapuestos, sino que tienen significados diferentes, pero que son indudablemente complementarios porque el prefijo latino "a" significa caminar hacia algo y verificar significa caminar hacia la verdad. Entonces, si averiguar significa caminar hacia la verdad, verificar significa presentar esa verdad ( <sup>1</sup> ).

##### 1.1 La prueba como "cosa de partes"

Siendo así, primero se averigua y después se verifica, con la necesaria advertencia de que la etapa de averiguación no constituye actividad probatoria, sino procedimiento previo, pero actividad procesal al fin.

En este sentido, se dice que "al juez no se le puede pedir que averigüe porque no es esa su misión; hay que darle o presentarle, esto es, afirmarle los hechos averiguados. Y hay que ofrecerle elementos que prueben que esa averiguación ha sido correcta. Realizar tal labor anteprocésal o preprocésal es

---

<sup>1</sup>. SALAZAR, Olman Orguedas: *Nuevos medios probatorios*, en *Derecho Procesal Moderno*, obra colectiva, ed. Pontificia Universidad Bolivariana, Colombia. 1987, p. 299.

función del particular o de la policía; normalmente, del primero en cuanto al proceso civil y de la segunda en cuanto al derecho penal..." ( 2 ).

La base de la doctrina estaría en la actividad exclusiva del abogado, y en el rol espectador del Juez. Este, asistiría al conflicto de intereses suscitados entre dos partes sin tener posibilidad de instruir oficiosamente, dado que de admitirse, quebraría el juego limpio que supone otorgar disponibilidad a los litigantes para confirmar cada uno el aserto que porta su pretensión. El activismo judicial, violaría las reglas de bilateralidad y contradicción.

Esta idea resume, en pocas líneas, un pensamiento típico del siglo XIX en el que se creía encontrar la eficacia del proceso civil en la glorificación del proceso acusatorio.

En este la dinámica procesal quedaba abandonada a la iniciativa de las partes y el juez intervenía no tanto para dirigir el debate, como para determinar el vencedor del mismo, como si fuera un árbitro encargado de designar un ganador pero sin participar en el juego.

Evidentemente -dice Roger Perrot- "esta concepción de la justicia civil era el fruto de la corriente de pensamiento liberal que con tanta fuerza caracterizó el siglo XIX y que llevó a entender que el correcto funcionamiento de las instituciones sólo era posible si se dejaban al libre juego de las fuerzas presentes" ( 3 ).

## 1.2 La prueba y la actividad del juez.

Desde otra perspectiva, sin calificar a la prueba como un mero procedimiento de fijación normal de los hechos controvertidos, se la analiza circunscribiendo su finalidad al fin de producir en el ánimo del juzgador una certeza, no lógica ni matemática, sino psicológica sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados ( 4 ).

A las partes les corresponde asumir la demostración de los presupuestos de hecho contenidos en la norma sustancial fundante de sus respectivas pretensiones (carga probatoria), sin perjuicio de la iniciativa personal que el director del proceso decida, ante la insuficiencia y en vista de arribar a la verdad jurídica objetiva (concepto este, un tanto huidizo, pero que refleja en cada uno de sus vocablos la finalidad última que se persigue con la actividad).

Se inspira la idea en la posibilidad de otorgar al Juez impulso propio sin quedar restringido por el principio *judex debet judicare secundum allegata et probata a partibus*.

La postergación del dogma sostenido en lo puramente dispositivo se debe a la priorización de la dirección material del proceso (en oposición al criterio de dirección formal) con la cual el magistrado, una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo y el impulso del mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente también de las maniobras dilatorias y retardatorias de alguna de las partes ( 5 ).

---

2. SENTIS MELENDO, Santiago: *La Prueba*, ed. Ejea, Bs. As., 1978, p. 58.

3. PERROT, Roger: *La eficacia del proceso civil en Francia*, en *Para un proceso civil eficaz*, edición de Francisco Ramos Mendez, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982.

4. PALACIO, Lino E.: *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1977, p. 330.

5. CAPPELLETTI, Mauro: *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, ed. Ejea, Bs. As., 1972, p. 123.

### 1.3 Síntesis de la polaridad ideológica

Ambos temperamentos, como vemos, enfrentan el concepto de "pertenencia" del proceso; para los primeros, el litigio es una cosa privada, en tanto los segundos se definen como publicistas, desprivatizando el objeto del proceso.

El mecanismo inicialmente expuesto acentúa un criterio liberal e individualístico, "en el cual todo se deja a iniciativa de las partes privadas, ya sea la determinación del objeto del proceso y del juicio, ya sea el impulso mismo procesal y probatorio" ( <sup>6</sup> ).

En cambio, agrega Cappelletti, el segundo es el sistema de inspiración más publicística, en el cual el Juez tiene poderes de intervención sobre el objeto deducido en juicio que queda sometido a la voluntad exclusiva y monopolística de las partes ( <sup>7</sup> ).

Resuelta la asignación (si se quiere, de política procesal) se arriba a un estadio más complicado. Ahora tendrá que decidirse la *carga probatoria* a la luz de los conceptos preasignados.

Decía el profesor de París Roger Perrot en oportunidad del Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Würzburg (Alemania) en 1983, que el rol activo del Juez contemporáneo, enfrenta a aquel otro, neutro y pasivo que aguardaba que los litigantes le aportaran todo el material probatorio. Este magistrado es hoy una imagen caduca, y, si bien el órgano judicial no puede establecer más allá de las pretensiones de las partes, el Juez moderno está llamado, sin embargo, a desempeñar un incanjeable papel en la búsqueda de prueba, en la medida que es su deber *descubrir la verdad* (o hacer todo lo posible para descubrirla) ( <sup>8</sup> ).

En suma, la visión individualista de la prueba se abandona por la solidaridad que proviene del principio de publicización, que privilegia la colaboración de las partes en la búsqueda de una solución real -no formal- del conflicto que los enfrenta ( <sup>9</sup> ).

Algunos ordenamientos procesales modernos, como el Código Procesal del Perú ha dicho que: "*Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones*"

Esta redacción introduce una voz nueva: "acreditar", que reconoce su fuente en Devis Echandía ( <sup>10</sup> ), lo cual no impide confrontar las ambivalencias que venimos señalando ( <sup>11</sup> ).

---

<sup>6</sup>. Ibídem, p. 130.

<sup>7</sup>. Ibídem, p. 130.

<sup>8</sup>. En MORELLO, Augusto Mario: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, (Panorama actual), Rev. La Ley, 1988-C, p. 780.

<sup>9</sup>. GOZAINI, Oswaldo Alfredo: *El proceso transnacional (Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, ed. Ediar, Bs. As., 1992, Capítulo III.

<sup>10</sup>. DEVIS ECHANDIA, Hernando: *La prueba judicial*, ed. Zavalía, Bs. As., 1972, passim.

<sup>11</sup>. Cfr. GOZAINI, Oswaldo Alfredo: *La prueba en el Código Procesal del Perú*, ed. Normas Legales, Trujillo-Perú, 1996, passim.

Sea "demostración" o "confirmación" de las versiones que cada parte sostiene, lo cierto es que en esta etapa el proceso insta la actividad de los litigantes para que produzcan y prueben, en base a principios como la "carga probatoria", "cooperación procesal", "adquisición de la prueba", etc.

Finalmente se llega al momento culminante del proceso: la decisión expresada en la sentencia.

## 2. LOS SISTEMAS PROBATORIOS.

Del modelo pensado para formar un procedimiento depende la eficacia de la gestión probatoria.

La polémica no versa tanto en los aspectos adjetivos, como trascienden en cambio los aspectos estructurales que hacen al punto de partida. No importa entonces, al menos con alguna preponderancia, si el sistema es oral o escrito, o si hay libertad o solemnidad en los medios de prueba.

El origen a resolver escala en la bonanza que tiene el *principio dispositivo* o el *inquisitivo* para regular judicialmente a la prueba.

La amplia recepción del principio de publicización del proceso, incorpora un ingrediente más en el diseño de los beneficios, por tanto, la evolución puede marcar interesantes progresos que conviene recordar.

### 2.1 Sistema dispositivo o inquisitivo

La justicia instalada en el concepto de jurisdicción fue un notable progreso en las relaciones sociales de los hombres. La Justicia primitiva, aquella que se toma del ejemplo de los pueblos de Roma y de las tribus germánicas en la baja Edad Media, no se ocupaba del concepto de bienestar; la idea era, sólomente, responder las pretensiones de cada parte dictando sentencia sin importar el grado de convicción o certidumbre alcanzado.

El sistema obedece a una lógica sencilla; por aquéllos tiempos no existía litigio, ni hechos que fueran objeto de conocimiento, ni evaluación crítica de las demostraciones; había en cambio, una situación de emergencia social que hecha crisis debía resolverse con prudencia y sabiduría, en miras a conservar la unidad de las reglas en la convivencia.

La prueba que se ofrecía no tenía por destinatario al Juez, sino al adversario, y el presupuesto esencial estaba en el juramento. De ahí las ordalías, las pruebas milagrosas y el duelo judicial como demostración genérica e indirecta del derecho litigado ( <sup>12</sup> ).

Este período fue conocido como de las *pruebas integrales*, siendo su base jurídica prácticamente nula.

La Roma Imperial evolucionó esos criterios bárbaros y puso en los hechos y en el derecho el nudo central a desatar. La prueba tiene que ser dirigida al juez con el propósito de formularle convicción. El interés de los contradictores deja pasiones de lado para embuirse de apreciaciones jurídicas tendientes a marcar una relación inmediata entre afirmaciones y verificaciones. Es el período de las *pruebas parciales o analíticas*.

Transmitido al juez el fin de convencimiento, la duda se incorporó en los medios que podían utilizarse para ese destino. Si el juramento había demostrado su

---

<sup>12</sup>. BONUMA, João: *De las pruebas en general*, en Revista de Derecho Procesal, 1946-I, p. 331.

insuficiencia, los otros eran también huidizos y sospechosos, porque siempre, de alguna manera, estaba presente la suspicacia sobre la imparcialidad.

Así fue como tuvieron origen las *pruebas legales*, que significan otorgar certeza sólo a los hechos que se muestran tal como la ley lo preestablece. No hay estimación ni análisis del juez, simplemente constata y aplica.

No hubo mayores resistencias contra esta mecánica, lo que ha de observarse al conjuro de su tiempo histórico.

De alguna manera, el progreso científico de ese absolutismo lo ganan las presunciones y los indicios.

El cuadro así esbozado, por supuesto parcial y sin puntualizaciones históricas, demuestra que la prueba tiene por finalidad lograr la convicción del juez o, al menos, cierto grado de certeza. Por ello la prueba no tiene finalidad científica y sí judicial.

El problema estriba en resolver cómo se adquiere esa certidumbre. O los medios de prueba se esperan sólo de la actividad de las partes; o el juez puede colaborar en la instrucción en busca de la verdad.

Puede resultar correcto afirmar que, en cierto tipo de procesos, lo ideal, lógico y equilibrado, es que la prueba provenga de actitudes extrañas con la voluntad judicial, porque cualquier atisbo inquisitivo vulneraría la imparcialidad e independencia del magistrado (V.gr: procesos penales). Sin embargo, cuando el proceso moderno ve modificado sus fines para realzar la estimativa social y el ejemplo socializador de sus resoluciones, es posible que el apartamiento absoluto de la causa lo convierta en un espectador del litigio, dando un duro golpe a la necesidad de justicia distributiva.

El *principio dispositivo* nació emplazado en aquella rigidez técnica. Por su intermedio se fijan los hechos que serán motivo de consideración y la prueba resulta exclusiva de las partes.

Es decir, el juez se obliga (por su deber jurisdiccional) a resolver las pretensiones propuestas sobre la convicción que logre de la actividad probatoria de las partes. El proceso tiene, así, un predominio absoluto del interés privado.

En cambio, el *principio inquisitivo* reporta una idea opuesta, pero ubicada solamente en la pertenencia del material probatorio.

Un juez inquisidor tiene la iniciativa, el deber de investigar los hechos, de formar el material de conocimiento y de adoptar las medidas tendientes a hacer efectivo el avance del procedimiento.

Por su parte, la publicización agregó la capacidad instructoria del juez dentro del principio dispositivo, novedad que contrajo una polémica hasta hoy debatida.

## 2.2 El principio inquisitivo o de oficialidad

Por otro lado, el *principio inquisitivo* o de *oficialidad*, supera en sus contornos al interés privado para elaborar sus designios desde el interés público. Esto supone que:

1) el inicio de la actividad jurisdiccional no dependa de la voluntad de un particular sino del propio órgano o del Ministerio Público. Si fuese un proceso penal, quedaría sujeto a la legalidad de los presupuestos que permiten actuar al Fiscal en la acusación;

2) la determinación del objeto del proceso no está abandonada en las partes; ni es el marco de la pretensión y la resistencia las que señalan el *thema decidendum*; por

eso, el órgano judicial no está vinculado a los planteamientos y puede repensarlos y calificarlos con cierta libertad;

3) naturalmente si los particulares no disponen del interés colectivo en juego en el proceso, no pueden ponerle fin. No rigen los denominados *modos anormales* de terminación de la litis ( <sup>13</sup> ).

### 2.3 Aportación de la prueba

El segundo aspecto de ambos principios analiza la *aportación de la prueba*.

En este sentido el *principio dispositivo* no se convierte en *inquisitivo* porque el juez cuente con facultades ordenatorias e instructorias. Diríamos que la inquisición pura, aún con las reservas que impone el *sistema acusatorio*, está en el proceso penal, donde "todos los órganos del Estado, sin excepción, tienen el deber de inspirarse en un criterio puramente objetivo de justicia, hasta el punto en que -en los límites de sus respectivas atribuciones- deben procurar que ingrese al proceso toda la prueba jurídicamente relevante, sea contraria o favorable al imputado; las partes carecen de todo poder dispositivo, de tal modo que su voluntad no tiene eficacia para limitar el objeto o los medios de prueba (la confesión no tiene valor formal); no se trata de probar tan sólo los hechos controvertidos (expresión de esos poderes dispositivos), sino de descubrir la verdad; rige el principio general sobre la libertad del objeto y de los medios de prueba (salvo casos excepcionales, cualquier cosa se puede probar y por cualquier medio); no tiene aplicación la teoría de la carga de la prueba; no hay presunciones ni ficciones legales. Todas éstas son consecuencias del principio fundamental de la verdad real o histórica..." ( <sup>14</sup> ).

El principio dispositivo conserva la regla del conocimiento por el juez de la prueba que las partes ofrecen. A ellas les corresponde impulsar el proveimiento de cada medio y la respectiva demostración.

No obstante, la publicización permite introducir compuertas a ese cerrado formalismo, porque el juez está obligado a responder, además del interés de las partes, a un sentimiento de justicia y autenticidad en la verdad.

Por esta senda cuenta las facultades de abrir el juicio a prueba "aunque las partes no lo pidan" (arg. art. 360, código procesal civil y comercial de la nación); de ordenar medidas para mejor proveer (art. 36 del mismo ordenamiento); de admitir prueba relevante y decisiva aun vencido el término pertinente; etc.

De todos modos la polémica instaurada es baladí, cuando no, académica. Es verdad que la publicización trajo al proceso una esperanza para recortar los desajustes endémicos que padecía. La lentitud, la malicia, la astucia mal llevada, eran contingencias habituales en el procedimiento de otrora; hoy, reconociendo los progresos en el campo de la moralidad, el debate sigue planteado como "cosa de partes", y la publicización del proceso continúa su ilusión.

### 2.4 Consecuencias del principio de publicización

Del carácter público del proceso se derivan consecuentes a ponderar como la transmisión a la prueba del interés público que tiene la función jurisdiccional. También, la publicidad en la audiencia y en el control de la actividad.

---

<sup>13</sup>. MONTERO AROCA, Juan - ORTELLS RAMOS, Manuel - GOMEZ COLOMER, Juan Luis: *Derecho Jurisdiccional*, tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 1989, p. 501.

<sup>14</sup>. VELEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho Procesal Penal*, tomo I, ed. Lerner, Bs. As., 1969, p. 346.

La *adquisición o comunidad de la prueba* es otra variable, que significa la pertenencia de los medios y sus resultados como del proceso y particular de quienes los aportan. Así como la prolongación de los efectos demostrativos que obtiene en un proceso para reflejarlos en otro.

### 3. FINALIDAD DE LA PRUEBA

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente se puede constatar que las mismas afirmaciones de las partes en sus escritos postulatorios encubren casi siempre un juicio de valor que mediatiza el puro hecho. No existe una verdad revelada sin atisbo de imparcialidad. A lo sumo, son versiones diversas (probablemente contradictorias o controvertidas) sobre un mismo suceso.

La forma como se realizará esta mecánica de demostración introduce en un capítulo distinto que se preocupa en abordar consecuentes diversos.

Uno de ellos, apenas esbozado anteriormente, es el rol que tiene el Juez en la etapa probatoria para deducir el concepto verdadero que se signa al término "averiguar".

Inmediatamente, observamos que el destinatario de nuestros esfuerzos, tendrá que llegar a cierta convicción para dictar sentencia; para recalar, finalmente, en otra diatriba, ¿qué es lo que debe probarse?.

Así continúa el objeto de la prueba en una significativa ambigüedad.

En efecto, si el objeto reposa en las alegaciones, en realidad no son todas las alegaciones, porque sólo requieren demostración los hechos que estuviesen controvertidos y fueran conducentes para resolver el tema central del proceso.

La respuesta para esta aparente contrariedad puede explicarse tomando como principio que, objeto de prueba, son las alegaciones, esto es, todos los hechos que cuentan con una versión a verificarse mediante el procedimiento probatorio.

Las cortapisas resultantes de los hechos excluidos de prueba, ocupan al tema de la necesidad de ella, porque ciertas afirmaciones pueden estar consentidas o admitidas y, en consecuencia, escapan de la actividad confirmativa.

La cuestión contrae otro contingente que resulta la carga de la prueba, o "lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso" ( <sup>15</sup> ).

En síntesis, *el objeto de la prueba consiste en un proceso de constatación y confrontación que demuestra la existencia real de un hecho o acto jurídico. Cuando esa actividad se transfiere al proceso judicial, el objeto se limita a las alegaciones que las partes afirman o niegan como soportes de sus respectivas pretensiones.*

*Como el Juez, es un tercero imparcial en la litis, no debe investigar supliendo el interés particular (carga) de cada sujeto; siendo en consecuencia, hechos que necesitan probarse, los conducentes y controvertidos.*

#### 3.1 Las cuestiones que son objeto de prueba

Los hechos dominan el espacio comprometido al conocimiento judicial. Son ellos los que enmarcan el ámbito litigioso definiendo las cuestiones que son objeto de prueba.

---

<sup>15</sup>. GOZAINI, *Derecho Procesal Civil*, tomo I (Volumen 2), editorial Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 267.

Se habla de *necesidad probatoria* cuando los hechos constitutivos de la relación procesal requieren verificarse ante la disparidad de versiones que llegan de los escritos de postulación y réplica.

Estos hechos se llaman *alegados* y para ser pasibles de un resultado confirmatorio deben ser *útiles y conducentes*. De otro modo, no puede producirse prueba sobre hechos que no estén articulados por las partes en sus escritos respectivos (art. 364 del código procesal civil y comercial de la nación).

La *conducencia* de la prueba vincula las actividades necesarias para dar eficacia a los hechos que deben acreditarse, siendo éstos, principalmente, los controvertidos.

Del juego operativo que nutre la esencia del proceso advertimos como a cada alegación le corresponde una réplica, de forma tal que los *hechos alegados*, introducidos en los escritos de demanda, reconvencción y sus contestaciones, deben probarse únicamente cuando estén controvertidos, es decir, afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra.

Por su parte, son *hechos conducentes*, esto es, pertinentes y útiles, los que inciden con suficiente importancia en el curso de la litis; sin adquirir esta calidad los que, estando contrapuestos no llevan mérito bastante para alterar el contenido hipotético del pronunciamiento definitivo.

Todas estas cuestiones están marcadas por los escritos de postulación y réplica, porque de allí surgen los presupuestos fácticos de la norma que se invoca como fundamento de las respectivas pretensiones, defensas o excepciones.

En sentido opuesto, puede prescindirse de producir la prueba que no es esencial, e inclusive aun, cumplimentada pero pendiente de agregación al expediente, si el juez considera que no la necesita para dictar sentencia.

Junto a estos hechos evidentes o de fácil demostración por contar con medios adecuados para verificarlos, existen otros hechos que completan el cuadro de afirmaciones, pero que se dan en la línea de los signos y posibilidades.

En ellos la prueba se dá como resultado de la valoración (Arg. art. 163 inciso 5° párrafo primero del código procesal civil y comercial de la nación).

El carácter bifronte de un hecho (ante la alegación cabe la réplica) permite asumir actitudes distintas o ninguna, implicando esas conductas consecuencias sobre las afirmaciones que tendrán o no que verificarse.

Va de suyo que si no hay hechos expuestos o afirmados no existe carga probatoria. A su vez, los hechos afirmados pueden ser aceptados o disentidos en su explicación fáctica. Pueden estar admitidos totalmente, llegando a confirmar la certeza del derecho invocado; o bien, puede promediar reconocimiento expreso o tácito a las pretensiones del actor; y finalmente, un sometimiento voluntario a las peticiones aun cuando no se manifieste sobre el derecho que las fundamenta.

Son estas las actitudes que antes referimos y que determinan las consecuencias de los hechos que son materia de prueba.

Esta base se piensa, por vía de principio, sobre el principio de bilateralidad y contradicción, por lo cual se proyecta también a la etapa probatoria permitiendo que aquellos hechos -eventualmente controvertidos- puedan reconocerse por confesión (declaración de partes en la audiencia de absolución de posiciones), o admitirse como ciertos aplicándoles los efectos del silencio, conforme la estricta vigencia del principio de preclusión de los actos procesales.

Por tanto, las probabilidades de la actividad dependen en grado sumo de las actitudes del demandado, y reportan en la *carga de la prueba*.

Ahora bien, como las consecuencias no están suficientemente esclarecidas, quedan dudas respecto a qué debe probarse y qué circunstancias ha de hacerse.

#### 4. LOS HECHOS Y LAS POSICIONES ANTE LA AUSENCIA.

Si la litis se explica como un proceso entre partes, se coteja sin dificultad alguna que los hechos admitidos, los reconocidos, y los controvertidos son el material que enmarca la actividad probatoria.

Surge de los mismos escritos la voluntad de ejercer o no la contradicción, aun cuando existen *ficción* procesales que llevan a finalidades quizá no pensadas cuando se ejerció el acto respectivo.

Por ejemplo, el código procesal de la nación establece en el art. 356.1 el reconocimiento de las pretensiones cuando, propuesta la demanda, no se contesta o se lo hace con respuestas evasivas o eludiendo el compromiso del contradictorio (admisión tácita).

Si la respuesta fuera ninguna, la doctrina divide sus opiniones entendiendo que el silencio ante el emplazamiento obliga a operar la *ficta confessio*, mientras que otro sector prefiere encontrar un caso de manifestación de la voluntad sugerida ante la obligación legal de expedirse.

La presencia efectiva de un contradictor expone claramente la voluntad del acto, por eso, puede decirse que un *hecho está reconocido* cuando quien contesta la demanda no niega todos y cada uno de los argumentos del actor.

Mientras que la incomparecencia necesita esclarecer los efectos subsiguientes, según el proceso continúe en ausencia o rebeldía, a petición del interesado.

Lo que nos parece claro es que sea uno u otro caso, siempre puede existir reconocimiento, pues esta actitud no es propia de los hechos, sino del derecho, y por eso aquél se vincula con la pretensión y con la resistencia, constituyendo un acto de inteligencia sobre los fundamentos que porta la demanda (<sup>16</sup>).

Entonces, si sólo se reconocen pretensiones y razones, quien lo decide puede adoptar manifestaciones preferentes (expresa o tácita). El deseo de no controvertir supone dar legitimidad suficiente a la demanda que contra él se interpone.

El problema aparece de inmediato con las consecuencias pensadas para el acto no expreso.

##### 4.1 La Rebeldía

En nuestro país, el instituto de la rebeldía ocasiona serias desinteligencias. Teóricamente, las líneas que consideran las posibles alternativas son:

a) *La incomparecencia en el proceso (no contestar la demanda ni estar a derecho) permite solicitar la rebeldía. Esta, una vez decretada habilita al juez o tribunal a dictar sentencia de acuerdo con los hechos conducentes y lícitos afirmados por el actor. Si la rebeldía fuese posterior (abandono del proceso), la sentencia deberá pronunciarse según el mérito de los autos.*

Esta posición del código argentino considera a la comparecencia como un deber, y a la rebeldía, una sanción consecuente por la actitud remisa.

---

<sup>16</sup>. GOZAINI, *Derecho Procesal Civil*, tomo I (*Teoría General del derecho procesal*), volumen 2, cit., p. 120.

De alguna forma, tiene sus antecedentes en el derecho romano, donde la ausencia del demandado se estimaba como una rebelión al deber de someterse al proceso y asumir su defensa, dando pie para ser castigado como "rebelde", y otorgando derechos al contrario para embargar sus bienes y cautelarlos para asegurar el resultado final de la acción ( <sup>17</sup> ).

b) *La rebeldía declarada constituye presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración. El juez, sin embargo, podrá mandar practicar, de oficio, las pruebas que estimare conveniente ( <sup>18</sup> ).*

En este caso, la idea soporta la legitimidad de la pretensión y su ajuste a los presupuestos normativos que el juez, al efecto, controla.

c) *La rebeldía constituye una presunción judicial simple que no otorga poderes amplios al juez. En todo caso, debe evaluarse el estado del expediente, y fundamentalmente, las alegaciones, para disponer la prosecución pertinente de los autos. La apertura a prueba es contingente o circunstancial, a tenor de lo que surja de los elementos de juicio acompañados, en cuanto por sí solos no permiten al juez formar su convicción.*

d) *Finalmente, y vinculado con el supuesto anterior, cierta parte doctrinaria aconseja que, para lograr la eficacia judicial, el juez no puede liberarse la prueba sin estar persuadido absolutamente de la verdad de las afirmaciones. Dado que las alegaciones representan siempre una versión parcial, estas cuestiones no podrían tenerse por acreditadas a través de ficciones, porqué, en definitiva, los hechos deben ser probados por las partes.*

Es el criterio que asume buena parte de la civilística, aplicando en la especie los efectos del silencio, pero que fueron bien replicados por Mercader en un recordado estudio por el que decía: *"El silencio humano es inexpresivo cuando aparece aislado y no permite que se lo refiera a ninguna situación antecedente, pero en la actividad jurisdiccional de la justicia, su inexpresividad es absolutamente imposible, porqué el proceso constituye una unidad sistematizada y correlacionada que se regula y organiza sobre la base del conocimiento pleno de la actividad que antecede, lo que, al excluir la idea de ignorancia como sinónimo de información no recibida, permite establecer una relación constante y necesaria entre el momento de ese silencio y los momentos procesales que le preceden y que están destinados a recibirlo" ( <sup>19</sup> ).*

## 4.2 Admisión o reconocimiento

En el proceso de conocimiento (contradictorio) importa, y mucho, definir claramente las nociones de afirmación y controversia, pues sobre ellos gira el problema de la congruencia y, en cuanto aquí interesa, a las cuestiones que son objeto de prueba.

Las afirmaciones generalmente están atrapadas dentro de los hechos alegados (constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos), conformando lo que se conoce como "posiciones".

A su vez, ellos comprometen una doble actividad: la del juez, que deberá considerarlos al tiempo de dictar sentencia y la de la parte que deberá probarlo.

---

<sup>17</sup>. Cfr. EISNER, Isidoro: *Planteos Procesales*, ed. La Ley, Bs. As., 1984, p. 222.

<sup>18</sup>. MORELLO, Augusto M.- SOSA, Gualberto L. - BERIZONCE Roberto O.: *Códigos Procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, tomo II-B, ed. Abeledo Perrot-Platense, 1985, p. 7

<sup>19</sup>. MERCADER, Amilcar: *Estudios de Derecho Procesal*, ed. Platense, La Plata, 1964, ps. 255/6.

Sin embargo, para uno y otro, este hecho puede escaparse de los mencionados compromisos.

En efecto, el juez no está obligado a considerar cada una de las afirmaciones para resolver sobre el *thema decidendum*. Mientras que para las partes, un hecho puede no tener necesidad de prueba por diferentes actitudes.

Según Carnelutti, "la afirmación de un hecho ya afirmado por la contraparte se llama *admisión*, cuya noción, por tanto, se concreta en estos términos: posición como presupuesto de la demanda, de un hecho ya supuesto en la demanda contraria" ( <sup>20</sup> ).

La admisión representa siempre una causa de exención probatoria, pues no resulta necesario probar lo que el adversario dice en idéntico sentido (admisión expresa); mientras que la admisión tácita es relevante por los efectos que al silencio se le otorgan (Ejemplo, art. 356.1 del código federal).

La admisión puede ser *simple* y *calificada*. De la primera especie son los actos que aceptan lisa y llanamente el hecho afirmado por la otra parte; y es *calificada*, cuando se acepta ese hecho, pero introduciendo en él aclaraciones y explicaciones o atribuyéndoles una configuración jurídica diferente; por ejemplo, frente a la aseveración del demandante que entregó una suma de dinero en préstamo, el accionado puede decir: <<es cierto que recibí el dinero, pero no en calidad de préstamo, sino de donación>> ( <sup>21</sup> ).

La admisión simple y expresa torna innecesaria prueba alguna respecto a los hechos involucrados; en cambio, la admisión calificada obliga a verificar la versión que se introduce, por constituir un hecho modificativo.

Por otra parte, el hecho admitido consume dos consecuencias inmediatas: una obliga al juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar; otra, a tenerlo por suficientemente acreditado y sin necesidad de abono alguno.

La *admisión tácita* tiene otras dificultades intrínsecas que provienen del efecto jurídico que al silencio se le asigne.

Otras veces se refiere a *hechos reconocidos*, como aquellos que menciona el art. 356 inciso 1 del orden adjetivo de la nación, cuando quien contesta la demanda no niega concretamente todos y cada uno de los hechos afirmados en la demanda.

Pero el reconocimiento no es propio de los hechos, sino del derecho, por eso aquél se vincula a una decisión voluntaria que permite afianzar efectos más severos que la simple admisión ( <sup>22</sup> ).

### 4.3 ¿Producción de prueba o sentencia inmediata?

De acuerdo con las posiciones resumidas, en Argentina ha ocurrido cierta desorientación sobre los efectos que correspondería asignar al incomparecimiento.

La mayor complejidad se encuentra en los procesos en ausencia, nominado que lo asignamos al litigio donde no se pide la rebeldía; y la contumacia, propiamente dicha.

---

<sup>20</sup>. CARNELUTTI, Francesco: *Sistema de derecho procesal civil*, tomo III, ed. Cárdenas, México, 1986, p.26.

<sup>21</sup>. GOZAINI, *Derecho Procesal Civil*, cit., parág. 120).

<sup>22</sup>. GOZAINI, Oswaldo Alfredo: *Cuestiones que son objeto de prueba*, en *El Derecho*, tomo 150 ps. 341 y ss.

En el primero los efectos secuenciales se toman del art. 356.1 citado, por el cual se tienen por reconocidos los hechos pertinentes y lícitos, pero sin que ello defina el soslayamiento de la etapa probatoria.

Mientras que en la rebeldía la eficacia práctica del requerimiento constitutivo de éste estado es sumamente discutible, porque la sentencia se pronuncia según el mérito de la causa y lo dispuesto en el art. 356 inciso 1 ya indicado. Es decir, teniendo por reconocido los hechos lícitos y pertinentes, y admitiendo fuerza suasoria a las alegaciones y pruebas rendidas (mérito de la causa).

En caso de duda (por deficiencia probatoria) comienza a operar la presunción desfavorable para el contumaz.

Ambos sistemas de continuidad para los procesos con partes ficticias resultan similares, sin que ninguno obtenga ventajas sobre el otro.

Eisner lo había destacado hace varios años, en estos términos: "...mientras el litigante pasivo no resuelva apersonarse y atender sus derechos debatidos en la causa, el proceso avanzará notificándoseles por cédula *en los estrados* o por ministerio de la ley, pero sin ningún contratiempo ni demora ni sobresalto para el actor. No sería siquiera ventajoso para éste obtener la declaración de rebeldía. Por el contrario, en el juicio en rebeldía habría que notificar por cédula en el domicilio real o por edictos, el auto que lo tiene por contumaz y la sentencia. En cambio, sin aquella declaración, nada irá a su domicilio real por cédula ni habrá que publicar edictos. Y la próxima noticia que tendrá el silencioso demandado, será seguramente la que agrede a sus bienes o afectos cuando se esté en período de ejecución de sentencia. En materia de prueba, poca será la diferencia con o sin declaración de rebeldía".

"Sin ésta, de todos modos la incontestación del demandado permitirá el juego del art. 356 inciso 1º y se tendrán por auténticos los documentos y podrá estimarse como reconocida la verdad de los hechos pertinentes y las pretensiones lícitas".

"El juez podrá considerar que no hay mérito para abrir la causa a prueba y la declarará de puro derecho <<arts. 359, 481 y 489, CPN>>" ( <sup>23</sup> ).

Jurisprudencialmente la cuestión se perfila difusa. Por eso la mayoría de las veces el letrado que tiene como contraparte un rebelde prefiere "no arriesgarse" a los *beneficios* que le otorga el instituto y requiere la apertura a prueba tal como se lo permite el art. 61 del CPN.

Tomemos un caso reiterado de lo que venimos diciendo: "*Si bien el incumplimiento por parte de la demandada de la carga procesal de comparecer y contestar la demanda y la declaración por el juez, a pedido de la actora, de la pertinente rebeldía, producen como consecuencia una presunción favorable a las pretensiones de ésta (art. 60, CPN), para que tales pretensiones puedan ser acogidas es necesario ratificar o robustecer dicha presunción mediante la correspondiente prueba que debe producir la accionante (art. 377, CPN), pues la rebeldía no alterará la secuela regular del proceso y la sentencia debe ser pronunciada según el mérito de la causa (art. 60, cit.), expresión que supone <<la verificación de los hechos>>" ( <sup>24</sup> ).*

El fallo reitera una opinión bastante generalizada que se expande en todos los fueros, y lleva a resolver una estrategia que se dá de bruces con la promesa de ventajas que la rebeldía oferta.

---

<sup>23</sup>. EISNER, ob. cit., p. 235.

<sup>24</sup>. CNCiv., Sala A, diciembre 16/970, La Ley, 144 p. 910, con nota de Isidoro EISNER.

La confusa redacción de las normas se profundizó aún más cuando la reforma de la ley 22.434 al art. 61 del CPN, introdujo la *apertura a prueba* como una facultad dispositiva para las partes, excluyéndola de la iniciativa *ex officio*.

La modificación alteró la costumbre asentada en la publicización del proceso, según la cual el juez cuenta con potestades de dirección y control sobre los actos de las partes. Al dejar la necesidad de prueba en los procesos en rebeldía, en la estimación del interesado, se priva a los magistrados del rol activo que le asigna el art. 34 inciso 5° del CPN, y lo que es más grave, los inhibe de diligenciar medidas necesarias para el esclarecimiento de la litis, pues ellas sólo se pueden disponer durante el período probatorio, y si fuesen para mejor proveer, habría que esperar que las partes tengan producido todo su material de verificación. Por tanto, la reforma fue una auténtica desvirtuación de la orientación moderna que el derecho procesal tenía asignada a la función de esclarecer para encontrar la verdad ( <sup>25</sup> ).

Algunos proyectos actuales de reforma al código procesal civil y comercial de la nación argentina deciden *suprimir* la institución de la rebeldía, prefiriendo disponer sanciones para el incompareciente a los actos principales del proceso ( <sup>26</sup> ).

Por su parte, el proyecto de reformas, en estado legislativo, cuyos autores son los profesores Carlos Colombo, Julio César Cueto Rúa y Raúl Anibal Etcheverry, mantienen la redacción conocida pero modifican la necesidad de prueba, con la siguiente redacción:

"Luego de la notificación de la rebeldía el juez de trámite, previo informe del secretario relator, hará saber al tribunal si el derecho invocado surge indubitado o resulta necesaria la producción de prueba. Con ese informe, según corresponda, el tribunal declarará la cuestión de puro derecho, o designará la audiencia preliminar..." (art. 64-Prueba).

En síntesis, la falta de certeza en los beneficios que se consiguen de la rebeldía obligan a requerir la etapa probatoria, originando una auténtica lucha contra fantasmas, contra un ser inanimado que se razona únicamente sobre la ficción de la bilateralidad. Y esto no es bueno para un proceso que pretende tener estado público y ser comprendido por sus destinatarios: el hombre común, con sus conflictos.

---

<sup>25</sup>. Cfr. GONZALEZ, Atilio Carlos: *Restricción probatoria múltiple del juez frente a la rebeldía declarada del demandado*, en *Estudios de Derecho Procesal*, ed. del Colegio de Abogados de San Isidro, 1991, p. 277.

<sup>26</sup>. El Anteproyecto redactado por Morello-Eisner-Arazi-Kaminker, en el art. 363 (Incomparecencia) dice: " *La parte que injustificadamente no compareciere...2) Se le tendrán por reconocidos los hechos aseverados por la contraparte, si los hubiere, salvo prueba en contrario*".

## EL JUEZ Y LA PRUEBA. HECHOS EXENTOS DE PRUEBA

### 1. LA INICIATIVA PROBATORIA Y SUS LÍMITES

Sin embargo, la moderna doctrina espera del Juez un mayor protagonismo. Del mismo no puede alentarse ninguna actividad sustitutiva, pero hay una lógica en la función jurisdiccional que estima y pondera la labor del Juez oportuno, atento y activo.

La prueba reposa en los hechos alegados, de manera que en esta etapa, el juez se convierte en receptor y sólo puede calificar si el material ofrecido corresponde a las circunstancias fácticas afirmadas por los litigantes, porque los no alegados no pueden acreditarse, y por ende, también al juez le está vedado investigar sobre su existencia.

La actividad probatoria debe recaer sobre las alegaciones formuladas inexcusablemente en los escritos constitutivos del proceso, o bien aducidos y admitidos oportunamente como hechos nuevos, por cuanto los elementos probatorios que excedan el marco de aquéllas deben quedar excluidos del análisis a efectuar. En caso contrario, se vería transgredido el principio de congruencia.

El moderno derecho procesal avanza en el esclarecimiento dando mayores posibilidades inquisitivas e imponiendo, con lógicas reservas, el deber de colaboración. En este sentido sostiene Morello que "la dimensión social en que se inserta hoy el conjunto de las manifestaciones que aprehende el derecho, con referencia al proceso judicial (o arbitral) coloca en un nivel protagónico no sólo a la voluntad y al interés de las partes (que desde el ángulo de mira de la prueba "deben" aportar la que concierne a sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias de la omisión o indebida atención de ese imperativo), pues ello no tendría otro destino que agotarse en una perspectiva al cabo egoísta. Porque deja navegando a la jurisdicción en un mar de dudas, o sin arribar a la convicción o certeza moral imprescindibles cuando el actor (o bien el demandado) en el caso concreto en juzgamiento, pese a hallarse en las *mejores* condiciones de traducir su cooperación al resultado trascendente del servicio sólo se escudó en la quiebra de la misma".

"En estos supuestos, no parece suficiente ni valioso el sólo manejo de la "regla" conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que opone a aquellos".

"Ante este cuadro el Juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la *conducta* obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de cooperación, haciéndolo jugar contra el infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas" ( <sup>27</sup> ).

La idea del maestro platense ilustra al moderno derecho procesal en el sentido de la eficacia que de él se espera. El rendimiento de las instituciones no puede seguir descansando en preceptos sin vida práctica y funcional.

Existe un acertado enfoque en dinamizar las conductas que, sin rechazar enroques inconvenientes, pongan a prueba el objetivo de alcanzar la verdad por ambas partes, en solidaridad y mutua colaboración procesal.

---

<sup>27</sup>. *La Prueba...* cit., p. 60.

Es evidente que la carga de la prueba, tal como actualmente se diseña, es una excusa del *non liquet*. Porque si la prueba obra incorporada al proceso, desaparece el problema de la carga y se concreta la *adquisición* para el Juez. Resulta claro, entonces, que ante esa constatación es baladí hurgar en el presupuesto de a quien correspondía la prueba. Es indiferente establecer el sujeto que tenía el deber de verificar sus afirmaciones si ellos están ya demostrados.

También, acertadamente, Peyrano considera esa situación dinámica del proceso que obliga al replanteo permanente y hacen rotar el deber de cooperación o colaboración (<sup>28</sup>).

El fenómeno de la solidaridad se torna en justicia cuando nos referimos a las pruebas que sólo puede acercar el adversario, por tenerlas a su disposición; atiéndase que, bajo la carga de aportar quien afirma, esa posibilidad de incorporación es dificultosa al extremo, cuando no, prácticamente nula.

De modo tal que, al enfrentar estas conceptualizaciones con la dinámica probatoria, nos parece que el límite está siempre en los hechos. Son ellos los que dominan el proceso, y el juez no puede investigar más allá de lo que ellos expresaron.

## 2. EL JUEZ FRENTE A LA PRUEBA

Una de las facultades judiciales poco utilizadas, pero presentes en el código, consiste en permitir al Juez *rechazar las pruebas inadmisibles, inconducentes e impertinentes*. Así lo establecen los arts. 364 (*No podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos. No serán admitidas las que fueren manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias*) y 378 (*La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por lo que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros o no estén expresamente prohibidos para el caso...*).

La pertinencia y admisión de la prueba son correlatos de la estimación que merezca la libertad de ella. En rigor, son modalidades que se ocupan de centrar el foco litigioso, procurando que el debate judicial se concentre en lo verdaderamente útil y jurídicamente relevante.

### 2.1 Pertinencia e inadmisión de la prueba

La *pertinencia* precisa esa íntima relación entre los hechos y la producción o actividad verificatoria. En tal sentido, guarda un nexo muy próximo con la *idoneidad* del acto, es decir, que la prueba que se pretende gestar debe tender a la demostración de los hechos que necesitan de prueba. Por tanto, son *impertinentes* los medios dirigidos a esclarecer hechos que se encuentran sin discusión.

El art. 364 del CPN divide convenientemente el punto. El párrafo primero noticia que "*no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus respectivos escritos*".

Si bien la norma no aclara, surge de los principios observados que existen hechos exentos del esfuerzo probatorio, por lo cual, aquéllos que no sean controvertidos o fuesen inconducentes para resolver el pleito, son potencialmente inaptos para provocar actividad demostrativa.

En cambio, sí revisten este carácter los hechos incorporados oportunamente y que fuesen discutidos; o los hechos nuevos que se aleguen; el derecho (objetivo)

---

<sup>28</sup>. PEYRANO, Jorge Walter - CHIAPPINI, Julio O. : *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, ED, 107-1005.

que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer, y los que se produzcan durante el curso del proceso, y consoliden o extingan la relación procesal ( <sup>29</sup> ).

El párrafo final del art. 364 citado refiere a la *inadmisión* de las pruebas que "*fuesen manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias*".

Aún con el calificativo antepuesto, estos medios no se encuadran en la admisión de la prueba, sino en un supuesto distinto de la pertinencia.

Surge de los adjetivos "no *podrán* producirse pruebas" y "no serán *admitidas*", las diferencias que aportan el contenido y control jurisdiccional. El primero, interpreta el principio de la amplitud probatoria, tolerando la incorporación y producción de elementos que pudiesen ser inútiles o dispendiosos. En cambio el segundo, prohíbe *ab initio* su ingreso a la litis.

Mientras que en el primer caso el juez admite prueba impertinente, por ser potencialmente idónea, para descalificarla u omitirla en la consideración de valores convictivos al tiempo de dictar sentencia; en la restante, las priva de eficacia liminar, cortándoles la posibilidad de debate y sustanciación.

El último supuesto crea el riesgo de prejuzgamiento; magüer el peligro de hacer la estimativa sobre una impresión superficial, sin un conocimiento absoluto del problema que representa; sin embargo, es posible asegurar la eficacia del proceso y de la faz deliberativa, descartando cuestiones que están fuera de la polémica. No olvidemos que prueba impertinente no significa prueba inadmisibles, sino material que no requiere de verificación por no ser un hecho articulado, o estar reconocido o admitido en las demás piezas que conforman la *litiscontestatio*.

Lo aconsejable sería que la desestimación originaria que el juez realiza se efectuara en una audiencia. Tal como lo postulan otros modelos latinoamericanos (V.gr: despacho saneador del código procesal brasileño; audiencia preliminar del Código General del Proceso de Uruguay; antiguo artículo 23 de la ley 14.237 argentina, etc.).

La *admisibilidad*, se relaciona no con la posibilidad sino con la eficacia intrínseca de la prueba. Puede hablarse así, de legalidad del medio; de idoneidad del elemento propuesto; del tiempo o de la forma de su ofrecimiento o agregación.

Estrictamente no pueden nominarse pruebas admisibles e inadmisibles, porque dependen, en definitiva, de una apreciación intelectual del juez que, a veces, le marca certeramente la prohibición (en cuyo caso el problema es de inconducencia de la prueba).

La *ilegalidad* del medio de prueba se verbaliza en distintas disposiciones de los códigos de fondo. En Argentina el art. 1017 del Código Civil refiere a la imposibilidad de probar con testigos las intenciones de hacer, o de contratar frente a un documento suscripto en blanco; el art. 1036, que niega demostrar por cartas misivas dirigidas a terceros las obligaciones sometidas a proceso; el art. 1193 que impide la prueba testimonial en contratos superiores a diez mil pesos. También los ordenamientos procesales incluyen disposiciones de este carácter, por ejemplo, los que impiden declarar como testigos a los consanguíneos o afines en línea directa con las partes; o al cónyuge; o el pedido de informes que tiendan a sustituir el medio de prueba pertinente; o bien, en términos generales, aquéllos que afecten la moral y la libertad personal de los litigantes o terceros.

Pertinencia y admisibilidad de la prueba confluyen en el grado de eficacia que ésta logra para influir en la convicción del juzgador.

Este aspecto se denomina *atendibilidad* de la prueba y, como tal, se expresa en la sentencia.

---

<sup>29</sup>. MORELLO, Augusto M. - SOSA, Gualberto L. - BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales...*, tomo V-A, cit., p. 34.

## 2.2 Conducencia de la prueba

Este postulado se explica como la "aptitud legal o jurídica de la prueba para convencer al Juez sobre el hecho a que se refiere" ( <sup>30</sup> ).

Couture la involucra dentro del concepto de admisibilidad, porque entiende que ésta se refiere a la idoneidad de un medio determinado para acreditar un hecho ( <sup>31</sup> ); pero la conducencia se aparta de la admisibilidad, porque no representa un análisis sobre las cuestiones de procedencia formal, sino que se ocupa de señalar la capacidad que tiene el medio para ser conductor de una idea vertebral, para el juicio a vertir en la sentencia. Una prueba puede ser inconducente pero declararse admisible (V.gr: testimonio de un testigo interesado por dependencia, o alguna otra causa de exclusión general); pero no es posible observar prueba inadmisibile que sea conducente.

Esto así resulta porque la inadmisibilidad se determina en su origen (V.gr: una prueba legalmente prohibida es inadmisibile e inconducente), en cambio la conducencia se verifica con la sentencia.

Se diferencia también de la pertinencia de la prueba, porque "aquella contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso" ( <sup>32</sup> ), en cambio la conducencia vuelve a insistir en el aspecto de la trascendencia jurídica para generar convencimiento.

En síntesis, la conducencia es un perfil de la valoración de la prueba, pero sirve como medio alternativo para descartar elementos de prueba ofrecidos que vulneren los principios *inutile est probare quod probatum non relevat* y *frustra probatum non relevat* ( <sup>33</sup> ).

## 2.3 Utilidad de la prueba

De utilidad probatoria son las actividades encaminadas a formar la convicción judicial. Su proximidad con la pertinencia y la admisibilidad es manifiesta, pero la diferencia estriba en que la razón de lo útil es contingente e hipotética, se verá recién la eficacia al tiempo del pronunciamiento.

Esa aleatoriedad no impide apreciar la utilidad de la prueba en conjunto o en cada medio, e inclusive, aceptar como de mayor contundencia demostrativa una prueba que otra. Es evidente que, en este plano, pensar en lo útil de acuerdo al futuro incierto es incorrecto, porque, tal como dice con agudeza y exageración Jerome Frank, "el método que empleamos para demostrar al Juez la verdad de los hechos equivale a lo que sería en el campo de la cirugía, el sistema de arrojar pimienta a los ojos del cirujano cuando va a practicar una operación" ( <sup>34</sup> ).

La utilidad, en este aspecto, se suma como derecho a la prueba.

Pero donde cobra verdadero relieve es en su antagónico: aquello que es inútil. Desde esta óptica se coligen actividades que, a pesar del esfuerzo, no consiguen, siquiera hipotéticamente, formar grado de convicción alguna.

---

<sup>30</sup>. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Compendio de las pruebas judiciales*, tomo I, cit., p. 186.

<sup>31</sup>. *Fundamentos...*, cit., p. 238.

<sup>32</sup>. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Compendio de las pruebas judiciales*, tomo I, cit., p. 188.

<sup>33</sup>. *Ibidem*, p. 188 con sus notas.

<sup>34</sup>. *Courts on trial*, p. 85, citado por PUIG BRUTAU, José: *La jurisprudencia como fuente del derecho*, ed. Bosch, Barcelona, s/f, p. 65.

A veces porque la demostración es imposible ( <sup>35</sup> ) o inverosímil, con las reservas que surgen por el avance técnico y científico que trastoca todo principio inalterable; en otras porque el medio propuesto no se corresponde con el hecho a probar (V.gr: informativa por testimonial o pericial; testigos para el contrato de mutuo sin prueba instrumental; etc); en ocasiones por la inoficiosidad evidente, como la demostración desde un reconocimiento judicial de un hecho que no tuvo secuela; en otras, porque el elemento ofrecido es redundante con un hecho presumido legalmente (las presunciones no se prueban, sino se valoran); etc.

### 3. LA PRUEBA DEL DERECHO

El derecho, por vía de principio, está excluido de la actividad probatoria; sobre la base de presumirlo conocido por quien lo debe aplicar.

Existe un deber del oficio, que impone a los jueces la obligación de pronunciamiento aún frente a la oscuridad o silencio de las leyes. Por eso, "*la ignorancia no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley*" (art. 20, Código Civil).

El principio *iura novit curia* alimenta esta regla desde otra perspectiva, en cuanto permite al juez no sólo calificar adecuadamente el derecho aplicable a los hechos en estudio, sino también modificar el cuadro de presentación que las partes formularon en sus escritos constitutivos, a cuyo fin obra consecuente el deber de "*fundar toda sentencia definitiva e interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia*" (art. 34, inciso 4<sup>o</sup>, CPN).

Sin embargo, para interpretar el principio cabalmente, es necesario distinguir ciertas situaciones de *praxis*. El Derecho es omnicompreensivo, y en este aspecto refiere no sólo a las normas materiales, sino también las procesales y las que estructuran y conforman la totalidad del ordenamiento jurídico. Este *derecho interno*, son leyes, decretos, ordenanzas, circulares, actos administrativos, resoluciones, etc. Cada una es un derecho en particular y, si aplicáramos el principio de exclusión probatoria a todas estas expresiones, podría *mutatis mutandi*, cercenarse la finalidad de seguridad jurídica prevista en la *ratio esendi* de la regla.

La debida parcelación de las normas puede incorporar respuestas a este problema. En primer término, de acuerdo con el artículo 2<sup>o</sup> del Código Civil, "*las leyes no son obligatorias sino despues de su publicación y, desde el día que determinen...*" Entonces, las leyes cobran aplicación y vigencia obligatoria sin necesidad de demostrar su publicación, por la presunción del absoluto conocimiento.

En cambio, las dificultades se encuentran en la publicidad de otras normas legales. Tal como se presenta el principio de la necesidad de prueba, la dicotomía se traba entre normas extranjeras y nacionales, donde sólo éstas últimas están liberadas de verificación.

El planteo obliga a considerar la presunción de conocimiento de todo orden jurídico interno, entendiendo en éste, además de las leyes federales, las normas provinciales, las ordenanzas y decretos municipales; las circulares de entidades del Estado de aplicación general y obligatoria; las disposiciones administrativas reservadas a espacios determinados, entre otras naturales de la vorágine actual que piensa que si todo no está escrito no puede ser regulado.

---

<sup>35</sup>. MUÑOZ SABATE, Luis: *Técnica probatoria (estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso)*, ed. Praxis, Barcelona, 1967.

En cada una de estas cuestiones la duda estriba en el conocimiento efectivo que el Juez tenga, de modo tal que, en nuestro parecer, el problema radica en la forma como se alcanza dicho conocimiento. Por ello, no es tema de prueba por la parte, la vigencia del derecho interno, y sí actividad o iniciativa del Juez para allegarse de las constancias fehacientes de las normas invocadas.

Tampoco es posible descargar en las partes, la verificación de un derecho local que, por ser interno, puede el Juez investigar con suficiencia de medios y posibilidades siempre y cuando tenga presente su iniciativa e instrucción de oficio.

Parte de la doctrina, sin embargo, considera que si el *derecho interno* no fue publicado oficialmente, el deber de conocimiento no existe y torna la cuestión como necesidad probatoria en cabeza de la parte que invocó el precepto jurídico (<sup>36</sup>). Así también, si la incertidumbre fuera sobre la autenticidad de la edición oficial, la carga de la prueba sobre la existencia o inexistencia corresponde a las partes (<sup>37</sup>).

### 3.1 Prueba del derecho extranjero

En segundo lugar debe interpretarse la situación del ***derecho extranjero***.

El art. 13 del Código Civil Argentino dispone que: "*La aplicación de leyes extranjeras, en los casos en que este Código lo autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de la parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes...*"

Vélez Sarsfield anota que la ley extranjera es un hecho que debe probarse, opinión a la que adscribe buena parte de la doctrina. Por eso, la prueba es innecesaria cuando media admisión de su existencia por la parte a quien se opondrá.

Empero esta conclusión es discutible, porque de la simple contingencia de emplazar un derecho foráneo en una controversia local, no surge desvirtuada la calidad de la norma a interpretar. Esta continúa siendo *derecho*, con la particularidad que se incorpora al proceso a pedido de parte y no por su condición naturalmente operativa si fuese de orden interno.

Además, no puede desnaturalizarse el uso de la norma extranjera cuando su utilidad y aplicación viene corroborada por convenciones o tratados internacionales.

En estos casos resulta preciso deslindar los espacios que ocupan la *aplicación del derecho extranjero y la prueba que corresponde realizar sobre su existencia*.

Respecto del primer problema, cabe interpretar que sancionada la ley 22.921 que dá vigencia territorial a las disposiciones de la *Convención Interamericana sobre las normas generales del Derecho Internacional Privado*, el artículo 13 del Código Civil se encuentra *virtualmente derogado*; circunstancia que tornaría el regreso a las fuentes internacionales cuando las partes se someten a ellas voluntariamente.

Y aún sin pretender desbordar el alcance asignado, y quedase vigente el mentado artículo 13, siempre el Juez tiene la ponderación de oficio para la subsistencia o no del derecho extranjero.

La relación entre utilidad y prueba se enfoca con otra variante, porque para poder el Juez dictar una sentencia congruente, necesitará completar el conocimiento que tenga sobre las normas foráneas.

---

<sup>36</sup>. MORELLO-SOSA-BERIZONCE, *Códigos procesales...*, tomo V-A, cit., p. 13.

<sup>37</sup>. COUTURE, *Fundamentos...*, cit., p. 221.

Aquí el principio de la carga encuentra cierta contradicción entre el artículo 13 del Código Civil (quien alega debe probar) y el apartado 3<sup>o</sup> del artículo 377 del CPN que establece: "*Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el Juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia de litigio*" ( <sup>38</sup> ).

La ambigüedad estaría en que, por las normas de fondo, el derecho extranjero se asimila a una cuestión de hecho; en cambio, el código procesal recibe las normas extrañas como cuestiones de derecho, dando pie a la iniciativa oficiosa para interpretar y aplicarlo.

En este aspecto conviene agregar que la carga de invocación del derecho extranjero no conduce inexorablemente a impedir que los jueces locales apliquen la ley ajena cuando las normas de conflicto del derecho internacional privado así lo dispongan. De lo contrario, la aplicación de las mismas, de naturaleza inderogable, quedarían a merced del arbitrio de las partes, dueñas de invocar o no el derecho extranjero indicado por las normas de conflicto argentinas.

De la reseña surgen interesantes proyecciones. Si aceptamos que el derecho extranjero es un hecho, la prueba reposa en la actividad de las partes, por vía de principio, y en la iniciativa oficial que, eventualmente, se disponga.

Si en cambio, las comprendemos como *derecho, lato sensu*, el Juez debe adquirir conocimiento propio, ausente la ayuda de las partes, sin perjuicio de la colaboración necesaria para verificar su existencia (es decir, probar su vigencia y aplicación al *sub lite*).

Entendemos que el Juez para el conocimiento e interpretación del derecho extranjero cuenta con suficientes facultades para recabar su consideración, arrojando los textos, de oficio, para su propia cultura y como un medio que soporta la iniciativa de calificar adecuadamente en derecho, los hechos que las partes plantean.

Conocido el orden jurídico extraño, es necesario investigar el contenido de la norma extranjera alegada; la vigencia de la misma; y la correspondencia de su texto con las publicaciones oficiales.

Esta actividad es producto del principio *iura novit curia* que resulta aplicable al caso en análisis. A través de su mecanismo y, en correspondencia sucesiva con lo dicho respecto a la obligación de tomar conocimiento, el Juez consigue interpretar el precepto jurídico con el alcance particular que de la lectura surja; pudiendo subsanar la calificación o encuadre que las partes signaron; tener por válido el marco aportado y resolver el conflicto en consecuencia; pero nunca podrá modificar el objeto procesal.

Se enmarca esta formulación en el sistema diseñado por el derecho alemán cuando dice: "*El derecho extranjero, el consuetudinario y los estatutos sólo deben ser probados cuando no sean conocidos por el tribunal. Para la determinación de estas normas de derecho, el tribunal no está limitado a las pruebas proporcionadas por las partes; él mismo puede valerse también de otras fuentes de conocimiento y ordenar todo lo que conduzca a su utilización*" ( <sup>39</sup> ).

### 3.2 La costumbre

---

<sup>38</sup>. Obsérvese que el art. 190 inciso 4 del CPC (Perú) dice, al respecto: "*El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido*".

<sup>39</sup>. Art. 293 de la Z.P.O.

Cuando el derecho consuetudinario es fuente normativa se incorpora al derecho interno y valen para ello las conclusiones alcanzadas respecto a la eximición de prueba. Pero, en nuestro ordenamiento jurídico (Argentina), la costumbre no crea derecho sino "*cuando las leyes se refieren a ellos* (usos y costumbres) o *en situaciones no regladas legalmente*" (art. 17, Código Civil).

Diversas disposiciones procesales reconocen en el derecho consuetudinario una expresión constante que alimenta fórmulas de solución, circunstancia que interesa poner de relieve para observar como se introducen en el litigio estos principios.

De acuerdo con el presupuesto general, si los usos y costumbres son referidos directamente por las normas, adquieren condición de derechos y no necesitan ser probados. Por ejemplo con las modalidades de la compraventa acerca del pago en el lugar donde se entrega de la cosa (art. 1424, Código Civil); o respecto a las palabras de los contratos y convenciones que deben entenderse en el sentido que les dá el "uso general", aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo (art. 217, Código de Comercio).

Sin embargo, estas cuestiones, y otras que se vinculan de la misma manera, son usos y costumbres *notorios*, es decir, captados bajo una modalidad común que todos conocen y admiten como de suceso habitual.

Por eso, si esa notoriedad no fuese tal, la incertidumbre obliga a probar la hipótesis que reconozca la posibilidad de hacerla jugar como norma de derecho. La verificación es obra conjunta del interés de ambos sujetos del proceso: para el órgano judicial por su deber de fundar los pronunciamiento con acierto y convicción; para la parte, como sustento que afirme su predicado.

Claro está que si hubiese notoriedad en los usos el Juez podría utilizarlos de oficio, aunque no hubiese alegación de los interesados.

El CPC destaca que se debe probar la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión ( <sup>40</sup> ), lo que no impide proyectar al caso las explicaciones precedentes.

#### **4. HECHOS EXENTOS DE PRUEBA**

El carácter bilateral de las alegaciones, según el cual a cada afirmación corresponde una respuesta, permite deducir que la necesidad de prueba se limita cuando no hay interés en controvertir; o bien cuando de las mismas circunstancias surgen conclusiones que no requieren de actividad probatoria para confirmar.

Focalizados así, existen hechos que están exentos de prueba: **a)** por exclusiva decisión de las partes, unilateral o bilateralmente; **b)** por contingencias objetivas como son los hechos notorios, los presumidos legalmente, o los evidentes; **c)** por situaciones de carácter subjetivo que parten del conocimiento personal del Juez y de las máximas de experiencia; **d)** por la naturaleza del hecho, en cuyo caso la exención puede estar predeterminada por la ley como medida preventiva (V.gr: por razones de moral y buenas costumbres); por sus antecedentes jurídicos (V.gr: prejudicialidad, cosa juzgada) y por el secreto profesional.

### **8.1 Hechos eximidos de prueba por actitudes de parte**

---

<sup>40</sup>. Art. 190 CPC.

El carácter bifronte de un hecho (ante la alegación cabe la réplica) permite asumir actitudes diversas o ninguna, implicando esas conductas consecuencias sobre las afirmaciones que tendrán o no que verificarse.

Va de suyo que si no hay hechos afirmados no existe carga probatoria, porque nada existe para demostrar. Las articulaciones se corresponden con la congruencia del fallo, por eso el Juez no puede incorporar en la sentencia un *hecho no afirmado* por una de las partes, porque tal circunstancia no existe para él, aún cuando pudiera deducirla ( <sup>41</sup> ).

Bien indica Palacio que, por lo tanto, "se hallan excluidos del objeto de la prueba los hechos no afirmados por ninguna de las partes aunque ello no descarta la posibilidad de que la actividad instructoria se extienda a la comprobación de circunstancias que si bien no han sido especificadas con la claridad que exigen los arts. 330 inciso 4<sup>o</sup> y 356 inciso 2<sup>o</sup> <<del CPN>>, lo fueron en cambio en forma incidental o genérica, siempre que guarden relación con los hechos principales o invocados como fundamento de la pretensión o de la oposición" ( <sup>42</sup> ).

Los hechos afirmados, a su vez, pueden ser aceptados como ciertos pero disentidos en su explicación fáctica. Pueden ser admitidos totalmente, llegando a confirmar la certeza del derecho invocado; o bien puede existir reconocimiento expreso o tácito a las pretensiones del actor; y, finalmente, un sometimiento voluntario a las mismas peticiones pero sin pronunciarse sobre el derecho que las fundamenta (V.gr: allanamiento).

En la etapa probatoria, los hechos pueden resultar confesados expresa o tácitamente, e inclusive, admitirse por aplicación del silencio conforme la estricta vigencia del principio de preclusión de los actos procesales.

**a) Los hechos admitidos** son aquéllos en los que ambas partes están de acuerdo con su producción. No hay discrepancia en el relato de las circunstancias. Por lo general, la admisión es producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta por ciertos, hablándose en estos casos de *admisión expresa*.

En cambio, existe *admisión tácita* cuando se le otorga al silencio el valor y alcance de una confirmación.

La admisión puede ser *simple* y *calificada*. De la primera especie son los actos que aceptan lisa y llanamente el hecho afirmado por la otra parte; y "es *calificada*, cuando se acepta ese hecho, pero introduciendo en él aclaraciones y explicaciones o atribuyéndole una configuración jurídica diferente, por ejemplo, frente a la alegación del actor que entregó un dinero en préstamo, el demandado puede decir: <<es cierto que recibí el dinero, pero no en calidad de préstamo, sino de donación>>" ( <sup>43</sup> ).

La admisión *simple* y *expresa* torna innecesaria prueba alguna respecto a los hechos involucrados; en cambio, la admisión calificada obliga a verificar la versión que se introduce, por constituir un hecho modificativo.

Por otra parte, el hecho admitido consume dos consecuencias inmediatas: una obliga al Juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar; otra, a tenerlo por suficientemente acreditado y sin necesidad de abono alguno.

---

<sup>41</sup>. CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, ed. Depalma, Bs. As., 1978, p. 13.

<sup>42</sup>. PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, cit., p. 346.

<sup>43</sup>. FENOCHIETTO, Carlos E. -ARAZI, Roland: *Código procesal civil y comercial de la Nación*, tomo 2, ed. Astrea, Bs. As., 1983, p. 256.

La *admisión tácita* tiene otras dificultades intrínsecas que provienen del efecto jurídico que se asigne al silencio.

Cierta parte de la doctrina entiende que surte los efectos de la *ficta confessio* (<sup>44</sup>); otros prefieren encontrar un caso de manifestación de la voluntad sugerida ante la obligación legal de expedirse (art. 919, Código Civil).

Couture observa la necesidad de fijar el alcance de esta doctrina, "teniendo en cuenta aquellos casos en los cuales la demanda no ha sido impugnada por imposibilidad jurídica o material de hacerlo" (<sup>45</sup>).

Inclusive, en nuestra normativa procesal, los textos son poco claros y muestran desarticulaciones que confunden al intérprete.

El reconocimiento, en cambio, es prudente considerarlo con relación a los documentos que no son cuestionados en su autenticidad.

En nuestra opinión la conformidad tácita tiene que atender el supuesto donde acontece, porque los efectos, necesariamente son diferentes. Cuando hay un demandado u oponente presentado, no debe perderse de vista la carga que pesa para reconocer o negar hechos (*admisión*, propiamente dicha); reconocer o controvertir la razón jurídica (allanamiento, o cuestión de puro derecho, respectivamente) y otras obligaciones referidas a documentos acompañados y cartas misivas que se invocan.

Cada uno de estos deberes procesales confieren al interés un rol activo y principal, de manera que, si el ejercicio del derecho de defensa es nimio, insuficiente, evasivo o ambiguo; sobre la parte renuente al compromiso de controvertir debe caer el peso del principio dispositivo, eximiendo de prueba todos los hechos pertinentes y lícitos que fueran reconocidos.

Ahora bien, existen ciertos hechos que pueden no ser conocidos por el demandado, en cuyo caso el silencio sobre ellos atenúa los efectos de la convalidación dando lugar a la denominada "respuesta en expectativa" que permite una contestación concreta una vez sustanciada la etapa probatoria.

En cambio, si la admisión tácita resulta del *proceso en ausencia* (demandado que debidamente citado no comparece) o de *la rebeldía* (demandado debidamente notificado que renuncia voluntariamente al derecho de defenderse y el actor solicita se lo declare rebelde), los principios de la carga de la prueba subsisten, aún cuando atenuados. El problema está, cuando esta pervivencia se lleva al extremo de restar todo beneficio al proceso de contradicción aparente, mucho más si se considera que quien evita el proceso puede estar fomentado por causas de prudente exclusión, creyendo que nada tiene que objetar o porque no quiere contradecir sin derecho, o ausente de buena fe.

En otro sentido, la ausencia puede motivarse en la creencia de ver una pretensión justa; o en un simple análisis de costos y beneficios; en suma, lo cierto es que la presunción de verdad de los hechos lícitos que surge de la rebeldía, lleva a eximir de prueba estas circunstancias; dejando vigente el *onus probandi* para otros hechos que pueden tener contradicción y surjan del mismo aporte acompañado al juicio por el actor.

**b)** A veces se habla de **hechos reconocidos**, como cuando quien contesta la demanda no niega concretamente, todos y cada uno de los argumentos del actor.

---

<sup>44</sup>. RAMOS MENDEZ, Francisco: *Derecho Procesal Civil*, tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 533

<sup>45</sup>. COUTURE, *Fundamentos...*, cit., p. 225.

Pero el reconocimiento no es propio de los hechos, sino del derecho, por eso aquél se vincula con la pretensión y con la resistencia, constituyendo un acto de inteligencia y decisión sobre los fundamentos que porta la demanda.

El reconocimiento puede ser expreso o tácito, según obre la actitud del oponente, en igual medida que la explicada para la admisión.

Interesa diferenciar el reconocimiento del allanamiento, por la similitud con que ambos suceden, cuando en realidad, tienen conceptos y finalidades distintas.

Como vimos, sólo se reconocen pretensiones y razones; esto es, que quien se presenta en el proceso reconociendo el derecho de la parte, no controvierte el tema fáctico porque dá legitimidad suficiente a la demanda que contra él se interpuso.

El allanamiento resulta, en cambio, un sometimiento voluntario a las pretensiones del actor, pero sin calificar las razones que la autoabastecen.

El allanamiento es una decisión unilateral, como son todas las vistas hasta ahora en este parágrafo (V.gr: hechos no afirmados; admisión; rebeldía y reconocimiento).

Por su parte, hay hechos que las partes comúnmente pueden excluir de la prueba, ya sea por considerarlos inconducentes o por entender que la materia en conflicto puede ser resuelta con las constancias que obran en el expediente.

La *declaración bilateral* que las partes presentan procura evitar toda la etapa probatoria, pero no condiciona la providencia del órgano, quien puede ordenar medidas instructorias.

En este sentido, el art. 362 del código de la nación, dando prevalencia al principio dispositivo, posibilita que pese a la existencia de hechos controvertidos, pueda marginarse la prueba, si se configuran las hipótesis que ha previsto el legislador, a saber: **a)** que todos los justiciables manifiesten que no tienen ninguna a producir; **b)** que ésta sólo consiste en las constancias del expediente, o **c)** la documental ya incorporada y que no ha sido objetada. En tales casos, previo nuevo traslado por su orden -que no requieren los procesos sumarios y sumarísimos- debe llamarse "autos para sentencia" ( <sup>46</sup> ).

#### 4.2 Situaciones objetivas que eximen de prueba

Corresponden a esta categoría tres tipos de hechos: **a)** los hechos notorios; **b)** los que gozan de una presunción legal y **c)** los hechos evidentes.

##### **a) Hechos notorios:**

Recuerda Sentís Melendo que el hecho notorio fue objeto de estudio desde antiguo y postulado en distintos brocados: "*manifesta haud indigent probatione*" (lo manifiesto no necesita prueba); "*manifesta non egent probatione*" (con igual sentido que el anterior); "*notorium non egent probatione*", y sobre todo, se ha dicho, ajustándose a la realidad: "*Non potest ignorari quod publice notum est*" (no puede ser ignorado lo que públicamente es notorio) ( <sup>47</sup> ). Sin embargo, y a pesar de ser aceptado por el derecho romano, el canónico y llegar a su actual consideración, existen aún dificultades para fijar el concepto de *notoriedad*.

Las *Institutas* romanas consagraban el principio de exclusión por notorio en la prueba testifical, resabio que conserva la práctica de incluir en el interrogatorio la

---

<sup>46</sup>. MORELLO-SOSA-BERIZONCE, *Códigos procesales...*, tomo V-A, p. 95

<sup>47</sup>. SENTIS MELENDO, Santiago: *La prueba (Los grandes temas del derecho probatorio)*, ed. Ejea, Bs. As., 1979, p. 133.

pregunta final acerca de si lo dicho es "de público y notorio". El derecho canónico lo estimó para otros fines: notorio, significaba la propiedad de ciertos hechos que no pueden negarse más que en acusada mala fe ( <sup>48</sup> ).

Posteriormente, evoluciona el criterio hacia un concepto más objetivo, donde se introducen las ideas de generalidad del conocimiento; cultura normal de todo individuo; historia indiscutible, etc.

En este sentido, Gentile sostuvo que "pueden ser utilizados como fuente de convicción del Juez en el proceso, como hechos notorios, además de los hechos de común y general conocimiento, pertenecientes a la historia o a la ley natural o a la vida social y política, también los hechos de notoriedad más restringida, limitada a una determinada zona de territorio (la llamada notoriedad local) cuando el hecho es tal que pueda ser conocido por toda persona que viva en esa zona, siempre que se trate de hechos bien establecidos y no de simples voces o meras apreciaciones" ( <sup>49</sup> ). De igual tenor resulta la definición del hecho notorio sobre la base del conocimiento que forma parte de la cultura normal de un determinado círculo social en el momento en que la decisión se pronuncia, llegando a ser de dominio público y no del conocimiento de unos pocos.

La liberación probatoria que tiene la notoriedad de un hecho, pone en duda su pertenencia al derecho probatorio, toda vez que al ser extraño el fenómeno de la verificación, el resultado obtenido es producto de una actividad propia del sentenciar.

Esta es la posición que asumen los críticos del hecho notorio, encerrando el concepto sin advertir que en la valoración de la prueba obra un análisis prudente y meditado de las convicciones que se alcanzan en cada una de las situaciones fácticas que dieron causa y fundamento a la pretensión. Una cosa es la notoriedad por sí misma, pues en este caso "se trata de una cualidad circunstancial que no altera la existencia del hecho ni los efectos jurídicos que de él se deducen" ( <sup>50</sup> ); y otra diferente es la estimación en la sentencia, donde el hecho notorio juega valorado en idéntica dimensión que el resto de las pruebas.

Pero la *notoriedad* difiere de *lo notado*, y de aquello que puede ser público o famoso.

Es necesario y conveniente, entonces, implementar un esquema de base que oriente y marque las diferencias con esas figuras similares.

La notoriedad de un hecho no requiere del conocimiento universal, porque se limita a su propia contingencia y circunstancia. Vale el ejemplo que ofrece Couture respecto a que sería notorio el hecho de que a fines de 1945 fue inventado el procedimiento de división del átomo, creándose así una nueva fuente de energía. Pero ese hecho no es conocido por todos, pues no lo es de las personas que viven fuera de los centros de información. "Sin embargo -agrega-, por la circunstancia de que haya gran cantidad de personas que lo ignoran, no debe deducirse que el hecho no sea notorio" ( <sup>51</sup> ).

De igual modo, el conocimiento no necesita ser absoluto, porque basta la posibilidad de verificar la existencia del hecho de que trate mediante el auxilio de una simple información.

---

<sup>48</sup>. ALLORIO, Enrico: *Problemas de derecho procesal*, tomo II, ed. Ejea, Bs. As., 1963, p. 394.

<sup>49</sup>. Cfr. SENTIS MELENDO, *La prueba...*, cit., p. 134.

<sup>50</sup>. DEVIS ECHANDIA, *Compendio...*, tomo I, cit., p. 129.

<sup>51</sup>. COUTURE, *Fundamentos...*, cit., p. 233.

Requiere sí, que la notoriedad sea efectiva, o sea que pueda estar al corriente de la generalidad de los hombres en el lugar y tiempo en que la decisión ocurre.

Cabe agregar que este recaudo no es pacífico en doctrina, porque sostienen fundadas opiniones que notoriedad no es efectivo conocimiento, "sino pacífica certidumbre; una especie de seguridad intelectual con que el hombre reputa adquirida una cuestión" ( <sup>52</sup> ).

Pero reducir lo manifiesto a un grupo, destaca la inseguridad que genera la sabiduría obtenida por cuestiones incidentales, posiblemente circunstanciales; cuando no, si la cultura masiva se reúne al sólo título de información general. Un hecho que se adquiera en estas condiciones, por su versatilidad y contingencia, difícilmente llegue a ser notorio. Asimismo, el alcance que se quiere asignar al conocimiento efectivo destaca un problema adicional cuando la noción reposa sólo en la inteligencia de un sector al que puede pertenecer quien debe dictar sentencia; porque el Juez, en este caso, se encuentra limitado en la posibilidad de usar su conocimiento privado.

Bien destaca Allorio, aun cuando en posición discrepante, que no podrían encuadrarse como hechos notorios los que son conocidos a la generalidad de los ciudadanos únicamente a título de información contingente; tampoco en orden a aquellos que obtienen certeza en un ambiente sereno e imparcial ( <sup>53</sup> ); en ellos, podría hablarse de hechos públicos pero no de notorios por su escasa o nula seguridad.

Quizás el punto preclaro que incide en una caracterización adecuada esté en la *perdurabilidad* del hecho; aquél que alcanza una difusión y trascendencia tal que evita la ignorancia común.

En este tema la diferencia con el rumor, la fama, la publicidad ofrece una visión esclarecedora. Cada uno de ellos informa una cuestión trascendente a un círculo social determinado, pero no tiene características de generalidad o efectividad. El rumor se difumina con el tiempo, con su esclarecimiento, o con una versión contrapuesta. La fama es fugaz y no tiene condición fáctica sino plenamente subjetiva; la publicidad, finalmente, hace a lo público, a lo corriente, pero nunca a la notoriedad manifiesta.

De igual importancia son las distinciones con la *evidencia* porque aquí referimos a verdades absolutas o axiomas científicos de inocultable valor; en tanto la notoriedad versa sobre hechos sobre los que se tiene noticia.

En síntesis, el hecho notorio es una situación a valorar en la sentencia, de modo tal que repercute en la convicción que le agregue al Juez sin interesar la información que la parte pueda tener sobre el mismo. Para llegar a la notoriedad, será preciso contar en el hecho los requisitos de generalidad, efectivo conocimiento y permanencia.

La determinación de ese hecho notorio, como eximente de prueba, constituye un concepto relativo porque está limitado en el tiempo y en el espacio, entrañando una cuestión circunstancial o de hecho que hace a la privativa valoración de la prueba.

A partir de esta fijación del concepto, han de señalarse dos situaciones. Por un lado la distinción que merece el hecho notorio afirmado por las partes; y por otra la notoriedad que debe cimentarse en hechos constatados efectivamente.

---

<sup>52</sup>. COUTURE, *Fundamentos...*, cit., p. 234.

<sup>53</sup>. ALLORIO, ob. cit., p. 397.

A veces una norma jurídica refiere a que dado cierto hecho notorio debe darse cierta consecuencia. V.gr: la demencia *notoria* que menta el art. 473 párrafo 2º del Código Civil, habilita a deducir la nulidad de los actos jurídicos celebrados con contratantes de buena fe y a título oneroso.

El ejemplo muestra las distancias dogmáticas que trazan doctrina y legislación.

Como vimos, la notoriedad ocupa aspectos de generalidad y trascendencia que atrapan a un conjunto de individuos; en cambio, la normativa acota lo "notorio" a un mero carácter subjetivo. En el caso, a la opinión que merece cierta persona en el círculo de personas con que trata.

En consecuencia, la alegación interesada del hecho notorio no obliga al Juez a tomarlo en cuenta sin más, porque en definitiva, la notoriedad depende de su propio parecer y no de lo que la parte entiende como tal.

Al estar el hecho notorio liberado de la carga probatoria, es preciso hurgar en esas condición para deducir si la *notoriedad* requiere o no de prueba.

Avancemos un paso más en el suceso. Supongamos que la parte alega como hecho notorio el despilfarro de fortuna de un sujeto al que debe heredar, y pida se lo declare incapaz. Aquí el hecho notorio es la prodigalidad (magüer nuestras reservas con la efectividad del conocimiento) pero al mismo tiempo es el hecho controvertido y, por tanto, requerirá su verificación.

La conjunción entre la "notoriedad" y el "hecho notorio" genera confusiones reiteradas en la legislación; sin que la doctrina haya elaborado una respuesta efectiva.

Ocurre que la terminología ambigua que concurre para definir lo que es un hecho notorio confiere una idea un tanto fugitiva sobre cuáles son los límites de la generalidad del conocimiento; de la posibilidad de acceso efectivo a ella y de la perdurabilidad.

La pauta más importante, creemos, asienta en la intensidad de conocimiento que el hecho ofrezca hacia la generalidad de los individuos. Un accidente de tránsito espectacular, de gran difusión por la prensa y difundido reiteradamente por los medios gráficos y televisivos, puede generar mayor notoriedad que un descubrimiento científico trascendente; sin embargo, ese hecho se instala en una categoría distinta donde podemos hablar de hechos que cobran estado público, pero sin derivar de ellos naturaleza probatoria alguna, más allá de la simple verificación del suceso. Para adquirir notoriedad, el hecho debe asegurar cierta garantía de seguridad.

Podemos compartir el espíritu que tiene la definición de Guasp<sup>P</sup>: *hechos notorios son verdades científicas, históricas, geográficas, generalmente reconocidas, cuya notoriedad estriba, solamente, en el más intenso conocimiento que provoca en el que está destinado a recibirlo* ( <sup>54</sup> ).

Basados en ello, el hecho notorio es más una capacidad para obtener un conocimiento asegurado, que poseer el mismo conocimiento. Precisamente por eso, no se incluye en la noción el saber que cada uno de los miembros de la sociedad, del círculo, o de los interesados pueda tener, sino como pueden adquirir dicha inteligencia con los elementos de información que, otro cualquiera, tenga a su alcance.

Sin hablar de anarquía de conceptos y habiendo expresado una noción particular sobre el significado, conviene repensar la problemática, manteniendo el estudio en las polarizaciones que diagrama acertadamente Devis Echandía:

---

<sup>54</sup>. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 354.

"...existen sólo dos tesis: **1)** la de la minoría, que exige el conocimiento del hecho por todos en el círculo social respectivo; **2)** la de la gran mayoría, que acepta como suficiente una divulgación o generalización relativa, en ese círculo, siempre que el Juez tenga conocimiento de ella desde antes del proceso o pueda conocerla durante el proceso por investigaciones personales o gracias a pruebas aportadas con ese propósito, y no le queda duda sobre la verdad del hecho, aun cuando lo discuta alguna de las partes. Desde otro punto de vista se encuentran también dos tesis: **1)** la de quienes exigen que el hecho sea de carácter permanente, como las verdades geográficas y algunas científicas (la importancia de una ciudad o la altura de una montaña); y **2)** la de quienes rechazan expresa o tácitamente esta distinción y aceptan la notoriedad tanto para los hechos permanentes como para los ocasionales o transitorios (las verdades históricas, por ejemplo); ésta tesis la sostiene la gran mayoría de los autores citados" ( <sup>55</sup> ).

Para terminar, resta por responder si el hecho notorio puede invocarse de oficio o necesita de la alegación de parte interesada.

Vale al respecto, coincidir con Calamandrei, quien menciona la inexistencia de una máxima similar a la *iura novit curia*, parangonada en otra paralela *notoria novit curia*, de modo, entonces, que no siendo obligación del Juez tener conocimiento de los hechos notorios, resulta necesario que las partes lo aleguen y, en su caso, lo prueben si el órgano judicial entiende que sobre el mismo no existe suficiente certeza.

La imposibilidad de incorporar de oficio la notoriedad, tampoco permite a los jueces invocar la evidencia obtenida por el ejercicio de la función. Por ejemplo, si fuese conocida la situación inhabilitante de un sujeto para obrar, por haber resuelto su incapacidad en otro proceso, no podría el Juez tener presente ese hecho notorio a pesar de su claridad y verificación directa.

En cambio, la doctrina alemana lo admite, reconociendo en la denominada *notoriedad judicial* un precedente valioso que lo origina.

No obstante, idénticas consecuencias y resultados se obtienen dando posibilidad al Juez de ejercer actividad instructoria y de saneamiento, porque al ser antecedentes por él conocidos, puede proveerlos como medidas previas para dictar sentencia, o inclusive, como documentales que emergen de hechos ocurridos en otro expediente.

### **b) Hechos que gozan de una presunción legal:**

Si un hecho cuenta en su favor una presunción tal que confirme su presencia y suceso, se encuentra exento de prueba. Por ejemplo, el art. 77 del Código Civil dispone que "*el máximo tiempo de embarazo se presume que es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta...*"; el art. 90, a su vez, establece que "*el domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos...*"; el art. 878 dice: "*siempre que el documento original de donde resulte la deuda, se halle en poder del deudor, se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, salvo el derecho de éste a probar lo contrario*"; también el art. 1818 refiere a los casos en que la donación se presume; y así, sucesivamente, la ley de fondo crea presunciones legales en los arts. 2530 (abandono); 962, 969 y 1044 (actos jurídicos); 1469 (cesión de créditos); 2271 (comodato); 1336 y 1354 (compraventa); 2708 (condominio); 1146 y 1190 (contratos); 2206 a 2208 y 2221 (depósito); 234 (divorcio); 2519 y 2521 (dominio); 241, 242, 244 y 251 (filiación); 3804 (legados); 1575 y 1616 (locación); 1628 (locación de servicios); 1871 y 1877 (mandato); 2718, 2719, 2743 y 2745 (medianería); 812 (novación); 75 (naci-

---

<sup>55</sup>. *Compendio...*, cit., p. 131.

miento); 500 (causa de la obligación); 746 (pago); 283 (patria potestad); 2353, 2362, 2403, 2412, 2414 y 2415 (posesión); 4003 y 4008 (prescripción); 915 y 920 (presunción en los hechos); 2770 y 2790 (reivindicación); 874, 878 y 887 (renuncia); 3003 (servidumbre); 960 (simulación); 1716, 1719 y 1746 (sociedad); 701 (solidaridad); 3363 (beneficio de inventario); 3345 (renuncia al derecho hereditario); 2564 y 2565 (propiedad del tesoro encontrado); 3616, 3631, 3696 y 3835 (testamentos); 2819 y 2848 (usufructo); 3282 (apertura del juicio sucesorio); 3457 (partición); 3555 (representación); más los casos de ausencia con presunción de fallecimiento.

En todos los dispuestos la presunción crea una ficción legal que refiere como cierto a un hecho. Cuando esa proposición no admite prueba en contrario (*juris et de jure*) se denominan presunciones absolutas; en cambio si toleran una verificación al opuesto, se llaman presunciones relativas (*juris tantum*). En ningún caso las presunciones son medios de prueba sino un beneficio adicional que reporta la continuidad, precisión y concordancia de ciertos hechos que se muestran de igual manera y que inciden en la valoración que el Juez efectúa sobre las pruebas rendidas.

Es importante no confundir estos hechos que gozan de una presunción legal, de aquellos que, partiendo de un hecho conocido (indicio) concluyen en una situación determinada. Es el error en que incurre el art. 163 inciso 5<sup>o</sup> del código federal cuando establece: "*Las presunciones no establecidas por la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica*".

La presunción, en síntesis, es una conjetura que elimina la necesidad de prueba. "Son razones de política jurídica, algunas de ellas connaturales con la vigencia misma del derecho, que instan al legislador a consagrar determinadas soluciones de la índole de las expresadas. La eliminación del campo de la prueba no es sino la consecuencia natural de su eliminación del campo del debate" ( <sup>56</sup> )

De todos modos, aún cuando el hecho se libera de la carga probatoria, el presupuesto que funda la presunción debe verificarse en la hipótesis de ser resistida por el oponente.

### **c) Hechos evidentes:**

Algunos autores funden estos hechos en la noción de notorios ( <sup>57</sup> ), sin que genere esta asimilación alguna dificultad práctica. En verdad, tanto uno como otro están eximidos de probar el supuesto que afirma, con la diferencia que el hecho evidente es el que no ofrece duda alguna. Aquél que se capta por la simple mecanización de los sentidos, como ser, que el sol ilumina o la noche oscurece.

La experiencia demostrada en el acontecimiento lógico que vivifica la evidencia, suple cualquier actividad probatoria porque estos hechos se ubican en el plano de lo que ocurre de consuno, como un desarrollo normal de las cosas.

Se distinguen de los *hechos normales* en que, si bien ambos suponen constantes el curso de ciertas cosas; el hecho evidente se muestra por sí sólo en ausencia de cualquier verificación; en cambio los primeros son *estándares* jurídicos que por su certeza no necesitan de prueba. Podríamos decir que la diferencia es nimia, pero en tanto la evidencia manifiesta se da en el plano de los acontecimientos de percepción sensorial; los normales ocurren como una medida

<sup>56</sup>. COUTURE, *Fundamentos...*, cit., p. 227.

<sup>57</sup>. CARNELLI, Lorenzo: *El hecho notorio*, ed. La Ley, Bs. As., 1944, p. 209; LESSONA, Carlos: *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, tomo I, ed. Reus, Madrid, 1970, p. 211.

del comportamiento humano que se admite con un nivel medio y regular de conducta reiterada.

Señala Couture que esta noción de *standard* jurídico, se precisa como "una medida de conducta social, susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada". "El *standard* es una gran línea de conducta, una directiva general para guiar al Juez; un verdadero instrumento de técnica jurídica diariamente aplicado. La intuición y la experiencia se dice, señalan al magistrado la aplicación empírica del *standard*. La misma doctrina pone como ejemplos de esa medida de conducta social la buena fe en los negocios, la diligencia del buen padre de familia en la noción de culpa, *reasonable service and reasonable facilities* en el derecho de los servicios públicos" ( <sup>58</sup> ).

### 4.3 Situaciones subjetivas que eximen de probar

En estos casos, la exoneración de la prueba obedece a que el Juez cuenta con una experiencia cierta y acreditada que lo orienta para resolver en un sentido determinado sin necesidad de que las partes abunden con otras explicaciones.

**a) Conocimiento privado del Juez:** Cuando generalmente referimos a medios de prueba lo hacemos pensando en la diversidad de verificaciones que pueden realizarse en miras a sensibilizar la percepción del Juez, orientándolo a resolver sobre la pretensión propuesta.

Pero ¿qué ocurriría si el mismo magistrado que resulta competente en la causa, fuera testigo del hecho cuya revelación y consecuencias se le formulan en una demanda? Aparentemente, sería una condición ideal porque no tendría inconveniente alguno para el esclarecimiento, deducir las responsabilidades e imponer las obligaciones emergentes. Sin embargo la función del Juez destaca su absoluta y total imparcialidad e independencia de criterio; si él llega a la litis con una predeterminada formación, carecería de la objetividad necesaria para resolver como tercero imparcial.

El caso del Juez-testigo impide confundir los roles: o se decide el proceso, conociéndolo a partir de los escritos constitutivos; o se ex-cusa de intervenir por estar incurso en el conocimiento previamente adquirido.

Obsérvese la gravedad que tendría el caso, si le fuese presentado un relato distinto al que pudo constatar personalmente. Efectivamente, no podría modificar los escritos, ni las circunstancias, y menos aún, establecer una regla distinta al *secundum allegata et probata*.

Diferente, en cambio, resulta el conocimiento científico que el Juez tenga sobre el supuesto en consideración. V.gr: Juez-ingeniero que esclarece un problema de responsabilidad profesional en la ciencia.

La hipótesis, no obstante, guarda semejanza con la anterior. Por vía de principio, el Juez debe auxiliarse con el medio probatorio de la pericia, otorgando a esas conclusiones, el valor particular que tiene por su carácter técnico.

Al resultar un medio de prueba, la pericia no es una consulta, porque el Juez debe asignarle (de hecho, procesalmente lo tiene) carácter contradictorio. De modo tal que, si el Juez asumiera su condición científica y valorase directamente la cuestión sin haber expresado los fundamentos técnicos anticipadamente, privaría a las partes de un derecho, el derecho a la prueba, sacándola de su ámbito natural que es la etapa de verificación o deliberación.

Por otra parte, es aconsejable utilizar el medio de prueba, aun gozando de una capacidad técnica particular, porque permite la incorporación de otro elemento

---

<sup>58</sup>. COUTURE, *Fundamentos...*, cit., p. 232 y sus citas.

de estudio y, en definitiva, la valoración final es libre y la experticia juega como asesoramiento.

**b) Las máximas de experiencia:** El Juez es un individuo que conoce las realidades de la vida, no es fugitivo de los diarios acontecimientos y, el paso del tiempo con sus vivencias, y el estudio meditado de las circunstancias, le permiten contar con un caudal de conocimientos que hacen la denominada "máximas de experiencia".

Resultan principios generales deducidos de la observación corriente del comportamiento de los hombres y, como tales, sirven para establecer una presunción o para efectuar la valoración de la prueba. Funcionan, por ende, como reglas destinadas a esclarecer el sentido jurídico de las conductas ( <sup>59</sup> ).

No debe confundirse con los hechos notorios, porque en estos la eximición probatoria deviene sobre cuestiones de naturaleza fáctica, en cambio, en las máximas de experiencia se trata, nada más, que de aditamentos culturales que posee el Juez para formar un criterio lógico. Mientras el hecho notorio forma parte del fundamento de hecho de la demanda o la excepción, las reglas de la experiencia sirven para verificarlo, sin que pertenezcan al material probatorio allegado al proceso ( <sup>60</sup> ).

Precisamente por ello las *máximas* no necesitan de prueba corroborante, aún cuando esta cuestión tenga dividida las opiniones doctrinarias.

Carnelutti puso de resalto el inconveniente de utilizar la voz *prueba* para el conocimiento de la reglas del derecho, porque, en definitiva, se hace una extensión desmesurada del concepto; debiendo por tal razón excluirse de la idea, los procesos de fijación de las reglas del derecho y de experiencia. "Ello significa que no constituyen objeto de la prueba histórica las entidades abstractas, como son las *reglas de experiencia* o de derecho: lo que se puede probar históricamente es el hecho de su función o de su afirmación, no la regla misma. No existe un testigo o un documento de la regla, porque la regla no puede ser percibida, existe tan sólo el testigo o documento de su formación o de su afirmación" ( <sup>61</sup> ).

La posición opuesta se solidifica en la opinión de Florian quien al referirse a los principios de experiencia sostiene: "De ellos puede hablarse, como objeto de prueba separado y peculiar, solamente en cuanto el perito y el testigo no los empleen cuando efectúan la observación de la cosa". Pero esta distancia entre el hecho y la regla admite posibilidad de confusión con los hechos notorios, los evidentes, o bien con el conocimiento privado del Juez. Si los hechos son conocidos por todos, sin importar el calificativo o adscripción a un grupo, ellos no se prueban. *A contrario sensu*, los otros requieren de verificación.

No obstante, cuando cita a Stein pretende introducir una caracterización de las reglas o máximas de experiencia: "Son definiciones o sentencias hipotéticas de contenido general, independientes del caso concreto que se ha de Juzgar en el proceso y de sus elementos particulares, de cuya observación se deducen y que pretenden tener valor en la relación con nuevos casos" ( <sup>62</sup> ).

Estas afirmaciones dejan pendiente una diferencia que no parece tener, liminarmente, cierta consistencia: si los hechos, luego de analizados y comprobados adquieren una íntima virtud, absoluta y obligatoria para el Juez; y las máximas de

---

<sup>59</sup>. PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, cit., p. 355.

<sup>60</sup>. DEVIS ECHANDIA, *Compendio...*, tomo I, cit., p. 135.

<sup>61</sup>. CARNELUTTI, *La prueba civil*, cit., p. 255.

<sup>62</sup>. Cit. de DEVIS ECHANDIA, *Compendio...*, tomo I, p. 98.

experiencia, concilian el resultado al conjuro del exámen libre del juzgador, ¿cuál será la diferencia?. Según sus dichos sería, que las reglas agregan pautas de opinión, y los hechos demostrados pautas de decisión.

Aclara Rosenberg que "también la reproducción de un acontecimiento tan simple como, por ejemplo, que un ciclista ha atropellado a un niño, es un juicio sobre hechos o uno de los llamados juicios que afirman hechos; es decir, una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas" ( <sup>63</sup> ), sin embargo "la existencia de una máxima de experiencia, de una norma jurídica, es también un hecho en el sentido lógico; pero no es un hecho en el sentido del derecho de prueba" ( <sup>64</sup> ).

Lo conveniente, a nuestro criterio, está en no confundir el juicio proposicional que puede partir del análisis de un caso cualquiera, provenga el mismo de un partícipe directo (testigo) como indirecto (perito), con las situaciones que cobran estado público y trascienden al conocimiento de la generalidad como hechos notorios, e inclusive, con la experiencia capitalizada en la vida y en el oficio, que reporta una cultura jurídica especial que se utiliza en el proceso sin necesidad de llamado o alegación de parte.

El caso de los testigos y peritos no incide en la regla de experiencia (que es un juicio de valor) porque son explicaciones agregadas sobre la contingencia de uno o varios hechos; tampoco repercuten los hechos notorios, por lo ya apuntado; en suma, la regla o máximas de experiencia son un haber del Juez que sirven para valorar la prueba.

En verdad, como son juicios lógicos adquieren cierta afinidad con las presunciones judiciales, de las que jurisprudencialmente se hecha mano de continuo.

Haciendo aplicación de ellas se ha resuelto que constituyen *hechos evidentes* que no requieren forzosamente ser probados y, por lo tanto, se resuelven acudiendo a las reglas que disciplinan la carga de la prueba, entre otros, los siguientes:

*-La colisión de un automotor produce una serie de daños en la cosa que se encuentran en relación directa con la fuerza del impacto o violencia del golpe.*

*-Cuando un automóvil es embestido, ofrece dañada la parte frontal, en tanto el locomóvil embestido presenta los daños en la parte trasera o lateral.*

*-Quien ha sufrido lesiones, que han demandado su asistencia médica, se ha visto impedido de cumplir sus tareas habituales durante un lapso razonable y, por ende, puede determinarse prudencialmente el monto de la indemnización en concepto de lucro cesante.*

#### **4.4 La naturaleza del hecho**

Existen otros hechos que quedan eximidos de probarse, sea porque la ley predetermina razones por las cuales estima la innecesidad; o bien, por gozar de suficiente acreditación previa en los antecedentes que lo revisten. Son ellos:

##### **a) Hechos cuya prueba prohíbe la ley:**

---

<sup>63</sup>. ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo III, ed. Ejea, Bs. As., 1955, p. 98.

<sup>64</sup>. *Ib.*, p. 221.

Según Devis Echandía si la ley prohíbe un hecho por razones de moral o de otro orden, ese hecho resulta excluido del objeto concreto de prueba, aun cuando se relacione con la materia debida y constituya un presupuesto de la pretensión o excepción; esto significa que con mayor razón tal hecho no puede formar parte de la prueba ( <sup>65</sup> )

A veces, esa prohibición viene predeterminada por la ley, en cuyo caso el problema deja de estar en el aspecto de si ese tema debe o no ser objeto de prueba, porque de hecho la necesita; para afinarse en la limitación del medio y en la libertad para aportarlo.

### **b) Hechos eximidos de prueba por sus antecedentes jurídicos:**

Si los hechos propuestos a examen son reiteración de los analizados y ponderados en una instancia judicial anterior sobre la que existe sentencia o no llegó a dictarse por cuestión de prejudicialidad, esas circunstancias no requieren de prueba.

El Código Civil contiene algunas disposiciones de éste carácter.

EL art. 1101 indica: "*SI la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuese intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes:*

**1º** *Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos.*

**2º** *En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada.*

El art. 1102 dice: "*Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado*".

El art. 1103, por su parte, agrega: "*Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiere recaído la absolución*".

### **c) Hechos que no se revelan por secreto justificado:**

En rigor la eximición no asienta en los hechos que pueden conservarse en secreto, sino en la eximiente del deber de declarar por razones justificadas, como pueden ser la posibilidad de incurrir en infracción penal que involucre al deponente, la revelación de un hecho conocido a través del ejercicio profesional, la necesidad de amparar derechos de la parte o de terceros, la custodia de los supremos intereses de la Nación, entre otros.

El art. 444 del código procesal permite al testigo rehusar a contestar el interrogatorio en los siguientes casos: **1)** si la respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor; **2)** si no pudiere responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial.

---

<sup>65</sup>. DEVIS ECHANDIA, *Compendio...*, tomo I, cit., p. 119.

## 5. PRUEBA DE LOS HECHOS NEGATIVOS

No hablamos en la especie de negativa de los hechos que la otra parte afirma. Esta es una cuestión vinculada a la dialéctica del proceso y, en definitiva, su respuesta debe hallarse en la carga probatoria.

Referimos aquí, al hecho que sostiene una negación como presupuesto y consecuencia de un efecto jurídico, por ejemplo, la articulación de no cumplir el contrato en base a las condiciones previstas en los arts. 1203 y 1204 del Código Civil que dicen en sus partes pertinentes: "*Si en el contrato se hubiese hecho un pacto comisorio, por el cual cada una de las partes se reservare la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no cumpliere, el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo...*" y: "*En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso...*"

En verdad, bajo el sofisma de la negativa que busca ampararse en la regla de que "quien niega no está obligado a probar su negación", se esconde el artilugio de un hecho afirmativo. Quien dice: "no pague por tal cosa", dice en realidad un nuevo hecho, o por lo menos, de igual naturaleza constitutiva que los afirmados por el actor.

Por lo tanto, el *onus probandi* no cambia y quien provoca un hecho negativo debe demostrarlo.

Existen ciertas negaciones que sin encuadrarse en las puntualidades que obliga la contestación de la demanda (contestar afirmando o negando todas y cada una de las pretensiones) manifiestan un desconocimiento vago e impreciso, sin agregar nada a la cuestión de fondo. V.gr: quien dice en aquél ejemplo del contrato bilateral que no pagó porque el otro no cumplió, estaría introduciendo una problemática de fácil confirmación para el accionante, dando muestras de su acción positiva; en consecuencia, la indefinición del hecho libera la carga de probarlo.

Al respecto dice Devis Echandía que, cuando estas negativas se basan en la nada, no implican ninguna afirmación opuesta, o indirecta (Por ejemplo: en mi pueblo no existe petróleo; nunca he tenido propiedad alguna; etc) y por ello no deben verificarse; otras, en cambio, son negativas *aparentes*, como quien dice: "esta piedra no es un diamante", también llamadas *formales*, que, a su vez, se divide en negaciones *de derecho* (V.gr: este contrato no es de mutuo); *de calidad* (V.gr: Juan no es legalmente capaz); y *de hecho* (V.gr: Pedro no ha muerto, es decir, está vivo) (<sup>66</sup>).

---

<sup>66</sup>. DEVIS ECHANDIA, *Compendio...*, tomo I, cit., p. 122.

## LA VERDAD Y LA PRUEBA

### 1. Introducción

El conflicto entre la verdad y la prueba es un debate abierto desde los orígenes de la ciencia. El interrogante persigue esclarecer cuál es el objeto que tiene la producción probatoria: ¿buscar la verdad? ¿confirmar una versión? ¿determinar los hechos y aplicarle el derecho?, en fin, cada argumento tiene fundamentos muy sólidos.

En realidad, la necesidad de saber si la verdad es un fin para el proceso, resulta necesario e ineludible, porque la afirmación lleva a obligaciones consecuentes, tanto de las partes como del Juez que interviene; mientras que relativizar dicha finalidad con explicaciones tangenciales, supone afinar el objeto en otra dimensión, más técnica o apegada a principios más formales, en los que la verdad se desplaza por la necesidad de resultados.

Nos referimos, en concreto, a la posición de quienes interpretan que el proceso está para resolver controversias y si ello se consigue, no importa como se logra ni con que medios se alcanza.

En cambio, si la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, habrá que encontrar los que están obligados a conseguirla.

Podrán ser únicamente las partes, quienes tienen el deber o la carga de afirmar (alegar) y probar los hechos expuestos; y en su caso, analizar si las circunstancias que se exponen están perentoriamente expuestas a ser reveladas con toda realidad, sea o no favorable, a quien las relata; o en su caso, verificar si se pueden denunciar únicamente los hechos que benefician una determinada posición jurídica.

Cuando se sostiene que los hechos deben ser expuestos con la verdad, no se quiere decir más de lo que ello significa. Ahora, si la versión que se entrega es completa o sucinta, dependerá de la estrategia forense; pero como sea, se tendrá que resolver si la técnica dispuesta concilia con los principios de lealtad y buena fe en el proceso, porque algunos doctrinarios son proclives a sostener que se viola el debido proceso cuando los hechos no son presentados en toda su dimensión y autenticidad.

En cambio, si al proceso se lo convierte en una lucha entre pretensiones opuestas, donde las versiones se imponen a las verdades, el problema que se plantea deriva en dar un valor a la sentencia que justifica hechos que pueden no ser reales. En su caso, es la cuestión que otros han considerado como la necesidad de disculpar un tipo de "verdad jurídica", que se contrapone con la certeza propia del derecho.

Siendo así, o visto el planteo en la perspectiva de las necesidades que exige el debido proceso, la crisis se produce porque de sostener la verdad jurídica, como distinta de la verdad real, significa tanto como reconocer que los jueces no pueden alcanzar éste último objetivo. Por eso, la sentencia que se obtiene tras un procedimiento entre versiones solo justifica la falibilidad del sistema por no ser auténtico ( <sup>67</sup> ).

---

<sup>67</sup> Sostiene Ferrer Beltrán que, si bien es cierto que la noción de verdad jurídica (o judicial o formal) se introduce en la teoría procesal como una respuesta al problema de la falibilidad del juez en el

## 2. Prueba y debido proceso

Efectivamente, la prueba puede tener lecturas y enfoques diversos, pero cuando se relaciona con las reglas del debido proceso, el tiempo que nos interesa es el de la actividad, propiamente dicha. Desde ella tendremos que dar nuestra posición respecto a qué deberes y obligaciones existen para deducir la verdad o aplicar solamente el derecho; es obvio además, que los instrumentos (medios de prueba) tienen que evaluarse para saber si todos se podrán utilizar para resolver los objetivos, o si alguno de ellos puede quedar limitado o directamente prohibido cuando se viola una garantía esencial (v.gr.: el problema de las pruebas ilícitas).

Pero también, el último eslabón de la cadena probatoria, que finaliza en la valoración o apreciación de los medios y del esfuerzo de demostración, no puede quedar solapado, toda vez que depende de la regla o principio que se aplique, para iluminar el campo de probabilidades que lleva a los resultados.

Esto es, que la verdad sea una realidad a probar; o que se use a la verdad como excusa o justificación de un convencimiento particular logrado tras la persuasión de las partes.

En síntesis, cuando se quieren explicar reglas probatorias para todo tipo de procesos habrá que estudiar:

- a) ¿Qué tipo de verdad se quiere en el proceso?
- b) ¿Tiene reglas para la fase probatoria el debido proceso?
- c) ¿Qué actividad concreta la actividad? ¿es reconstructiva, confirmatoria de las versiones, fija los hechos alegados? ¿Qué obligaciones tienen las partes y el Juez de la causa?
- d) La valoración de la prueba ¿tiene reglas y principios que se acomoden a las nuevas consignas del debido proceso?.

## 3. La verdad en el proceso

Dijo Genuzio Bentini: *"La verdad, la legítima, jamás es aquella que se conoce...Me he convencido de que la verdad no entra en la Sala del tribunal ni tampoco en pleito célebre alguno. Ella se ha quedado siempre en las escaleras o en la calle"*.

La introducción que luce en el libro de Luigi Battistelli sobre *"La mentira ante los Tribunales"*, es elocuente y marca la desventura y desilusión de quien lo expresa; si bien es cierto que en la obra se explican las penurias psicológicas y circunstanciales que llevan a mentir como argumento exculpatorio, antes que desarrollar los hechos que las partes proponen en sus escritos postulatorios.

La cuestión de la verdad en el proceso tiene larga tradición en las tribunas de la polémica, que orientada únicamente en los límites del debido proceso, procura resolver si es ésta una finalidad o apenas un medio que intercede en la justificación de las sentencias judiciales.

Cuando se afirma lo primero, y se confronta el lugar y el material de trabajo, comienzan a mostrarse las dificultades para alcanzar el objetivo.

---

conocimiento de los hechos ocurridos, también lo es que la asunción posterior de la verdad jurídica como única finalidad de la determinación judicial de los hechos y, por otro lado, la tesis de la constitutividad de la decisión del juez en la determinación de la verdad judicial, convierte a esa decisión es incontrolable racionalmente (*Prueba y verdad en el derecho*, p. 22, Marcial Pons, Madrid, 2002).

Las alegaciones son la única fuente para conocer los sucesos; no se pueden incorporar otros hechos que no sean los afirmados por las partes; tampoco se pueden llevar a demostración las cuestiones que no son objeto de prueba, como los acontecimientos reconocidos, admitidos, los que gozan de una presunción, o son notorios, etc. etc. Es decir, los hechos objeto de la prueba se relacionan solamente con las afirmaciones efectuadas en los escritos de demanda y contestación.

Por otra parte, si el demandado se allana al proceso, o el actor desiste del mismo, no hay nada que probar, y se dictará sentencia resolviendo el caso sin necesidad de saber qué pasó, ni porqué sucedió que se motivara la puesta en marcha del aparato jurisdiccional.

Además, la prueba tiene límites de espacio y de tiempo. La actividad principal se cumple y desarrolla en el expediente y ante los estrados del Tribunal; y en un plazo breve y acotado por los principios de concentración y celeridad.

Con esta argamasa se tendrá que modelar una verdad, posiblemente relativa o difusa, la que ha llevado a la ciencia tradicional a dividir entre una verdad jurídica o formal y una verdad auténtica o real.

La primera sería la que se obtiene y consigue para el proceso; la restante es la que luce en el mundo de los fenómenos reales ( <sup>68</sup> ).

Con esta explicación se quedan quienes afirman que la verdad en el proceso no es lo importante, porque en definitiva, si la controversia supone una lucha entre pasiones encontradas, la función del Juez será pacificar esos ánimos en diferencia, o bien, resolver el conflicto entre ambos aplicando el derecho sobre las declaraciones de los hechos.

En definitiva, la sentencia es la máxima expresión de la voluntad del Estado a través de sus Jueces, y el convencimiento sobre la justicia del caso trasciende la verdad encontrada ( <sup>69</sup> ).

### **3.1 Verdad real y verdad formal**

A veces, la diferencia trazada entre los tipos de verdades, se reforzó mostrando las realidades del proceso penal, donde era evidente la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, porque el Juez debía estar íntimamente convencido para condenar al procesado; mientras que el proceso civil se conformaba con una verdad más liviana, menos exigente, en la que bastaba persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre que de ellos

---

<sup>68</sup> Dice Taruffo que hay al menos dos tipos de razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático y produce relevantes complicaciones e incertidumbres en el plano de la definición del papel de la prueba en el proceso. El primer tipo de razones hace referencia a la relación que se establece entre la idea de una verdad "judicial" o "procesal" especial, y la idea o las ideas que se tienen fuera del proceso. Esencialmente se trata de saber si hay identidad o analogía entre estas concepciones de la verdad o bien si la verdad en el proceso es realmente particular o especial y, en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquélla es particular o especial. La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por "verdad judicial" y menos aún establecer qué se entiende por "verdad" *tout court*.

<sup>69</sup> Sostiene Carnelutti, firme defensor de ésta teoría, que en cuanto a la posición de la situación de hecho, el Juez en lugar de tener que ajustarse estrictamente a la realidad, ha de acomodarse a las "afirmaciones de las partes". La afirmación de un hecho es la posición de éste como presupuesto de la demanda dirigida al Juez. Cuando el acto cuya realización se pida al Juez presuponga la existencia de determinado hecho, la petición del propio acto implica la afirmación del mismo: afirmación, se entiende, de su existencia material...Se trata en definitiva, de una búsqueda de la verdad en el caso particular, bajo las reglas que el propio proceso le impone (prueba legal).

surgía. Antes que una cuestión de verdades se tratara se solucionaba con verosimilitudes ( <sup>70</sup> ).

En la primera, la verdad sería una realidad a probar; en la otra, la verdad actuaba como simple convencimiento o persuasión. En uno, es un principio, en el otro, apenas un argumento.

La distinción no es útil en la doctrina actual del debido proceso, porque estas ambivalencias trabajan sobre la resignación y no sobre el "derecho a la verdad", que es la proyección más novedosa del derecho constitucional –o fundamental- a la prueba ( <sup>71</sup> ).

Por otra parte, el objetivo de encontrar la verdad difiere cuando se considera con relación al proceso donde se requiere; no tiene igual entidad ni significado buscarla en los procesos inquisitivos, respecto a los sociales o netamente privados. Por eso, la naturaleza del entuerto condiciona el fin probatorio ( <sup>72</sup> ).

Desde otra perspectiva, la *verdad material* se puede reflejar como uno de los objetivos esenciales de cualquier proceso, porque la determinación de los hechos deben ser reales, al ser jurídicamente intolerable que se debata un proceso entre ficciones. Mientras que la *verdad formal* reducida a los hechos probados en la causa, sostiene una justificación de la sentencia que solamente se apoya en la convicción adquirida por la habilidad o la persuasión lograda con los medios y la actividad probatoria.

Para compulsar el valor de este dualismo de la verdad, cabe reflexionar que la ciencia jurídica como tal, es precisamente el conocimiento creado con la investigación. Un proceso recrea el aspecto cognoscitivo de la ciencia, por eso, la verdad no puede resultar un sofisma, y menos aun convalidar que sea un esfuerzo estéril.

El proceso tiene que encontrar la verdad, no "su verdad", simplemente porque la actividad probatoria no consagra supersticiones, ni bendice ideologías. Como todo trabajo intelectual persigue la exactitud, en eso difiere de las artes, en razón que a éstas no les importa la fidelidad con la realidad.

Con tal vara de medición, podemos razonar una primera lectura, acompañados de la guía jurisprudencial de nuestra Corte Suprema de Justicia: *El*

---

<sup>70</sup> Calamandrei fue un acérrimo sostenedor de esta idea según la cual se tiene por verdadero aquello que tiene apariencia de serlo, y que probablemente haya sucedido, mientras la actividad desenvuelta por las partes consigan demostrar tales hipótesis.

<sup>71</sup> La distinción entre verdad formal y verdad material –agrega Taruffo- es inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo. Por otra parte, precisamente la tendencia a reducir la regulación jurídica de la prueba y, en especial, a eliminarla respecto de la valoración que termina directamente con la determinación de los hechos, implica claramente la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal.

<sup>72</sup> Sutil, pero muy precisa, es la distinción que propone Falcón, para quien la prueba debe definir sus objetivos de acuerdo con distintas consideraciones. Hay un *objetivo general* que persigue afianzar la justicia y tener a ésta como un valor absoluto. Aquí la verdad es una meta. Existen, también, *objetivos más abstractos*, que se pueden fraccionar en *realizables*, por ejemplo, sostener que el fin de la prueba es establecer un grado de convicción suficiente para juzgar; *operativos*, o solución específica que esperamos que la sentencia exprese sobre la base de las pruebas producidas. De este encuadre surge, conforme el autor, distintas fases en la búsqueda de la verdad: una puede suceder con la *verosimilitud*, propia de las medidas cautelares; sigue con la *certeza* que normalmente da lugar a la sentencia; y está la fase de la *evidencia* que aparece, claramente, para fundamentar soluciones sin necesidad de usar medios probatorios.

*proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata de cumplir ritos caprichosos, sino desarrollos de procedimientos destinados al esclarecimiento de la verdad que es su norte, "Colalillo, Domingo c. España y Río de la Plata Cía. de Seguros", La Ley, 89-412).*

### **3.2 La prueba como fijación de los hechos**

El volumen de la verdad es demasiado grande para ubicarlo entre los objetivos de un litigio, tradicionalmente centrado a una lucha entre pretensiones, egoísta en sus exposiciones, acotado en sus posibilidades, y demasiado volátil a sostener la realidad sin que cada parte quiera darle un color preferente.

Además, como la verdad no puede ser un "objeto" al ser antes que ello, una "cualidad", los hechos que se afirman, y las negaciones que se proponen, trabajan justamente en esa dimensión de lo versátil.

Cuando se afirma que la verdad no es posible se justifica diciendo que al juez se le proporcionan *juicios verdaderos*, esto es, que concuerden con la realidad.

Ese conocimiento de la realidad es lo que Carnelutti define como "fijación de los hechos" (<sup>73</sup>).

Con esta tendencia se concreta la idea de una sola versión para la verdad. Carnelutti elimina el mito de la verdad formal, para centrarla en los hechos que con la prueba se determinan. No se refiere al tipo de circunstancias que deben probarse, ni a la apreciación que sobre ellas se ha de realizar, porque estas cuestiones dependen del sistema legal imperante. Con esta regla, el objeto de la prueba persigue la seguridad de encontrar en los relatos y afirmaciones una verdad única que permita llegar a la sentencia componiendo la litis con justicia y razón.

Es evidente que la línea doctrinaria apunta a confirmar que el "juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes", y conforme a ello, a la prueba no le interesa demostrar la verdad de los hechos controvertidos sino "determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos".

Localizada esta función en la dinámica de un proceso cualquiera, surge rápidamente una conclusión irritante. La fijación de los hechos supondría tanto como afirmar que la verdad del proceso sería aquella que el Juez establece y que luego constituye con la sentencia (<sup>74</sup>).

De manera que la diferencia entre los sistemas de adquisición probatoria pueden cambiar las reglas para la determinación de los hechos, alterando inmediatamente el curso racional de la verdad que se pretende encontrar. La

---

<sup>73</sup> En el lenguaje común -dice Carnelutti-, *prueba* se usa como *comprobación de la verdad de una proposición*; solo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada [...] En rigor, pues, la *prueba* debe diferenciarse del *procedimiento empleado* para la verificación de la proposición (afirmada) [...] En este sentido, justo es reconocer que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquellos no se comprueban, sino que se conocen...Por eso, hay una obligación primera para el Juez: la *obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley*.

<sup>74</sup> Con agudeza había observado Sentís Melendo que la denominada *prueba legal* puede ser una institución distinta, pero nunca afirmar que sea ella *probatoria* propiamente dicho. Si el juez ha de dar a un elemento del proceso, aunque aparezca como probatorio, un valor fijo, determinado, indiscutible, estaremos ante un fenómeno de construcción de la sentencia, de elaboración de la premisa menor del silogismo, pero no estaremos ante un fenómeno probatorio; podrá ser un *sucedáneo de prueba*, pero jamás una prueba; y si el juez puede contemplar los elementos probatorios sin sujeción a ninguna regla de lógica, entonces tampoco estaremos ante un fenómeno de valoración, sino de prescindencia de ella.

prueba sería el medio para verificar una verdad transformada por la propia inestabilidad de las reglas jurídicas.

En la actualidad, y a pesar de las críticas que Carnelutti recibió, son muchos los autores que basan el objeto de la prueba en la determinación de los hechos. Una de las obras de Montero Aroca afirma que la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes, confiándose a éstas la determinación de los elementos que deben utilizarse dentro de los previstos legalmente. Esa determinación es una carga, pero también es un derecho de las partes. La posición se integra al sostener que, la prueba como actividad procesal, tiende a alcanzar la certeza del juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.

### **3.3 La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial**

Esta teoría no se detiene en saber si la verdad es o no un fin del proceso, porque se preocupa más en resolver la seguridad en el tramo final de la actividad probatoria. Se habla aquí de la importancia de "convencer probando", o de persuadir sobre la verdad de las afirmaciones (*confirmación*, en sentido lato). La finalidad de las partes sería, únicamente, lograr la convicción del Juez (<sup>75</sup>).

La doctrina se puede dividir en dos direcciones: un camino indica que al juez se lo debe persuadir para que se convenza con la prueba arrimada; y otro, se conforma con alcanzar certeza suficiente en el ánimo del juzgador.

De todos modos ambos senderos van unidos, porque se encuentran al tiempo de la valoración. La sentencia que se obtenga determinará los derechos de las partes después de haber logrado suficiente convicción sobre ellos. Certeza sería igual a convicción.

La verdad queda relegada porque en la dinámica del proceso aparece como más trascendente la argumentación desarrollada, donde la versión de los hechos tiene como fin, persuadir al magistrado de las razones que se invocan y defienden. Es una cuestión retórica que, como dice Taruffo, agota completamente el campo del razonamiento jurídico.

En los hechos, la sentencia se convierte en una justificación de la verdad encontrada, aunque ésta no sea cierta; pero como ha logrado inclinar la balanza de la justicia hacia un lado, es suficiente para garantizar la finalidad del proceso, y afianzar la seguridad jurídica (<sup>76</sup>).

---

<sup>75</sup> Jaime Guasp, inspirador –entre otros– de este tendencia, sostiene que la consideración de la prueba como aquel conjunto de operaciones que tratan de obtener la convicción psicológica del juzgador respecto a un dato procesal determinado, no solamente proporciona una primera idea general sobre el concepto de prueba, sino que permite que nos adentremos con paso relativamente firme en el problema de la naturaleza jurídica de esta institución.

Furno, criticando a Carnelutti, había dicho que si el Estado no tiene interés en que se planteen los juicios, y menos aun que la pacificación del conflicto se consiga a través del proceso, porque el interés superior está en que la desavenencia se elimine de modo y conforme al derecho, el Estado (y por el Estado, sus órganos), cuando la controversia se lleve ante la autoridad judicial, no tiene por qué conocer de la situación preprocesal de hecho sino en la parte que sea indispensable y suficiente para los fines de la decisión definitiva de fondo. Entra, pues, en juego un criterio elemental de economía, de aplicación universal: el principio del mínimo medio. Ahora bien, en la economía procesal, el medio está representado por la certidumbre histórica. El Juez necesita solamente la *cantidad suficiente* de certidumbre histórica que le permita descubrir la voluntad legal concreta aplicable al caso litigioso. Este concepto puede expresarse sintéticamente con la fórmula: *verdad suficiente*.

<sup>76</sup> En un contexto metodológico de este tipo –dice Taruffo–, que parte de una exasperada extensión aplicada al proceso, el problema del juicio de hecho en el proceso asume una formulación peculiar. El elemento más importante está representado por las narraciones (*stories*) de los hechos del caso que

Adoptar esta teoría como útil a los fines de resolver la actividad probatoria amoldada a las reglas actuales del debido proceso, es por demás riesgoso.

Es cierto que las versiones deben relatar desde una perspectiva propia los hechos tal como sucedieron. Se puede ocultar lo desfavorable, pero no se puede cambiar la circunstancia para darle un significado apropiado a la pretensión propuesta. Con esta mirada, la versión traduce una parte de la verdad: aquella que conviene exponer.

Pero no se pueden eludir otros inconvenientes: uno es el *lenguaje jurídico*, que determina significados confusos al sentimiento y percepción del hombre común. Hay una dimensión del discurso que pone en la narración adaptaciones lingüísticas propias del mundo jurídico (v.gr.: la exposición de una demanda afirma hechos que pueden ser negados, produciendo una confusión entre la realidad y sus efectos. Si afirmo que conducía atento al tránsito y no obstante se produce una colisión entre automotores; el relato de quien sostenga la atención, podrá diferir respecto del que diga o sostenga la culpa, a pesar de referirse ambos al mismo hecho).

El segundo problema está en que *los medios* para llevar al Juez a que adopte una línea argumental, padece de las propias limitaciones del sistema, de manera que una sentencia puede sostener que no logró la convicción necesaria y rechazar la pretensión por falta de prueba; o aducir que los hechos probados no son esenciales ni trascendentes para persuadirlo sobre la verdad de lo afirmado; o bien, aceptar una versión y darla como probada sobre la base de ficciones procesales como la rebeldía, la convalidación de actos irregulares, la admisión tácita de traslados no contestados, etc. En suma, el realismo del proceso se difumina totalmente y hasta se podría sostener sin equívocos que, con esta línea, se consagra la imposibilidad de lograr del proceso conocimientos verdaderos ( <sup>77</sup> ).

El tercer obstáculo se encuentra en las proyecciones de la *prueba legal*, en el sentido de producir razonamientos impuestos por aplicación de presunciones legales o judiciales que tiene suficiente fuerza prescriptiva para determinar una consecuencia de derecho (v.gr.: no se puede discutir sobre la paternidad del hijo habido en el matrimonio).

No obstante, no todo es desechable, porque la teoría sirve para dejar centrado que el objeto de la prueba son los hechos afirmados por las partes que resultando controvertidos en sus versiones, necesitan encontrar la verdad para aplicar a ella los efectos jurídicos correspondientes.

En este territorio, la relación entre prueba y verdad se confunde con el resultado. Mientras que, en la consideración de las reglas a establecer en la etapa probatoria, la verdad que nos interesa encontrar se posiciona como actividad oportuna de las partes y, ocasionalmente, del Juez.

---

los abogados presentan al Juez. Estas narraciones son las referidas a las formas, es decir, a la claridad, la coherencia, la completud, la concordancia con el sentido común. Esto se explica en la medida en que la finalidad de estas *stories* es la de persuadir al juez: en efecto, tiene razón el abogado que persuade al juez para que adopte su *story* como fundamento de la decisión. Por ello, los aspectos más relevantes del proceso son los referidos a las tácticas persuasivas con las que los defensores intentan atraer hacia sus posiciones la decisión final del juez influenciando o condicionando su adhesión a una u otra *story*.

La razón por la que el problema de la verdad de los hechos resulta irrelevante en un contexto como éste es muy clara y se remonta a la característica peculiar de la retórica como arte de la persuasión.

<sup>77</sup> Ferrer Beltrán dice que puede ocurrir que una proposición sobre un hecho relevante para una causa judicial disponga en el proceso de elementos de juicio suficientes a su favor y que, en cambio, sea falsa. Por supuesto, también puede suceder que la misma proposición sea verdadera. Y, por otro lado, puede ocurrir que una proposición verdadera sobre un hecho relevante para una causa judicial no disponga de elementos de juicio suficientes a su favor o bien que sí disponga de ellos.

Por eso, el método de debate no se discute, pero queda latente hasta donde las partes están compelidas a decir la verdad en sus narrativas, punto que veremos más adelante.

### **3.4 Síntesis de las tendencias**

Si fuera posible recapitular cada tendencia, se podrán encontrar utilidades en ellas como despojos inmediatos. Es evidente que en todas persiste la confusión sobre el destino de la verdad; unos entienden que no tiene sentido buscarla cuando el proceso trabaja sobre versiones que, por la sistemática, se han de confirmar o descartar. Otros, aun afirmando la necesidad de laborar con verdades como un fin tuitivo de la justicia, aceptan que ella tiene explicaciones poco científicas, para culminar en sentencias que se justifican por la certidumbre alcanzada ( <sup>78</sup> ).

Si nosotros pretendemos marcar hipótesis que orienten reglas en la etapa probatoria, solamente podremos referirnos a la actividad de las partes y a la función judicial, porque el problema de los medios se traza únicamente respecto a la disponibilidad (al no poder aplicarse las pruebas ilegítimamente adquiridas; o las viciadas por cuestiones conexas; etc.), y el aspecto de la valoración concilia mejor con el capítulo de la fundamentación de las resoluciones judiciales.

De este modo, determinar si la verdad es un objetivo parece ineludible porque de ello dependen las reglas y principios a bosquejar para el debido proceso. Con distinto enfoque se podrá afirmar que, siendo el proceso en sí mismo un conjunto de reglas que disponen un método para el debate; como juego que es tiene fórmulas que parten de ser conocidas y aceptadas por las partes, de manera que cambiarlas por fines puristas, puede resultar un contrasentido y hasta inconstitucional por naturaleza.

Sin embargo, no es ésta última nuestra opinión.

Vamos a reconocer que el planteo dialéctico se presenta sinuoso al tolerar que los hechos se presenten como versiones adaptadas de la realidad vertida; también podemos admitir que hay principios inocultables que sostienen tradicionalmente la legalidad del sistema (aporte de los hechos por las partes; congruencia del Juez con ellos al tiempo de valorar y pronunciar sentencia; imparcialidad del juzgador; control de la prueba por ambas partes; etc.); del mismo modo, se asiente que la persecución de la verdad absoluta tiene límites mensurados con principios propios de la llamada prueba legal (v.gr.: las presunciones *juris et de jure*; imposibilidad de practicar ciertas pruebas en determinados procesos; etc.); y también se consiente que, a veces, la actividad probatoria tiene plenas dificultades para asumir iguales condiciones generales: por ejemplo, en el proceso penal es el fiscal quien debe investigar y probar porque el procesado tiene un argumento de resistencia suficiente con la presunción de inocencia; mientras que en los procesos sociales (v.gr.: cuestiones de estado, familia, laborales, etc.) podría comulgarse con la idea fuerza de un deber de colaboración de todos los operadores jurídicos en lograr la resolución justa sobre la base de hechos probados que sean auténtico reflejo de lo ocurrido en el conflicto.

---

<sup>78</sup> Debe observarse –dice Taruffo– que la verdad de los hechos puede considerarse como una condición necesaria de justicia bajo cualquier definición jurídica de la justicia de la decisión. Además, no es siquiera incompatible con la teoría según la cual el proceso sirve únicamente para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y se piensa, en cambio, que debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces se presenta de nuevo la necesidad de reconocer que la determinación verdadera de los hechos es necesaria de cualquier solución justa de un conflicto. Desde este punto de vista se puede decir que el principio de verdad de los hechos no identifica una ideología específica del proceso y, en cambio, representa una suerte de dato constante que resurge en todas las ideologías que conciben algún tipo de decisión justa como finalidad del proceso.

En fin, entre tantas situaciones no se descarta también la influencia de la conducta de las partes, que con sus propias actitudes pueden eludir que sea la verdad un fin del proceso. Simplemente con admitir o reconocer un hecho afirmado por la contraria, se evita la prueba, y se aplica un justificativo para la apreciación (darle un precio a ese acto voluntario) que tendrá en la sentencia ( <sup>79</sup> ).

Superadas estas consignas sostenidas por paradigmas afianzados y sin rebatir, pareciera que luce cierta hipocresía en la lucha por conseguir la verdad, pero sin poner esfuerzo en la técnica para alcanzarla. *“Quiero que el Juez haga justicia y determine la verdad de los hechos, siempre y cuando no hostigue con su pretensión las reglas inalterables del discurso y el método”*.

Ahora bien, ¿cómo imponer la verdad si el proceso comienza con retaceos provocados por la disponibilidad de los hechos? ¿porqué sostener que solamente algunos hechos deben probarse, si se pretende saber todo lo ocurrido, para poder dictar sobre ello una sentencia justa? ¿porqué establecer que el esfuerzo probatorio depende solo de quien afirma, cuando el debate necesita de coincidencias?

Para todo ello es necesario encontrar respuestas previas a dos consignas:

- 1) ¿Existe un deber de decir verdad en el proceso?
- 2) Si existe, ¿cuáles son los hechos que se deben probar? Para saber en definitiva, cuál es la actividad que disponen partes y jueces, aplicando para el objetivo, principios y reglas que delimitan un nuevo sentido y encuadre al debido proceso.

#### **4. La verdad en el proceso, en realidad, es la verdad de los hechos**

Verdadero punto nervioso constituye la veracidad en el proceso dado que, si es deber de las partes obrar con la verdad en cada postura o afirmación procesal, solamente ese proceder significaría actuar de buena fe; a *contrario sensu*, todo ocultamiento o toda mendacidad importaría una afrenta al principio de la conducta recta y honesta, y con ello, una violación al principio de moralidad ( <sup>80</sup> ).

El nudo de la cuestión se concentra en este sencillo interrogante: ¿existe el deber de decir verdad en el proceso? A partir de las respuestas que se obtengan, fácilmente se entenderá que éste es un tema que no admite posiciones intermedias porque tampoco hay verdades a medias o mentiras parciales.

Toda la problemática relaciona tantos frentes de ataque como inquietudes le merezcan al estudioso. Precisamente, como la verdad se une a la moral en un parentesco próximo, el deber de veracidad se puede atender como un aspecto de la política procesal, de filosofía jurídica, de derecho y deberes procesales, etc.

Procuraremos alcanzar algunas conclusiones de aplicación estrictamente procesal, adelantando desde ya que, a nuestro entender, el deber de veracidad está atrapado en el principio de moralidad y desplazado como punto de encuentro

---

<sup>79</sup> En el fondo del planteo no deja de ser cierta la advertencia que formula Ferrer Beltrán, cuando dice que la distinción entre “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero”, permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad. Además, se pone el acento en que no se trata de que “existan” distintas verdades, sino más bien de la diferencia entre la verdad de una proposición, que no es dependiente de ningún sujeto que la exprese, y la actitud mental de un sujeto, en este caso, el juez respecto de la verdad de la proposición.

<sup>80</sup> Según Furno, las cuestiones principales de este tema son dos: la primera se refiere a la “verdad”; la segunda al “deber”. Decir la verdad. Bien. Pero ¿qué verdad?. Establecer un deber. Bien. Pero ¿qué deber?. Ambas cuestiones se han presentado en la mente de numerosos escritores, y la rica literatura que sobre el tema se ha formado, rápida y recientemente, ofrece tal cosecha de observaciones que produce múltiples facetas.

para generar consecuencias imputables, toda vez que, desde la publicización del proceso y la desnaturalización del instituto del perjurio, ha perdido interés su consideración para atender ahora, concretamente, a la conducta cumplida en el proceso.

#### **4.1 Historia breve de la verdad en la prueba**

En materia probatoria, la exigencia de decir verdad fue severa y en las fórmulas de juramento, se daban a conocer las consecuencias según la clase de personas y según fuera su religión o estado.

La Ley XIX, título II, Partida 3, decía: *"Los cristianos así juraban: Vos me jurades, por Dios padre, que hizo el cielo e la tierra, e todas las otras cosas que en ellos son, e por Jesú Christo, su fijo, que nació de la Virgen Gloriosa Santa María, e por el Espíritu Santo, que son tres personas e un verdadero Dios, e por todos los Santos Evangelios que cuentan las palabras e los fechos de Nuestro Señor Jesú Christo diga que jura por aquella Cruz..."*

Los judíos debían prestarlo en la sinagoga poniendo la mano sobre la Tora *"...[...] en que fazen la oración y esta forma: Juras tu Fulam judío, por aquel Dios que es todopoderoso sobre todos e que creo el cielo y la tierra e todas las otras cosas. E que dizo no jures por el mio nome en vano. E por aquel Dios que hizo Adam el primero ome, el le puso en el parayso e la mando que non comiese de aquella fruta, que el le vedó, e porque comio della, ben responder Juro e de si, devele decir, que si falta a la verdad –en nondice en aquella razón, lo que jura que vengan sobre él todas las llagas que vinieron sobre los de Egipto e todas las maldiciones de la Ley que son puestas contra los que desprecian los mandamentos de Dios. E todo esto deve responder de una vez, amen, sin refrecta ninguna así como diximos en la ley antes desta"*.

También las Leyes de Partida requerían que en la demanda se introdujera un párrafo que dijera: *"Juro lo necesario..."* por el que se entendía prestado el juramento de calumnia, aquí conocido como juramento de "mancuadra".

José de Vicente y Caravantes agrega que *"llamóse este juramento de calumnia, porque calumnia en las causas civiles no es otra cosa que vejar o molestar a otro con pleitos infundados o fraudulentos, y en los criminales, con la imputación de delitos supuestos, pues la palabra calumnia viene de calvendo o cavilando y significa fraude e inutilidad en los pleitos, como nota Cayo en la Ley si Calvitur, 233, al Princ.. Dig. De V.S. llamóse en España juramento de la mancuadra, esto es, de la mano cuadrada por prestarse sobre cinco artículos; así como la mano que es cuadrada o acabada, dice la Ley 23, tít. II Part. 3, ha en sí cinco dedos"*.

La promesa versaba sobre cinco puntos: 1º) la creencia de encontrarse asistido de derecho; 2º) que cada afirmación sería expresión concreta de verdad; 3º) que no se utilizarían en el proceso falsas prueba ni excepciones maliciosas; 4º) que no se valdría de actitudes de soborno, promesa o garantía hacia el juez para ganar el pleito; 5º) que la demanda no perderá en términos maliciosos en perjuicio de su contrario.

La misma exigencia reposaba en el demandado, pero si éste se negaba a cumplirlo, se le daba por perdido el pleito ( <sup>81</sup> ).

---

<sup>81</sup> Agrega Caravantes, que podía solicitarse en el curso del proceso, respecto de un acto procesal específico, pero si las partes no pedían el juramento no se anulaba por su defecto en el proceso. Y en la práctica rara vez se pedía ni se prestaba con la solemnidad referida, entendiéndose hecho en virtud de la cláusula que se ponía en la demanda: juro lo necesario.

La Ley de Enjuiciamiento española nada dijo respecto de la obligación de decir verdad en el proceso; tampoco se refirió a la prestación de juramento como requisito introductorio a la instancia judicial.

Sin embargo, la práctica llevó a dejar subsistentes las disposiciones de las Leyes de Partidas, interpretación que puede afirmarse en la reformulación que se le da al juramento para ciertos actos jurídicos que debían cumplirse en el proceso.

Del mismo modo, como se mantuvo la costumbre de sostener la fórmula de prestar declaración en la prueba de confesión, el juramento, como medio de prueba tendiente a provocar la verdad real en el proceso, se consideró presente a pesar de la omisión legal (<sup>82</sup>).

A fines del siglo XIX, el Código de Procedimiento Alemán (1877) regla un expreso deber de veracidad, que se incorpora al Código de Procedimientos Civil en octubre de 1933.

Por entonces, el Código Austriaco había llegado a convulsionar el ambiente de morigeración que iba ganando la época. El art. 178 dispone: "*Cada una de las partes debe, en sus propias exposiciones, alegar íntegra y detalladamente todas las circunstancias necesarias para fundar, en el caso concreto, sus pretensiones, con arreglo a la verdad; ofrecer los medios de prueba idóneos de sus alegaciones; pronunciarse con claridad sobre las observaciones y pruebas ofrecidas por el adversario; exponer los resultados de las pruebas recogidas y pronunciarse con claridad sobre las observaciones de su adversario*" (<sup>83</sup>).

La sanción del Código Italiano en 1940 ofreció una novedad revolucionaria. La figura inerte del Juez cobraba vida y fuerza propia para dirigir el proceso e investigar la verdad real procurando que las partes, en el debate de sus respectivas afirmaciones, conservaran el buen comportamiento y se respetaran sobre la base del principio de lealtad y probidad.

La moralidad procesal desplazaba el deber de veracidad o, al menos, no lo exigía como obligación.

Nuestro país, con la ley 14.237 y las dictadas sucesivamente siguieron esta tendencia, que es la que rige actualmente.

---

<sup>82</sup> Couture, entiende que el origen de nuestros antecedentes está en la Real Cédula de Aranjuez, de 1794 que, al instituir el Tribunal de Consulado y dar las bases del procedimiento civil y comercial, consignó que era deber actuar en el proceso "a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada". Agrega más adelante que, "cuando se inicia la codificación americana a mediados del siglo XIX, el legislador se encuentra con todos estos textos. Podría decirse que no existido una sola fuente de la codificación de nuestros países que se hubiera consignado en forma expresa un deber jurídico y moral de decir verdad. Pero se da aquí el fenómeno realmente curioso de que ni uno solo de los textos americanos que nos son familiares, ni tampoco los dos diplomas clásicos españoles de 1855 y de 1881, contienen un precepto que establezca expresamente el deber de decir verdad".

<sup>83</sup> Grossmann sostiene que la influencia de esta disposición se hizo sentir en otros códigos europeos como el húngaro de 1911; los Códigos Cantonales Suizos; el yugoslavo de 1929; la nueva ley procesal polaca de 1930; el Código Procesal Soviético de 1923; etc.

Las instituciones nacionales, en cambio, mantuvieron los principios comentados en la ley de enjuiciamiento Civil española, si bien los Proyectos de Lascano y García tomaban partido sancionando el deber de veracidad como disposición a cumplir.

El proyecto del Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata (1935), decía en el art. 25: "Es deber de las partes, sea que interpongan personalmente o por medio de mandatario o representante legal...2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al Juez de los hechos conforme a la verdad". El Proyecto García, en su art. 14 dispuso: "Es deber de las partes, sea que intervengan personalmente o por medio de mandatario o representante legal...2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al Juez de los hechos conforme a la verdad".

#### 4.2 La obligación de decir verdad sin texto que obligue

Si la sola mención del deber de decir verdad no basta para lograr el objetivo, puede colegirse que se piensa más en la sanción que en lo preventivo, con lo cual la política procesal de moralidad se enfrenta con el corte inquisitivo que se consigue con las penas.

Sin embargo, parece razonable pensar que la deducción es muy estricta, sobre todo si la relacionamos con la consagración del deber de veracidad sin encontrarse expresamente dispuesto.

Veamos por qué.

Casi todos los ordenamientos procesales que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo, se encontraron con que, a partir del advenimiento de una nueva perspectiva en el derecho procesal, que desplazaba el centro de gravitación de las partes hacia el juez se modificaba seriamente la función de éste si se le conservaban los principios represivos.

Si ahora el Juez era director, instructor y efectivo enlace de justicia con la realidad, aquellos desvíos operados en el devenir procedimental sólo podrían desarrollarse actuando temeraria o maliciosamente, es decir, obrando con arteria, dolo, artificio, engaño, etc. En síntesis: *el problema estaba en la mentira y no en el deber de veracidad*.

Sin embargo, los códigos no variaron su cuadro de situación. Advirtieron el problema, pero temieron que, de no subsanarse expresamente la obligación de conducirse con verdad, y de reprimir su ocultación, tácitamente receptarían la mentira en el pleito.

Nada más errado; y ello así lo sintió el codificador italiano de 1940, que sabiamente deslindó los aspectos lógicos de la obligación de sus connotaciones prácticas ( <sup>84</sup> ).

Ha sido evidente que el principio de publicización del proceso consiguió poner frenos a ciertos arrebatos que conspiraban contra el orden ético del proceso. De todas maneras, es riesgoso confundir la ética del proceso con el principio de

---

<sup>84</sup> Al respecto decía Carnelutti: "La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación: puesto que el proceso se sigue en interés público y por esto tiende a un resultado de justicia; por lo que la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir verdad. En cambio, desde el punto de vista de la conveniencia, la cuestión es muy delicada; en efecto, si es verdad que también la parte, lo mismo que el testigo, es un instrumento del proceso, es, sin embargo, un instrumento que opera de un modo enteramente diverso; las ventajas que el proceso obtiene de ellas dependen, sobre todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad; cualquier límite señalado a ésta compromete su rendimiento; además, la acción de la parte se desarrolla por medio de la contradicción, que es una forma de lucha, no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia; en suma, cuanto más se atan las manos a las partes, tanto más, junto con el peligro del engaño o de la mentira, se desvanece también el beneficio de su acción. Esto quiere decir que la solución del problema debe ser una solución de proporción..."

"El derecho positivo italiano adopta una solución de este tipo siguiendo una directriz general que se manifiesta aun fuera de los límites del proceso; tal directriz se funda en la distinción entre engaño y mentira, a la que se adapta ya el derecho contractual. El engaño es mentira agravada por la realización de actos encaminados a determinar su credibilidad y, por lo tanto, a crear las pruebas idóneas para hacer admitir su verdad; lo que los romanos, a propósito del dolo, llamaban la "*machinatio*" y, los franceses, a propósito de la estafa, la "*mise en scène*"

Ideas que reitera en su famoso estudio "*Contra el proceso fraudulento*", donde destacó que "bajo este aspecto, para el buen fin del proceso es necesaria la igualdad de las partes, incluso desde el punto de vista de la fuerza o de la bellaquería; de ahí que a veces a un litigante galeote, en interés mismo de la justicia, mejor que un clérigo, se le contrapone un marinero".

moralidad, pues ambos coinciden en un imperativo de conducta (leal, recta y honesta), pero la primera escapa a la vigilia judicial en tanto se ampara en una exigencia del fuero íntimo: la moral y el derecho se debaten en componentes de volición que sólo se controlan cuando se encuentra el acto externo de provocación a la buena fe.

De modo tal que, cuando la exteriorización de la conducta se advierte en el proceso, el control jurisdiccional pone en acción el principio de moralidad y le exige a las partes comportarse con lealtad y probidad.

En este sentido, la obligación no tiene necesariamente que aludir a que las partes deben decir la verdad, o que no han de mentir; ni han de generar sospechas, etc.; todo ello limita la libertad y, en cierta forma, condiciona la voluntad de obrar.

Asimismo, el principio de moralidad preside el conjunto de actos procesales, y es bien cierto que desde el engaño doloso hasta la simple mendacidad, o desde el artificio al ocultamiento de un hecho conocido, existen varios grados de mentira, y, en el análisis de ella, en la trascendencia que revista o en la magnitud y proporción de su desatino, el Juez podrá sancionar el comportamiento, sin necesidad de contar con una regla precisa y específica que complique los entendimientos de la verdad o de la mentira.

Un buen ejemplo de este funcionamiento se constata en el derecho inglés, donde bajo la denominación abstracta referente al *Contempt of court* previene el deber de veracidad, a través de la interpretación constante de sus instituciones, que ven una falta de respeto hacia el Juzgado.

#### **4.3 Alcance del deber de veracidad**

El material que nutre el proceso se compone de hechos y de derecho sobre los que las partes afirman sus respectivas postulaciones ( <sup>85</sup> ).

La extensión a todos los hechos importa aceptar que deban relatarse hasta los más mínimos o inverosímiles, pues, en definitiva, le corresponderá al juez decidir la importancia o trascendencia que tiene el suceso para decidir la causa.

En cuanto al derecho, la cuestión es más delicada, y ello se advierte en las diferencias que establecen las distintas legislaciones a la hora de atenderlo.

Por ejemplo, en los Códigos Alemán y Austriaco, la veracidad se requiere sólo con respecto a los hechos; mientras que los Ordenamientos Sueco, Ruso y Dinamarqués hacen extensiva a los argumentos jurídicos ( <sup>86</sup> ).

---

<sup>85</sup> Con relación a los primeros -dice Peyrano-, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, éstas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente. Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad -agrega- "se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno", estableciendo solo una restricción: "La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio".

<sup>86</sup> Grossmann interpreta que, no obstante la limitación a la veracidad de los hechos en ciertas normas nacionales, el deber de veracidad comprende toda la declaración procesal, sea que concierna a los hechos, a los argumentos jurídicos o a la rendición de la prueba.

Peyrano, entre los autores argentinos, coincide con estas apreciaciones, reservando en la alegación del derecho la preeminencia del principio *iura novit curia*.

*En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certeza. Mientras que para la presentación de los hechos priva el criterio de la verdad.*

La argumentación equívoca tiene su contracara en la apariencia, la simulación, el fraude o el dolo, y confirma un abuso procesal que se desenvuelve con singularidades propias.

La exposición fáctica, concisa y reticente, puede generar en ambigüedad o en una presentación defectuosa por oscuridad, sin perjuicio de otros vicios formales.

Directamente, la demanda falaz determina estafa procesal, y en ello, insistimos, más que conseguir la verdad –que a veces se constituye en un estado ideal- al código procesal le interesa prevenir la mentira y el engaño.

Con el derecho, la condición difiere según las invocadas sean normas procesales o materiales. Es decir, que se amparen en la pretensión procesal o en la situación material.

En la primera, el interesado puede invocar el camino de fundamentación, aunque sea provocado o voluntario el error, pues al Juez le corresponde decidir el trámite a desarrollar y las pruebas a producir.

En cambio, en la afirmación del derecho material no pueden invocarse argumentos que induzcan a error o sean desleales o pretendan una finalidad distinta a la que verdaderamente obtendrían presentando el caso jurídico en los términos de su real configuración.

#### **4.4 Sujetos obligados a decir verdad**

En una dimensión diversa a la anterior, que se atiende desde un vértice objetivo, cabe responder en el plano del subjetivismo, ¿a quién se le exige acatar el deber de veracidad?.

Casi de inmediato se respondería que: todo los sujetos del proceso, sean partes, terceros o representantes, están obligados a pronunciarse con veracidad.

Sin embargo, la respuesta sería ideal o, al menos, quedaría en una expresión de deseos.

Apreciando el problema con una visión puramente conceptual y teórica, no nos quedan dudas que el mentado “deber” *debe ser* plenamente satisfecho por todos quienes concurren al proceso.

Pero las calidades procesales no son las mismas; varían en los sujetos del proceso los deberes, obligaciones y cargas y, en estas correspondencias, el principio debe conjugarse.

Con los auxiliares de la justicia y con los que participan llamados a cumplir una carga de asistencia (testigos, peritos, intérpretes, etc.), el problema se resuelve sin hesitación alguna: su deber es de fidelidad al conocimiento obtenido, de modo que han de declarar con la plena verdad, esto es, sin ocultamientos ni reservas (<sup>87</sup>).

---

<sup>87</sup> Si varios declarantes afirman un mismo suceso que pasó por sus sentidos, ello permite atribuirles veracidad, máxime cuando aducen el acontecimiento esencial como directamente conocido. De ahí que la aceptación del dicho de un testigo tiene que ser menos rigurosa que su examen para desecharlo. Esto ocurre porque, en definitiva, el juez está apoyado en la construcción jurídica de que los testigos no pueden mentir, tanto por existir una punición legal por falso testimonio (art. 275, Cód. Penal y 449, Cód. Procesal), la que les fue impuesta al declarar y al jurar decir la verdad (art. 440, Cód. Procesal), cuanto porque el método de interrogación judicial libre y de oficio por el juez (art. 442, Cód. cit.), pone de resalto el sistema posible para indagar la mendacidad en que pudiere incurrir el testigo, o su falta de comprensión de los hechos (CNCiv., Sala C, abril 16/991, DJ, 1992-1-

A ellos les corresponde aplicar sin reparo alguno el ejemplo del juramento, para que "diga la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad". Pueden existir ciertas excepciones cuando existen justas causas de reserva como, si la declaración lo implica personalmente, corriese el riesgo de someterlo a proceso judicial, suponga una declaración contra sí mismo, o esté amparado por el secreto profesional.

Este tipo de colaboradores de la justicia tiene una *obligación* de asistencia y un *deber* de decir verdad.

Inversamente, las partes debaten en el proceso contradictorio bajo ciertas reglas (*fair play*) que les permiten reservas y ocultamientos.

A ellos no les exige decir verdad, sino una pauta de comportamiento basado en el principio de moralidad.

No empece a ello ciertas pruebas del proceso civil que recuerdan institutos de consabida inutilidad. En este sentido la prueba de confesión pervive con una fórmula de juramento de decir verdad que tiene poco de cierto y mucho de ficción, operando verdaderamente como disuasorio de la mentira, en la sanción que produce la inasistencia o la no declaración ( <sup>88</sup> ).

Las partes, en estos casos, respaldan sus convicciones en el proceso y sus obligaciones con la veracidad en compromisos con un *deber* de colaboración, una *carga* procesal o una *obligación* de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido ( v.gr.: si al contestar la demanda se responde dolosamente -con la intención de perjudicar los intereses del peticionante-, existirá responsabilidad objetiva -civil- por el daño ocasionado).

En lo expuesto, debe mencionarse que los principios de lealtad, probidad y buena fe coronan las actitudes que postergan en lo inmediato el deber de veracidad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes.

En general la situación se presentan como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados.

Por una parte -dice Grossmann-, se ha sostenido que el deber de veracidad del abogado sería reducido en comparación con el de la parte, dado que su mandato lo obligaría a defender incondicionalmente los intereses de su representado. En el procedimiento existe solamente un derecho a la justa resolución no a la favorable decisión.

Conforme a eso, la tarea del representante profesional se debe limitar necesariamente al apoyo de la parte en la obtención de una sentencia justificada.

---

64).

Del juego de los arts. 163 y 280 del Cód. de Proced. en Materia Penal no puede deducirse un permiso al cónyuge para mentir en una declaración testimonial, sino que teniendo incólume el bien jurídico de la buena administración de justicia, se trata de que sus dichos veraces o su silencio no puedan en ningún caso ser valorados por el juez en contra del esposo. (Del voto en disidencia del doctor Cattani) (CNFed. Crim.Correc., Sala II, agosto 30/1989, in re: *Dunayevich de Martínez*, Ana M, DJ, 1990-2-567).

<sup>88</sup> Couture lo explicaba como un estado de libertad donde se puede elegir entre la verdad y la mentira; la ley supone que cuando un litigante declara en juicio algo contrario a su interés, es porque el crepúsculo de la verdad ha sido más fuerte que las tentaciones del interés. En la prueba de confesión mediante silencio del absolvente o mediante evasivas al contestar el pliego de posiciones, el litigante se halla en el mismo estado de libertad para desembarazarse de la carga procesal encarando las declaraciones y diciendo la verdad. Si huye de la respuesta, lo menos que hay que suponer, lógicamente y psicológicamente hablando, es que la verdad habría sido adversa al interés.

Es cierto que no debe actuar en contra de los intereses de la parte. Pero cuando el fomento de la causa no fuere compatible con el deber de veracidad deberá rechazar el mandato, y cuando conociere esta situación posteriormente, renunciar al mandato ya aceptado. Del mismo modo tendrá que proceder cuando surgiere un serio conflicto entre su deber de discreción profesional y el deber de veracidad. Por otra parte sería erróneo opinar que el deber de veracidad del abogado sería más extenso que el del litigante interesado. A los dos les está impuesta la obligación de manifestarse en absoluta armonía con la verdad, así no hay caso para una ampliación del deber profesional. Por supuesto, este último está consagrado por las sanciones disciplinarias de los reglamentos profesionales, establecidos en la casi totalidad de leyes nacionales para infracciones al deber profesional. Pero la existencia de sanciones especiales, a veces en casos donde la contravención de la parte no trae aparejadas consecuencias nocivas, no se infiere de una ampliación del deber sino del hecho que las infracciones de letrados requieren un castigo austero en virtud del mantenimiento del honor y de la disciplina profesional. Llegamos por tanto a la conclusión que en su esencia el deber de veracidad de las partes, sus letrados y otros representantes es absolutamente idéntico.

A nuestro criterio, el abogado debe servir en primer lugar a sus principios éticos y a los que conforman una serie de postulados elementales de la conducta profesional.

Cuando el cliente lo someta a consideraciones que lo enfrenten con aquellos ideales, podrá limitar o abandonar el patrocinio sin que ello signifique alterara el legítimo ejercicio de una defensa, pues en la medida del interés general encontrará la razón de sus decisiones (<sup>89</sup>).

## Bibliografía

- Carnelutti, Francesco,
  - *La prueba civil*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979.
  - *Sistema de derecho procesal civil*, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, editorial Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.
- Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, editorial Ejea, Buenos Aires, 1972.
- Couture, Eduardo J.,
  - *Estudios de derecho procesal*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979 (tomo III).
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, editorial ABC (5ª), dos volúmenes, Bogotá, 1995.
- De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico, crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil española*, tomo II, editorial Gaspar y Roig, Madrid, 1856.

---

<sup>89</sup> Es profunda la reflexión que medita Lega en este aspecto cuando afirma que la ética profesional es fruto de una obra diuturna de autocontrol y autolimitación que proviene de los mejores profesionales del grupo y que es asumida por la generalidad de los miembros del mismo como una norma moral.

- Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de la prueba*, editorial Astrea, dos volúmenes, Buenos Aires, 2003.
- Furno, Carlo, *Teoría de la prueba legal*, traducción de Sergio González Collado, editorial Obregón y Heredia, México, 1983.
- Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002.
- Kielmanovich, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
- Gozáini, Oswaldo Alfredo,
  - *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.
  - *Derecho Procesal Constitucional – Corpus Data. Protección de Datos Personales*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
  - *Derecho Procesal Transnacional. Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992.
  - *La conducta en el proceso*, editorial Platense, La Plata, 1988.
  - *La prueba de confesión por el Estado*, en Rev. La Ley, 1984-D, 626
  - *Temeridad y malicia en el proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- Grossmann, Kaethe, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles*, Jurisprudencia Argentina, 71 sección doctrina.
- Guasp, Jaime, *Estudios jurídicos*, edición al cuidado de Pedro Aragonés, editorial Cívitas, Madrid, 1996.
- Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, editorial Cívitas, Madrid, 1996.
- Peyrano, Jorge Walter, *El proceso civil*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.
- Pico I Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, editorial Bosch, Barcelona, 1996
- Rodríguez, Gustavo Humberto – Rodríguez, María Carolina, *Derecho probatorio*, editorial Ciencia y Derecho (7ª), Bogotá, 1997.
- Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, editorial Ejea, Buenos Aires, 1990.
- Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, editorial Trotta, Madrid, 2002.

## SEGUNDA CLASE

### LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA <sup>90</sup>

#### 582. El destinatario de la prueba

La entidad e importancia de este punto se refleja en la disponibilidad que las partes cuentan para ejercitar su capacidad de verificar, demostrar, persuadir, confirmar, acreditar, etc. con los medios de prueba que la ley asigna, o bien, por el ingenio que pongan en la formación de otros que, sin estar reglamentados, tenga la misma fuerza convictiva que alcanzan las herramientas tradicionales.

Lógicamente, en un proceso cualquiera es de esperar el acatamiento riguroso al principio que recepta el *derecho a la prueba*, que supone la libertad de expresión y disposición para verificar y demostrar los presupuestos de hecho que fundan sus pretensiones. Sin embargo, el procedimiento probatorio recibe de la técnica dispuesta por el derecho comparado, una variedad de mecanismos que se desenvuelve a veces con entera libertad y en otras, regida por instrumentaciones preconcebidas de las cuales se deriva el valor que el medio obtiene para intimar con el convencimiento del juzgador.

La aportación del material de análisis, más allá de observar quien lo lleva al proceso (si partes interesadas solamente, o también con el auxilio del juez), es considerado para advertir cuáles son esos medios y cuál es el valor probatorio que cada uno tiene. Esto último porqué es probable otorgar una distinta entidad al medio o fuente adquirido.

Se denomina procedimiento de prueba al esquema diseñado para aportar los hechos y probarlos con los medios que la ley dispone. Medios de prueba son los instrumentos que las partes cuentan para formar la convicción judicial, quien en definitiva, es el destinatario de la prueba.

“El medio suministra los hechos fuentes de la prueba y por tanto el hecho por probar no se deduce de aquél sino de éstos; por ejemplo: si se trata de probar un contrato y se aducen medios de prueba como testimonios, confesión y documentos, aquél no se deduce propiamente de estos medios, sino de los hechos narrados en ellos. En el lenguaje jurídico de legisladores, jueces y autores es frecuente denominar *pruebas* tanto a los medios como a las fuentes; así cuando se dice que un hecho es prueba de otro, se está contemplando la fuente, y cuando se expresa que la confesión o la escritura pública o unos testimonios son prueba de cierto hecho, se hace referencia a los medios (<sup>91</sup>).

Esta circunstancia impide lograr un acertado criterio, porque la fuente preexiste al proceso, pero de nada serviría si no fuera incorporada al litigio mediante el servicio del medio.

Tal problema lo muestra en otra faceta Ramos Méndez cuando dice [...]: “Doctrinalmente el propio concepto de medio de prueba resulta sumamente discutido, pues entre los enumerados se encuentran actividades que carecen de carácter instrumental. Nadie duda, por ejemplo, del carácter instrumental de los

<sup>90</sup> Tomado del Tomo IV del “Tratado de Derecho Procesal Civil”, de Oswaldo A. Gozáini, editorial La Ley, Buenos Aires, 2009.

<sup>91</sup>. Devis Echandía, *Compendio de la prueba judicial*, tomo I, cit., p. 274.

documentos, testigos, confesión. Pero las dificultades comienzan cuando se habla de la prueba de reconocimiento judicial, gráficamente señalada como prueba directa frente a las demás en la que no existe ningún elemento mediatizador entre el juez y el hecho. Mientras que en la prueba de testigos, por ejemplo, el juez percibe en realidad la declaración del testigo, en el reconocimiento judicial el juzgador percibe directamente el hecho, sin que se interponga ningún instrumento auxiliar”<sup>92</sup>).

Para evitar confusiones se pretende lograr esclarecimientos a partir de una clasificación del grado probable de convencimiento que la prueba alcance. Igual conclusión se pretende al ordenar los medios de prueba de acuerdo con su estructura.

### **583. Clases y grados de la prueba**

Las clasificaciones intentadas abastecen modalidades diversas que pretenden mostrar el registro de elocuencia y convicción que suministran con su llegada al ánimo del sentenciante. La proposición docente enseña que la prueba puede ser atendida desde su *finalidad* o *contenido*, por el *objeto* y por el *destino* que llevan.

Se llama *prueba directa e indirecta*, de acuerdo como se recibe cada medio y se establece el modo de percepción. Por ejemplo, si el hecho se percibe en forma directa e inmediata (v.gr.: reconocimiento judicial), o bien si lo es de manera indirecta y mediata (v.gr.: testigos, indicios). También es directa cuando la prueba tiene por objeto producir afirmaciones susceptibles de ser comparadas directamente con las vertidas en los escritos de alegaciones, es decir, sirve para comprobar frontalmente dichas afirmaciones. En cambio es indirecta pero de utilidad, cuando de ella se pueden extraer nuevas afirmaciones, que permiten fijar por deducción los hechos controvertidos.

La prueba indirecta puede ser *histórica* o *crítica*, según requiera de una simple comprobación con los antecedentes fácticos que le reportan una condición determinada, o bien, sean el complemento de una serie de conjeturas basadas en figuraciones que, enlazadas sucesivamente por la actividad desenvuelta, cubren la necesidad de prueba por acumulación de verificaciones.

Se denominan *prueba plena, semiplena, o principio de prueba*, cuando se divide conforme al resultado de la prueba, es decir, la medición en términos absolutos del grado de convicción alcanzado para sentenciar. Cuando no existen dudas sobre la verdad ocurrida se habla de plena prueba, para ir disminuyendo su importancia hacia la semiplena prueba (mera justificación) que tiene su correlato en la falta de prueba, o en el principio de prueba según el estado que produzca esa situación intermedia.

También hay *pruebas constituidas* en el proceso o anteriores (*preconstituidas*). Según la manera como resulta el ofrecimiento, la prueba puede ser previamente formada, por ser anterior al proceso y haberse logrado en ocasión del hecho mismo en debate (v.gr.: prueba documental); o bien, ser causa del litigio, en cuyo caso su origen y constitución es producto del interés de las partes y de la orden judicial de proveimiento (v.gr.: prueba pericial). Se denominan también *pruebas circunstanciales*.

Hay *pruebas principales, contrarias y contraprueba*. Se llaman principales a las demostraciones que tienen incidencia directa con la pretensión y que resultan conducentes para verificar los hechos afirmados; contraprueba será la actividad probatoria del oponente encaminada a desvirtuar la solidez de la anterior. En

---

<sup>92</sup>. Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 537.

cambio, prueba en contrario se comprende al ejercicio que procura demostrar la inoperancia de una presunción legal o judicial.

De estas clasificaciones surgen dos importantes consecuencias. Según la finalidad de la prueba, se denominan argumentos de ella, "las especiales razones que determinan al juez a convencerse o no de la verdad de los datos proporcionados por los medios de prueba, y por lo tanto, de la existencia o inexistencia de los hechos que configuran el objeto probatorio. Es por ejemplo *argumento de prueba*, en el primer sentido, lo declarado por testigo idóneo o lo dictaminado en un peritaje uniforme y científicamente fundado" (93).

De acuerdo con la convicción adquirida se habla en la sentencia de resultado de la prueba, lo que obliga a remitir a la consideración de los grados de la prueba y a formular una nueva distinción a partir del sistema legal que priorice la atención sobre la prueba.

#### **584. Valoración de la prueba**

Por apreciación (darle un precio) o valoración (determinar cuánto vale) de la prueba, se entiende el proceso por el cual el juez califica el mérito de cada medida probatoria explicando en la sentencia el grado de convencimiento que ellas le han reportado para resolver la causa.

No tiene obligación de señalar expresamente qué prueba le ha significado más que otra; simplemente, se trata de un orden de selección y calificación donde obran interactuando distintas contingencias que hacen a la posibilidad de análisis.

Chiovenda alertó en un memorable estudio, que un juez cualquiera puede encontrarse desorientado al tener que ponderar el valor de una prueba, frente a los atributos que otras normas -sustanciales o procesales- le señalan como para tenerla en cuenta. La eficacia de la prueba depende de la naturaleza jurídica de la norma (94), de manera que si las leyes civiles marcan que ciertas reglas de derecho para ser válidas deben tener una determinada forma (*ad solemnitatem*), o para ser apreciadas requieren de otra condición (*ad probationem*), el sentenciante estaría privado de actuar por la inoficiosidad que la norma de fondo le indica.

Pero [...] "es claro que cuando el legislador instituye una norma para regular la eficacia de los actos jurídicos a modo de solemnidad, esa norma no se apoya solamente en consideraciones de carácter procesal, sino que rige la vigencia misma del acto y se considera como formando parte de su esencia, por razones de política jurídica" (95). De esta manera, cuando se instituye determinado medio de prueba (la identificación dactiloscópica; el análisis de los grupos sanguíneos) o excluye otros (el juramento en los contratos; la confesión en el divorcio; etc.), el legislador se guía con razones rigurosamente procesales, inherentes a la demostración misma de las proposiciones formuladas en el juicio (96).

Estas consideraciones demuestran el porqué las normas de valoración y eficacia probatoria son de carácter procesal, otorgando a las sustanciales el atributo de orientar las formas y solemnidades que deben contar para la validez en el concierto jurídico.

La cuestión más trascendente que se proyecta de los principios proviene del dilema que se le presenta al juez cuando tiene que resolver y confrontar los hechos con la prueba. Si ésta tiene un espacio de análisis preasignado, la libertad se pierde

---

93. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, cit., p. 334.

94. Chiovenda, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, tomo II, cit., p. 292.

95. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, cit., p. 260.

96. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, cit., p. 260.

(prueba legal), a diferencia de la posibilidad de tomar aquello que más le sugiera descartando otras de menor convicción.

En definitiva, en la apreciación de la prueba es donde se advierte la evolución ideológica que tuvo en Bentham (1823) un juicioso observador. Pero seguramente fue Gorphe quien más se preocupó por señalar el impacto de la valoración en los juicios penales y, en general, en el campo de los procesos.

"Dentro de una concepción racional de la justicia, y particularmente de las pruebas, la convicción que lleva a una decisión debe ser la conclusión lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de prueba. Pasa así del estado de simple creencia subjetiva al de un verdadero conocimiento subjetivo, comunicable y controlable. Este es el modo por el cual la verdad judicial, que se desprende de la jurisprudencia, puede aspirar positivamente a poseer un carácter impersonal que se imponga a todos, no solamente en las cuestiones de derecho, sino también en las de hecho, en la medida en que las circunstancias de los casos sean semejantes. Sería indudablemente vano y presuntuoso querer someter a una disciplina científica el arte esencialmente práctico y lleno de matices de hacer justicia, y especialmente el importante sector de este arte relativo a la apreciación de las pruebas de hecho. Pero el progreso en esta materia debe tender a reducir al máximo el remanente de empirismo incierto y de subjetivismo arbitrario, brindando a la técnica directivas racionales inspiradas en los métodos científicos modernos. Existe en este punto una nueva tendencia que comienza a manifestarse por algunas tentativas interesantes: resta ponerlas a punto y sistematizarlas" <sup>(97)</sup>.

### **585. Sistemas de apreciación de la prueba**

En la sentencia el juez puede tener libertad de selección y valoración de cada medio, en cuyo caso el sistema adscribe al denominado de la *libre apreciación* -o de la *prueba racional*-; o estar sujeto a reglas predeterminadas que le objetivan parámetros de atención, hablándose entonces del sistema de la *prueba legal, tarifada o tasada* .

Desde otra mira, ambos mecanismos se enfrentan con dos realidades distintas; mientras en la libertad de valoración el juez ejercita plenamente la función jurisdiccional obrando con lógica prudencia en la convicción que cada elemento le reporta; en la restante no habría actividad alguna más allá de la formal tarea de encuadre; en los hechos existiría prescindencia absoluta de apreciación o valoración, porque los estándares estarían fijados objetivamente.

Modernamente la doctrina refiere a un tercer sistema, calificado como mixto, o *reglas de la sana crítica*, que aparece consagrado en el ordenamiento procesal argentino en el artículo 386 cuando refiere a que "...los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica...".

#### **585.1 Sistema de la prueba legal**

El sistema de la prueba legal tiene amplia recepción en un tiempo histórico que pretendió fijar el valor probatorio mediante enunciados de validez anticipada. De acuerdo con ello, el juez al tiempo de emitir pronunciamiento, debe analizar el mérito de los elementos incorporados al proceso asignándoles la eficacia que viene ya establecida. Si ella fuera inexistente, no habría posibilidad de sentenciar por lo ponderado, y tendría que descalificar la pretensión rechazando la demanda.

---

<sup>97</sup>. Gorphe, Francois, *La apreciación judicial de las pruebas*, traducción de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1967, ps. 20/21.

Adviértase que en este mecanismo no existe valoración alguna, porque ella es antedicha. Tampoco se obtiene convicción, porque el juez sólo confronta hechos con pruebas legales, y si el ajuste existe, descarta la utilidad como medio por el valor previamente asignado.

El origen del sistema reconoce la causa de su legitimación. En tiempos de barbarie, los pueblos germanos utilizaron este mecanismo sobre la base de creer que nadie mejor, para resolver sobre el grado de certeza de una prueba, que aquél que estaba fuera del hecho, libre de toda pasión e interés propio. Además, como podían ilustrarse con el consejo de los varones más eminentes, se podía estudiar con detenimiento los elementos que ofrecieran mayor grado de probabilidad o de certidumbre en el entendimiento humano <sup>(98)</sup>.

Este sistema recibió también el nombre de *prueba formal*, dado que al privar al juez de estar convencido por sus fueros e inteligencia sobre los hechos, la experiencia aplicada era meramente superficial y mecánica. Pero esta calificación no parece apropiada, por resultar más acorde con las formas o solemnidades que debe reunir el medio, más que por la verdad que alcanza.

No obstante, es interesante la evolución que indica Caravantes, respecto a que existió primero una verdad formal y luego una material, pero siempre dentro del sistema de la prueba legal. Explica el autor que [...] "si bien la civilización ha reconocido la conveniencia de que dicte el legislador sobre esta materia reglas prudentes que preserven al juez de la arbitrariedad, se la ha visto desechar al mismo tiempo aquellos medios y sistemas de prueba impropios de todo pueblo culto que esclavizando la inteligencia del juez, vienen a convertirle en un autómatas.

"Por eso ha dominado en los pueblos rudos y en épocas remotas poco civilizadas el sistema de la verdad formal, esto es, el sistema que sin tener en cuenta la convicción íntima del juez, ni los motivos suministrados por la razón y la experiencia para decidir, obliga a éste a tener por cierta una demostración que sólo se apoya en motivos de pura forma; y por el contrario, en los países ilustrados y en las épocas modernas, ha erigido su imperio el sistema de la verdad material, o en que el juez funda su convicción en los medios más seguros para llegar a la verdad, de suerte que las reglas sentadas por el legislador tienen origen en el principio que se ha propuesto, de sancionar los medios de certidumbre más conformes a su objeto, la verdad absoluta" <sup>(99)</sup>.

La legislación española cuenta con un nutrido número de disposiciones tarifadas. Tanto en la legislación foral, como en la Recopilación y Leyes de Partidas se observan presentes, e inclusive, transmitidas a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Por ejemplo, en materia de testigos, se establece que el testimonio de sólo uno no justifica la condena (*testis unus, testis nullus*), la falsedad de un instrumento privado debe probarse con dos testigos, o el pago de una deuda por no menos de cinco.

Emplazados en esta característica, se comprueba que subsisten en nuestra legislación, otras disposiciones con estas singularidades: el documento público hace plena fe hasta que sea redarguido como falso; la confesión expresa hace plena prueba; la misma ley de accidentes de trabajo; las constancias en los libros de comercio cuando el proceso se traba entre comerciantes; y otras situaciones que, siendo pruebas racionalizadas bajo la sana crítica se vuelven obligatorias por su extraordinario valor probatorio.

---

<sup>98</sup>. Vicente y Caravantes, *Tratado histórico crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, cit., p. 391.

<sup>99</sup>. Vicente y Caravantes, *Tratado histórico crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, cit., p. 135.

### **585.2 Sistema de la prueba de libre apreciación**

Por este sistema, el juez califica el valor de cada prueba producida en el proceso, sin reglas que le determinen un camino a seguir. La eficacia la consigue de su pleno raciocinio, sin tener el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fuesen esenciales y decisivas para el fallo de la causa (art. 386 párrafo final, Código Procesal).

Como ocurre en otras instituciones, el modelo en análisis difiere de la prueba legal, en la confianza o desconfianza que de los jueces se tenga. En éste, se deposita en la jurisdicción la fe suficiente para que, voluntad mediante, otorgue a cada prueba el valor persuasivo que a conciencia merezcan. A veces se habla, de la *íntima convicción* que por este sistema se logra; también se dice que es un mecanismo de *prueba razonada* o *apreciada en conciencia*. Algunos otros, la relacionan con un morigerador de la libertad para intelegir, proveniente de las reglas de la *sana crítica*, es decir de aquellas guías del correcto entendimiento humano, en la que interviene el conocimiento privado del juez, las máximas de experiencia y la capacidad de percepción personal que lo llevan al estudio de los medios con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. Sería la unión de la lógica con la experiencia, sin olvidar las abstracciones que los filósofos llaman de higiene mental tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Por lo general se entiende que existen tres sistemas de apreciación o valoración de la prueba, a saber: *prueba legal*, *sana crítica* y *libres convicciones*; o *prueba legal*, *libre* y *razonada*.

Devis Echandía refiere sólo dos sistemas: el de la apreciación libre por el juez y el de la tarifa legal, permitiendo sugerir modalidades en el primer mecanismo, de acuerdo con la práctica como se produce o por las reglas de intelección a las que se subordina <sup>(100)</sup>. "Dentro del sistema de tarifa legal, la altísima función y la sagrada misión del juez quedan a merced de los errores o las habilidades, lícitas e ilícitas de los abogados litigantes. Sólo con facultades inquisitivas y libertad de apreciar la prueba, puede ser el juez dueño de su función y verdadero responsable de sus resultados, ya que así no tendrá que limitarse a reconocer al vencedor, tenga o no realmente la razón, haya o no justicia en su sentencia. En un sistema rigurosamente dispositivo y con tarifa legal, no es verdad que el juez administre justicia de acuerdo con la ley, sino que reconoce la que las partes obtienen por su propio esfuerzo.

"El sistema de la libre apreciación exige jueces mejor preparados pero la obligación de motivar la sentencia y explicar los motivos que llevan a la formación del convencimiento sobre la base de ciertas pruebas, unida a la exigencia de estudios universitarios de derecho para el desempeño del cargo y a la revisión por tribunales superiores, son garantías suficientes para una correcta justicia" <sup>(101)</sup>.

En nuestro país, Palacio comparte la conclusión, señalando que la diferencia está en la flexibilidad o elasticidad que tenga el juez para regular la eficacia que asigne al medio ponderado, mientras que en la apreciación libre no tiene condicionamientos, en el sistema de la prueba tasada se guía por normas rígidas que lo subordinan <sup>(102)</sup>.

### **585.3 Reglas de la sana crítica**

---

<sup>100</sup>. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I, cit., ps. 95 y 288.

<sup>101</sup>. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I, cit., p. 289.

<sup>102</sup>. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, cit., p. 413.

El amplio margen de libertad que tienen los jueces en el sistema anterior, con las reglas de la sana crítica encuentran limitaciones basadas en cualificaciones especiales que se asigna a los juicios de valor en procura de buscar una verdad apoyada en proposiciones lógicas y concretas tomadas de la confrontación con los sucesos normales que en la vida ocurren. Son normas de criterio fundadas en la lógica y en la experiencia).

La sana crítica tiene origen en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855; el art. 317 reglaba: " *Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos*". El contenido del precepto parece tomado del sistema de interpretación basado en la crítica racional (o de la sana filosofía), aun cuando la jurisprudencia posterior varía el enfoque para expresar en la sana crítica juicios de lógica pura, o reglas de la simple observación y experiencia, o de la lógica aplicada al proceso, o del buen sentido de intelección, o coincidencia con el modo correcto del entendimiento humano, otras veces se confía como lectura de la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces, etc. <sup>(103)</sup>.

Couture destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción pues este último es [...] "aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos" <sup>(104)</sup>.

El mecanismo se articula con el conocimiento privado y las máximas de experiencia que el juez adquiere; desde esta perspectiva, la sana crítica es un "poder discrecional" muy grande al no obligar al magistrado a indicar la exclusión de pruebas, sino a motivar aquellas que pondere por su fuerza de persuasión.

Vuelve Couture a advertir que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Existen algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Así, nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata. Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa solo es igual a sí misma. Las monedas de oro solo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata. De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. Pero -agrega- es evidente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia. La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea. Por ejemplo, un fallo razona de la siguiente manera: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad. El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si el testigo realmente ha dicho la verdad. Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados ya que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto. Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo <sup>(105)</sup>.

---

<sup>103</sup>. Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 266.

<sup>104</sup>. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, cit., p. 79.

<sup>105</sup>. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, cit., p. 379.

La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar.

Cabe acotar que las reglas de la sana crítica amplían el campo de observación probatoria pues no queda reducido a los hechos alegados y afirmados (*quod non est in actis non est in mundo*) al ser posible justificar las razones con otros emergentes que lleguen de la notoriedad, la experiencia o la razón.

También se ha dicho que [...] "el concepto mismo de sana crítica se ha ido decantando sustancialmente a través del tiempo, no habiendo hoy en día prácticamente discusión en cuanto a que son dos fundamentalmente los elementos que la componen: *i*) la lógica con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes) y *ii*) las máximas de experiencia o "reglas de la vida", a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre, ya tratadas. A ello agregaríamos *iii*) los conocimientos científicamente afianzados (según exigen los preceptos legales nacionales citados), y *iv*) la obligación de fundamentar la sentencia, rasgo que distingue a este sistema de la libre ó íntima convicción, que luego analizaremos" (<sup>106</sup>).

*a) Legislación de la sana crítica:* La sana crítica fue, en sus inicios, una manera de ponderar la calidad persuasiva de la declaración testimonial. En nuestro país, así lo establecieron ordenamientos como el originado en el Proyecto Domínguez, el viejo código de procedimientos para la Capital Federal, la Ley 14.237, su reforma por la nro. 17.454, y fue modelo para otras instituciones extranjeras. El antecedente mas lejano como vimos, estaba en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855.

Similares legislaciones las extendieron a otros medios de prueba. Así en Francia se establecía que "los jueces no están constreñidos a seguir el parecer de los peritos, si su convicción se opone a ello"; el Z.P.O. en el art. 286 dijo: "El tribunal, teniendo en cuenta todos los elementos que hayan proporcionado las discusiones orales sobre el negocio y los resultados de la prueba que se haya ejecutado, resolverá según su libre convicción acerca de si debe tenerse por verdadera o no cada alegación de hecho de las partes. En la sentencia se indicará los fundamentos y motivos de la convicción del tribunal. Este no estará sujeto a las reglas legales sobre la prueba mas que en los casos señalados en esta ley".

El art. 116 del código procesal italiano también estableció la regla de la *prudente apreciación* (<sup>107</sup>).

La extensión dispuesta pareciera dirigida a imponer reglas de autolimitación pensando en la conveniencia de recordar el deber de reflexionar antes que de convencerse abruptamente. Por esta peculiaridad, se interroga si las reglas de la

---

<sup>106</sup>. González Castillo, Joel, *La fundamentación de las sentencias y la sana crítica*, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N°1, 2006, ps. 93 y ss.

<sup>107</sup>. Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 264.

sana crítica, son en verdad normas de contenido lógico, lo que significaría permanecer en el desconcierto para saber cuáles son; o si pertenecen al campo del sentido común, la experiencia de la vida, la perspicacia normal de un hombre juicioso y reposado (<sup>108</sup>), lo que las ubicaría en un plano formal de conducta y responsabilidad.

No olvidemos que la sana crítica supone también una cortapisa a la arbitrariedad producto de la discrecionalidad ilimitada, en tanto la libertad de análisis se halla gobernada por ciertas normas lógicas y empíricas, que deben también expresarse en los fundamentos de la sentencia (<sup>109</sup>).

Al resultar estas reglas una orientación pragmática, queremos indicar que no se contraponen a la libre convicción del juez, sino que otorgan una vía que encarrila de manera presuntivamente correcta, la racionalidad de la intelección. Podría agregarse con Fairén Guillén, que son "medios de persuasión, racionales, que harán llegar a la íntima convicción, a formar bien esa conciencia del juez libre-apreciador" (<sup>110</sup>).

En verdad, las reglas citadas se ven actuadas en el procedimiento de evaluación, o formación del juicio que definir la sentencia definitiva. Como tal, obran en juego recíproco circunstancias asentadas en la lógica, en la experiencia, en los principios generales del derecho y soportadas, esencialmente, por la libertad de entendimiento que tiene el juez.

El análisis de los medios no desatiende las dificultades para obtenerlas (*difficilioris probationis*), creándose para solucionar la crisis la teoría de las llamadas pruebas *leviores*, por la cual los jueces valoran en conjunto las circunstancias atemperando el rigor que exige la carga de la prueba (<sup>111</sup>).

El cúmulo de vacilaciones e incertidumbres que atrapa la fase probatoria, tiene por destino ir esclareciendo a través del trabajo de demostración, verificación, etc. Por eso mismo, el esclarecimiento no se mide por la cantidad de prueba reunida, sino por la certeza que tenga el elemento en estudio. Son los tránsitos de la sospecha a la prueba plena, tal como indica Sentís Melendo. Cada

---

<sup>108</sup>. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, cit., p. 182.

<sup>109</sup>. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, cit., p. 275.

<sup>110</sup>. Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 457.

<sup>111</sup>. Explica Peyrano que la prueba difícil, se decía antiguamente- constituye uno de los capítulos más apasionantes y cambiantes del derecho probatorio. Por de pronto, encierra la dificultad de su delimitación. Cuándo, en verdad, puede hablarse de que procede aplicar la doctrina de la "prueba difícil"? En realidad, resulta arduo precisar de una manera absoluta y rígida sus límites. A lo sumo, creemos posible colocar algunos mojones, con la advertencia de que se trata de una frontera móvil y nunca totalmente definida. En primer término, destacamos los "hechos antiguos", respecto de los cuales hemos dicho "tratándose de hechos antiguos -que son aquellos que se han registrado con una antigüedad de por lo menos quince años-no pueden los mismos ser objeto de una prueba rigurosa y precisa; proponiéndose, entonces, admitir testimonios indirectos y formular una crítica documentológica poco rigurosa" [...]. Luego, subrayamos la categoría de los hechos íntimos sexuales (v.gr. negativa del débito conyugal.- Análogicamente, los hechos y circunstancias efectuados, en general, en una atmósfera de particular privacidad, han sido también considerados materia de prueba difícil. Así, por ejemplo, la hipótesis de la prueba de la determinación del contenido de una caja de seguridad bancaria violada [...]). Asimismo, se consideran aplicables los lineamientos de la doctrina aquí desarrollada en el caso de la "prueba imposible"; es decir aquella que, por imperio de diversas razones, no podrá ser producida por quien soporta la carga en cuestión. Del mismo modo, puede encontrar cobijo en los pliegues de la "prueba difícil" la que se denomina "prueba extinguida" que es aquella cuyo soporte material ha desaparecido. Finalmente y sin que con ello, como dijéramos, se deba considerar clausurada la nómina de supuestos de "pruebas difíciles", tenemos el caso de las pruebas leviores. Tradicionalmente se dividen las pruebas según fuere el grado de certeza moral que irrogan, en pruebas *eficaces* y *pruebas leviores*; constituyendo estas últimas una suerte de excepción-pacíficamente admitida en el plano jurisprudencial- al principio probatorio según el cual sólo puede reputarse acreditado un hecho cuando la prueba colectada genera una absoluta certeza moral en el espíritu del juez (Peyrano, Jorge Walter, *La prueba difícil*, Revista Peruana de Derecho Procesal, nº 8, 2005, ps. 215 y ss.)

prueba, cada actitud en ejercicio, contraen siempre una hipótesis de trabajo a valorar. Podrán graduarse con esos atisbos que mencionamos -plena prueba, semiplena prueba, principio de prueba-, pero en la ponderación se reflejan como conjeturas del suceso, verosimilitudes o presunciones, juicio sobre probabilidades, etc.

El resultado de la prueba, en suma, no se mide por la mayor o menor cantidad que adquiere el proceso, sino por el grado de convicción que logran en la conciencia del juzgador. A veces, se imponen o establecen modalidades que dependen del tipo de proceso. Es la hora de atender si esa libertad prudente de actuar, aprecia sobre medios concretos o representados, ora sobre deducciones o percepciones.

Es del caso diferenciar los procesos orales de los escritos, y aun aquéllos que reconocen la actuación de jurados populares o legos. Cada uno de estos trámites sugiere la conveniencia en considerar la forma como se conoce la actividad probatoria, y la forma por la cual podrá darse intelección a los persuasivos que agrega cada uno de esos medios.

La apreciación en conciencia, la íntima convicción, la persuasión racional, son expresiones distintas de una misma modalidad, pero con la característica de respetar en sus conclusiones la forma como se da lectura a la etapa y a los medios o elementos de prueba.

Las reglas de la sana crítica se convierten así en modelos estandarizados que se adecuan al tipo de proceso donde obran interactuantes, aun con la discrepancia fundada de Sentís Melendo (<sup>112</sup>), porque cobran relieve absoluto por su idoneidad para captar con movilidad y adecuación a su tiempo y circunstancia, las percepciones auténticas de las situaciones que debe confrontar. Esas reglas son, entonces, ambivalentes, orientan al juez y guían la conducta de las partes, y como se embretan en todo el continente de un objeto procesal, su percepción se da en conjunto, asignando valores probatorios a los medios clásicos y a otros no tanto, como resulta la conducta desarrollada por las partes en el litigio.

Como es en definitiva un juicio de valor, tiene al mismo tiempo una implicancia que trasciende al proceso, sirviendo de ejemplo y apoyo para situaciones semejantes que podrán, desde luego, parangonarse.

*b) Modalidades de la sana crítica:* Existen particularidades de la libertad de valoración que, conciliadas con las reglas de la sana crítica, muestran perfiles diferentes para el tipo de procedimiento donde se encausen.

Algunas veces esta singularidad se denomina sistema de la *íntima convicción*. Por éste, un juez que conoce en un proceso escrito se enfrenta con figuras sustanciales que le orientan un contenido determinado en algunos actos, o le prohíben considerar a otros sino es a través de determinados medios de prueba. Es del caso ver las diferencias que se dan en legislaciones influidas por el derecho romano, como las latinas, donde varios actos se rigen por las formalidades a completar (*documentos ad solemnitatem*), o por los impedimentos que se crean cuando los actos exceden de cierta cuantía no permitiendo su prueba, por ejemplo, con testigos (*ad probationem*). Fuera de estos condicionantes la libertad en la prueba es manifiesta.

<sup>112</sup>. Dice el autor que "el concepto de estándar es un concepto genérico, que acaso pertenezca a esas verdades eternas, a esas ideas - fuerza de que nos habla Jossierand, ya en la primera página de uno de sus más conocidos libros. Pero la sana crítica como concepto procesal, es muy anterior a la doctrina del estándar jurídico; y no digamos figuras como la del *buen padre de familia*, que están en la base del derecho romano. Esa doctrina, como se nos recuerda, no aparece en el derecho anglosajón sino en el siglo XIX; no se puede suponer que el desconocido legislador que dio origen a la expresión sana crítica con anterioridad a la ley de 1855 tuviera conocimiento de ella" (Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 278).

En cambio en sistemas germanos, no hay limitaciones de esta entidad, permitiendo cualquier tipo de prueba, si ellas conducen a la verdad material.

Cabe interrogarse de acuerdo con estos ejemplos, ¿dónde hay íntima convicción?. En el primer caso, resultan supuestos de prueba legal donde ya hemos visto la distancia que cobra respecto de la libertad de apreciación; en el restante, la permisividad se condiciona a la fundamentación, pero es libre, evidentemente.

La íntima convicción supone un grado de convencimiento tal que impida cualquier vestigio de duda, por eso, es natural pensar en tal mecanismo en los procesos penales. En los otros, la duda persiste sobre que tipo de persuasión cabe, puede ser racional, como lo llama cierta parte de la doctrina; en cuyo supuesto queda entendido que la justicia emitida es fundada en principios incontestables que afirman su coincidencia con el debido proceso. O es, intuitiva, porque el análisis de los medios, aun cuando se recibe de manera inmediata y directa, no deja constancias escritas obligando a una rápida, cuando no, siguiente dictado del veredicto y pronunciamiento.

Sobre la base de estas consideraciones se establecen tres tipos de cualificaciones probatorias de acuerdo con la modalidad procesal donde ocurran: a) *la libre convicción*; b) *la íntima convicción* y c) *la apreciación en conciencia*.

De las primeras ya hemos dicho suficiente, cabe redondear el concepto otorgando a la libre convicción el carácter de posibilidad de atender la prueba sin restricciones, debiendo corresponder su evaluación y mérito con las reglas de la sana crítica.

La *íntima convicción* expresa una modalidad de la misma libertad de apreciación, pero donde la principal asistencia está en el convencimiento de conciencia. El ejemplo típico está en los procesos penales, como dijimos, y en la captación que hacen los jurados populares, que sin estar condicionados por formación jurídica previa, desarrollan una actividad de predominante sentido moral. La mínima duda admite resolver en sentido contrario, aunque hubiese principios de prueba o semiplena prueba, en las condiciones que tuvimos oportunidad de aclarar.

La *apreciación en conciencia* es un caso particular, común en la justicia del trabajo. Se dice que en conciencia, significa, conforme a la conciencia, esto es, según el conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar, o sea que se invoca un sentimiento noble que se ejercita para hacer el bien y evitar el mal, que es el primer principio de moral.

Pero bajo este prisma habría poca o ninguna diferencia con la íntima convicción, debiendo entonces, para captar sus distancias, advertir sobre la naturaleza del procedimiento en el que se articulan.

En el proceso común, ambos contendientes disponen de análogos medios de prueba que son valorados al concierto de los principios libertarios anunciados. En cambio, en los procesos orales, la prueba no deja huellas de inmediato retorno; vale decir que sirven, en la medida de su inmediato entendimiento. En los procesos penales, es de tal entidad la seguridad que se exige para condenar o absolver, que sólo la íntima convicción asegura el mínimo respeto al debido proceso. Mientras que en los procesos sociales civiles (laborales, seguridad previsional, administrativos, etc.), promedia una cuestión de interés público que utiliza al proceso como remedio a la diferencia de medios y posibilidades. Algunos autores señalan que en estas modalidades "el juzgador (al formar su convicción) no se somete a reglas rígidas. Pone mucho de su arbitrio en la apreciación, arbitrio regulado por el interés social, por el fin de armonizar la afrenta de clases" <sup>(113)</sup>.

---

<sup>113</sup>. Ramalhete, Clovis, *Direito processual, instrumento de realização política*, Revista do trabalho, 1994 (setiembre), p. 15.

Pero con ello estamos lejos de tolerar en un juez laboral la permisión de emitir sentencias basadas en la pura equidad sin fundamentos jurídicos. La apreciación en conciencia tiene presente el lugar donde se instala, pero no admite desvaríos de conducta, porque cada medio de prueba se debe analizar en el concierto de la convicción que produzca, otorgar un prudente equilibrio crítico que enseñe en el veredicto las pruebas concretas en que basa sus conclusiones de hecho.

#### **585.4 Nuestra opinión**

La historia y evolución de los sistemas de apreciación de la prueba muestran su vinculación con los programas que han hecho en cada tiempo a las estructuras procesales. Así como la prueba legal tiene sustento en un procedimiento inquisitivo, y opera como engranaje en otro tipo de procesos; la valoración libre confía plenamente en la actitud del juez que estudia y pondera cada medida de verificación para de ello extraer su convicción (libre convicción, íntima convicción, entre otras atribuciones que se dan a esta labor intelectual).

El primero admite su eficacia en un proceso de corte dispositivo, y en especial, en pruebas como la pericial, la confesión y la documental. En la otra, su bonanza reposa en la naturaleza misma que inspira la prueba. Si ésta es libertad de medios para convencer probando, nadie mejor que el juez para decidir si fue o no íntimamente sugerido de la razón que llevaba cada pretensión. Lo cierto es que una y otra oponen posibilidades distintas referidas, concretamente, a la actuación del juez en el proceso.

En la tarifa legal el órgano está sujeto a fórmulas preconcebidas, propias de un sistema donde el legislador todo lo puede, hasta decir cuánto vale el esfuerzo por conseguir la justicia. Sin embargo, no puede descartarse el beneficio que reportan ciertas pruebas que, por su intrínseca contundencia demostrativa, merecen la estima como *probatio probatissima*, dándoles el valor de una prueba legal.

Por su lado, la prueba apreciada libremente, significa dar a la jurisdicción el rol operativo que tiene dentro del esquema republicano de gobierno. La libertad también es responsabilidad, y como tal, el único reparo que debe contarse en la valoración, es la referencia directa a y en las pruebas. Este principio de convencerse por las verificaciones de las partes, lleva a la obligación de fundamentar la convicción. Por ello, el problema es de libertad de obrar, y no de formas de lograr el acierto.

La sana crítica es una modalidad, importante y trascendente como que la reflejan múltiples disposiciones procesales, pero no es un verdadero sistema de valoración de la prueba. De todos modos, la jurisprudencia transformadora fue dando rutilantes vueltas a estos resabios de oscuridad doctrinaria, para ir delineando una consideración basada en que la prueba debía apreciarse en conjunto, es decir, tomando de unos la utilidad de sus preceptos y de otro, la respetable derivación crítica hacia los elementos de prueba. La estimación en bloque hace a la eficacia y como 'sta resulta, en definitiva, un problema de percepción, conviene decir algo más sobre las reglas de la sana crítica que, en la sumatoria y resultados, establece cómo se alcanza la convicción.

#### **586. Control judicial sobre la apreciación de las pruebas**

La elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidir por unas descartando otras, que considere inconducentes o inoperantes. Es suficiente al efecto que haga

referencia expresa a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que las otras no hayan sido computadas.

La ponderación se puede cuestionar en la alzada, impugnación que no tiene obstáculos de orden formal, pero que sí acontecen cuando de medir el agravio se trata.

La valoración, *per se*, muestra un estado personal del ánimo, circunstancia que por su absoluta subjetividad evita cualquier tipo de contradicción. Si a ello le agregamos que jurisprudencialmente se reitera que la sana crítica no son normas jurídicas, sino reglas de prudencia basadas en la lógica y la experiencia, otro óbice se agrega a la posibilidad recursiva. Pero como son reglas consabidas, formadas como estándar, máximas de experiencia, etc., tienen un aspecto conocido que puede advertir el desvío cuando no se ofrecen con la claridad que ellas surgen. Se habla entonces de arbitrariedad en la prueba, o de absurda apreciación de ella.

La Corte Nacional dijo que las reglas de la sana crítica en cuya virtud los jueces deben formar su convicción respecto de la prueba rendida, son simples preceptos de sentido común, las que sólo se infringen cuando se las violenta hasta el absurdo. Este absurdo se configura cuando se produce un desvío notorio del razonamiento, sea por el establecimiento de conclusiones de abierta contradicción con constancias fehacientes de la causa; o porque da pautas de excesiva latitud omitiendo una adecuada exégesis de las normas invocadas; o incurre en tener por ciertas algunas verificaciones que no son tales, etc.

Morello resume un cuadro de alegaciones por arbitrariedad consistentes en: a) omitir la ponderación de prueba decisiva; b) dar como probado lo que no lo está; c) afirmar erróneamente que no hay prueba<sup>114</sup>). Asimismo el art. 386 del código convierte en norma jurídica a la apreciación según las reglas de la sana crítica.

A modo de colofón, conviene apuntalar esta idea: las reglas de la sana crítica pueden ser impugnadas por vía recursiva, porque aun siendo discutible su calidad de norma jurídica, no admiten la discrecionalidad absoluta del intérprete por cuanto aquéllas se ejercen y motivan sobre fundamentos sólidos que reporta y anuncia el diario convivir. Lógica y experiencia son así los pilares de guía para deducir y contradecir.

### **587. El juicio probatorio**

Admitido que el fin de la prueba es convencer para formar convicción en el juez sobre el aserto y exactitud de las afirmaciones expuestas en la demanda, debe completarse el círculo que diagrama el juicio sobre la prueba, desde la visión que recibe quien debe pronunciar la sentencia.

El pase de las afirmaciones hacia la realidad que cursa el trámite procesal se realiza en distintas fases; cada una de ellas desarrolla la actividad de partes, terceros y del órgano jurisdiccional.

Superada la etapa de ofrecimiento y admisibilidad de la prueba, se entra en la fase más importante que lleva al interesado a demostrar o verificar sus postulaciones a mediante los medios de prueba, a cuyo fin debe preservar la seguridad de su buen destino en actividades tendientes a trasladar los hechos que se mencionan como ciertos, y asegurar que ellos queden fijados en el proceso para ser percibidos por el juez con la fuerza representativa que ellos tengan.

La primera etapa de esta actividad se denomina de *traslación*, es decir la conversión en nuevas afirmaciones de otras que obran como constitutivas de la relación procesal.

---

<sup>114</sup>. Morello, Augusto Mario, *En torno a la prueba*, La Ley, 1990-E, 7.

Según Serra Domínguez, "dicha traducción, habida cuenta los principios que rigen el proceso civil, corre a cargo de las partes, y debe consistir en ir proporcionando al juzgador afirmaciones sobre los hechos sentados en los escritos de alegaciones, pero derivado de personas distintas a las que fijan la afirmación inicial. Cuanto mayor sea el número de afirmaciones instrumentales coincidentes con la inicial, mejor será el resultado de la comparación. El elemento discriminador de tales afirmaciones es partir de un punto de origen distinto a la inicial, para desembocar en su mismo objetivo" (115).

Las pruebas ingresan por distintos conductos. Cuando se trata de prueba documental, conviene distinguir si ella proviene de la aportación de la que obra en poder de las partes, o resulta compulsivamente lograda por la intimación a terceros que la contienen, o por el secuestro que se ordene para su apropiación.

El valor de la prueba instrumental es representativo, es decir que vuelve al proceso con la misma entidad verificadora como aconteció en su momento con los hechos ahora en crisis.

La prueba confesional acude como prueba sólo por el interés de la parte. Su valor probatorio, a nuestro entender es relativo, porque adquiere entidad convictiva cuando los hechos que se logran probados por esta vía sean contradicción del absolvente con los dichos afirmados en sus alegaciones previas. Es decir que, tomando como pauta la experiencia profesional de tantos abogados y jueces que ven como ocurre ésta prueba, podemos pensar que la contundencia probatoria se logra más del equívoco que de la persuasión. Quizás sea en este medio donde se conserve aún el estigma del proceso como lucha absoluta entre partes, resultando beneficiado, generalmente, no quien tiene razón, sino mayor astucia.

A veces la prueba se traslada al proceso por decisión del juez como cuando ordena practicar un reconocimiento judicial de cosas, lugares y/o personas. Aquí la percepción es directa, se toma contacto inmediato con los objetos motivo de litigio. No hay intermediarios, por cuanto si la diligencia concurre conjuntamente con la de testigos y pericial, estos explican sobre los hechos, evitando esa declaración representativa que trasunta un acta judicial. La experiencia cotidiana demuestra que lamentablemente la impronta de la lentitud de los procesos lleva a constituir esta prueba como inoficiosa, porque el paso del tiempo agrede la calidad indiciaria que conservan las secuelas de cualquier contingencia fáctica.

Si la prueba procede por la afirmación instrumental de un tercero, esa representación de los hechos se produce con la prueba testimonial. La prueba ideal al decir de muchos, si bien es cierto, su vitalidad la obtiene del tipo de procedimiento donde se adscribe. La oralidad beneficia la importancia de este medio, donde se suman una serie de reglas que otorgan relevancia y prioridad al testimonio.

Esta etapa tan particular, traslada y fija hechos que se corresponden con antecedentes ya conocidos. Si ellos son francamente importantes la prueba se denomina directa, en cambio si versan sobre hechos efectivamente constatados pero ajenos al motivo central de discusión, la prueba se llama circunstancial. Propiamente esta fase o etapa no es todavía prueba, porque aun no existe valoración.

El segundo paso de esta actividad se desenvuelve en la cooperación que activen juez y partes en busca de alcanzar la certidumbre objetiva para dictar sentencia.

Esta fase podríamos denominarla de *depuración*. Si bien inserta en el plazo de prueba, requiere de la tarea interactuante para que la fase anterior no quede desvirtuada por inútil, inoperante, intrascendente, inoficiosa, y todos los demás

---

<sup>115</sup>. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Bacelona, 1969, p. 360.

inconvenientes de una verificación que no concilia los intereses del proceso con los beneficios particulares de una producción insidiosa.

Las medidas de instrucción e impulso de oficio, las diligencias para mejor proveer, la producción de pruebas de asesoramiento (periciales, dictámenes universitarios, experiencias científicas, etc.) generan un sinnúmero de posibilidades que tiene campo propicio si la voluntad del órgano las genera.

El juez espectador es figura histórica. La incesante búsqueda por una justicia eficaz y activa necesita y urge de jueces diligentes y de partes colaboradoras con esa finalidad objetiva. La colaboración no rezonga contra los escrúpulos del proceso como cosa de partes, ni siquiera se ocupa del derecho al silencio que tiene el proceso civil. Pero ellos no superan un propósito más valioso y superior que "sin atentar contra los derechos de la defensa ni llegar a impulsar una conducta que obligue a producir elementos susceptibles de esgrimirse en su contra ni a establecer una autoinculpación, corresponder examinar y evaluar en que medida esa conducta incide en la acreditación de los hechos" <sup>(116)</sup>.

El tercer movimiento en la gestión probatoria es particular de la *evaluación*.

Se resumen aquí actividades que, de haberse estructurado en modalidades diferentes de procedimiento, tendrían resultados distintos y de variada eficacia. En la síntesis evaluativa, el juez fija los hechos litigiosos, cuando en la realidad de nuestro proceso, eran ellos todos los que fuesen conducentes y controvertidos, mas los que se dieron por no difuminar el derecho de alegación y defensa. Esta posición toma distancia con el ideal de intermediación que se persigue en el proceso moderno, además de generar una actividad inútil y dispendiosa que sólo provoca cargas, costos y costas que se pudieron evitar.

Esta etapa final no deja de lado otros imponderables que hacen a la filosofía y sociología de la prueba. Esta no sólo espera de las partes un esfuerzo de demostración, también quiere una dialéctica de persuasión hacia la verdad sugerida. Aquí es donde la habilidad y destreza del abogado desarrolla el arte de la prueba, vencer probando es también agudeza e ingenio.

Claro está que esa capacidad de convencimiento, tiene del otro lado, un juez que no prescinde de la lógica, y que tiene también su propia imaginación para representar como sucedieron las cosas.

Andrioli lo señala como proceso de reevaluación de la retórica, considerada como técnica de la persuasión, aun cuando fuese contraproducente de la lógica. Empero podría verse este concepto como un aspecto de los argumentos para llegar a formar la convicción, aislando la idea de la moderna noción de demostración o verificación de los hechos afirmados <sup>(117)</sup>.

Convencer y persuadir son, igualmente, rostros de la reflexión que lleva al convencimiento, regresando al punto ya explicado sobre que actitud asume el juez en su conocimiento sobre la verdad en el proceso.

En suma, es acertada la conclusión de Devis Echandía cuando dice que [...] "para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que en realidad le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios reunidos en el proceso, tomadas en su conjunto como *masa de pruebas*, según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos" <sup>(118)</sup>.

---

<sup>116</sup>. Morello, *La prueba. Tendencias modernas*, cit., p. 105.

<sup>117</sup>. Andrioli, Virgilio, *Studi sulle prove civile*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 23.

<sup>118</sup>. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I, cit., p. 160.

El juicio probatorio es en síntesis un proceso complejo, donde como ocurre en la formación de la sentencia, se genera un silogismo de subsunción entre alegaciones y afirmaciones confrontadas con los hechos ingresados a través de los elementos de prueba. Un antejuicio<sup>(119)</sup> de contenido instrumental, preparatorio del fallo a dictarse pero inmerso en su expresión escrita.

### **587.1 Las presunciones e indicios**

La apreciación de la prueba trabaja al elaborar la sentencia con dos "pruebas indirectas". Las *presunciones* son sospechas fundadas que permiten conjeturar como sucedido un hecho en base a indicios o señales convincentes. Precisamente, entonces, el *indicio* es el antecedente del cual se infiere la producción de otros hechos. Ahora, si ambos coinciden en ser elementos de la inducción que lleva al convencimiento, no serían propiamente ni medios ni fuentes de confirmación, sino un conjunto de circunstancias que por su generalidad y habitualidad sirven como máximas de experiencia que el juez tiene en cuenta a la hora de sentenciar.

Entre ellas hay diferencias significativas; el *indicio* es una señal, un signo aparente que muestra la probabilidad de algo. En el campo procesal se afirma que son rastros o huellas que sirven para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido. En otras palabras [...] "toda acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga, y que permite inferir su existencia y modalidades, es un indicio"<sup>(120)</sup>. Por su parte, las *presunciones* son las consecuencias que la ley o el juez extraen de un hecho conocido para llegar a un hecho ignorado<sup>(121)</sup>. De allí que la tipicidad del indicio es que no tiene valor probatorio propio si no va unido a otras circunstancias. Por consiguiente, cuando se utilizan las pruebas indirectas es muy importante establecer la conexión de unos hechos con otros.

El debate sobre la calidad probatoria reconoce una antigua polémica. Eugenio Florián, firme sostenedor del indicio como objeto de la prueba antes que como medio de prueba, sostiene que [...] "en el fondo se reduce a una operación lógica de deducir el conocimiento de un hecho, de una cosa o de una situación que se ignora en todo o en parte, de la existencia de un hecho distinto, de una cosa o de una situación diversa, ya establecida en el proceso. Además, el indicio puede considerarse desde dos puntos de vista, por un lado se vincula al concepto de prueba y precisamente queda comprendido dentro del concepto de la prueba indirecta; y por otro, expresa el resultado de una operación mental, de una inducción lógica y psicológica, lo que desemboca en una apreciación y pertenece, consiguientemente a la valoración de la prueba, de la cual es uno de sus modos"<sup>(122)</sup>.

La tesis la suscribe Rosenberg para quien entre la prueba inmediata (o directa) y mediata (o indirecta o de indicios) hay distancias a considerar [...] "La primera tiene por objeto afirmaciones sobre los hechos de los que directamente debe resaltar la existencia o la inexistencia de una característica típica de la norma. La segunda se refiere a otros hechos extraños a la tipicidad, que sólo deben justificar la conclusión sobre la existencia o inexistencia de una característica de tal especie. A ella pertenecen también los llamados <hechos auxiliares de la prueba>, que atañen a la admisibilidad o a la fuerza probatoria de un medio de prueba. Tales

---

<sup>119</sup>. Carnelutti, *Derecho y Proceso*, cit., p. 152.

<sup>120</sup>. Díaz de León, Marco Antonio, *La prueba en el proceso laboral*, Porrúa, México, 1990, p. 879.

<sup>121</sup>. Fernández de León, Gonzalo, *Diccionario jurídico, Tomo IV*, Abecé, Buenos Aires, 1961, p. 93. Leguisamón, Héctor Eduardo, *Las presunciones judiciales y los indicios*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006 (2ª ed.), p. 14.

<sup>122</sup>. Florián, Eugenio, *De las pruebas penales*, Tomo I, Temis, Bogotá, 1968, p. 130.

hechos se llaman indicios [indicaciones, orientaciones, argumentos de prueba]; pero se llamará también de ese modo a toda la conclusión" (123).

También un sector de la doctrina sostiene que el indicio solo sirve como *fuerza de deducción* y no como fuerza de prueba, tesis que critica Carnelutti al decir que [...] "el indicio puede ser admitido (cuando no requiera prueba) o percibido por el juez; la admisión o la percepción del indicio no es, en manera alguna, la misma cosa que la percepción o la admisión del hecho a probar; es cosa distinta, precisamente porque en el primer caso el juez debe desplegar una actividad deductiva, que no desenvuelve en el segundo. Sólo merced a esta actividad deductiva conoce el juez el hecho a probar que es discutido y que no cae bajo sus sentidos; ¿cómo negar, entonces, que el indicio sea un hecho del que el juez extrae el conocimiento, o sea, la prueba?" (124).

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina coincide en que los indicios son un medio de prueba. Sostiene Parra Quijano que [...] "no se puede, de ninguna manera, centrar la importancia del indicio en el proceso mental, ya que este proceso se realiza con todos los medios probatorios; aún con la inspección judicial. No puede dictarse sentencia sin *pensar* las pruebas aportadas; seguramente en el indicio, el proceso mental, *pensar* la prueba, será más abundante, pero esto no justifica desplazar el centro de gravedad del indicio, del hecho, al proceso mental que se conecta a ese hecho. Somos conscientes que el indicio no es un hecho cualquiera, sino un hecho que tiene la propiedad, por así decirlo, de salirse de sí para mostrar otro, pero es un hecho, una circunstancia" (125).

La importancia entre adoptar al indicio como hecho a probar o tenerlo como un mecanismo de inducción es muy importante para saber la actividad que debe desplegar el juez o la carga que tienen las partes para demostrar el hecho del que se quieren inferir otros. Por eso, hay una distancia primera que obliga a segmentar el espacio cuando trabajan los indicios y cuándo lo hacen las presunciones. Mientras los primeros son propios de la actividad, los restantes se dan en la etapa de apreciación; unos corresponden al tiempo de probar, el otro al razonamiento, o si se quiere, antes de ello, cuando se alega sobre el mérito de la prueba casi como un recordatorio al juez para use las presunciones.

Para que el indicio alcance eficacia probatoria es preciso que concurren tres condiciones indispensables: el *hecho conocido*, el *hecho desconocido* y la *relación de causalidad* entre ambos. Por implicancia, si al sentenciar la presunción se presenta como una premisa mayor que contiene el indicio, la premisa menor que es la presunción puede subsumirse en tanto y cuanto se acompañen de otras que sean concordantes, graves y precisas.

Para que estas presunciones no sean descartadas por una prueba en contrario, es necesario que tenga virtualidad suficiente para enervar sus conclusiones. En el proceso formativo de la sentencia aparecen como una secuencia común de los hechos que resultan apreciados. Suponen una doble operación mental inductiva y deductiva; por la primera la sentencia recuerda el principio general que porta, por la otra, aplica esas reglas a los hechos en particular, afirmando que ante la igualdad de situaciones se comportan de una misma manera.

No es una regla de experiencia, sino un proceso propio del razonamiento indiciario (pese a que en algunos ordenamientos procesales se refiere al indicio basado en la experiencia). Es cierto, que está vigente aún la descripción de Bentham cuando alertó que [...] "determinar que un suceso da fe de otro suceso, constituye un juicio fundado en la analogía, la que a su vez, descansa en la

<sup>123</sup>. Rosenberg, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, cit., p. 202.

<sup>124</sup>. Carnelutti, *La prueba civil*, cit., p. 195.

<sup>125</sup>. Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, Tomo IV, Librería del Profesional, Bogotá, 1997 (3ª ed.), p. 13.

experiencia. Pero es preciso confesar que ese juicio puede ser considerado como una manifestación del instinto, tanto por la prontitud con que obra, como por la dificultad de explicarlo y por la imposibilidad de encontrar reglas para conducirlo. Este instinto que de manera tan útil guía a los hombres, los llevaría a la desesperación si no fuese casi uniforme en todos ellos. En efecto, toda probabilidad se desvanecería y todo lo que se podría decir acerca de la ligazón de los fenómenos sería vano, si no partiese de la suposición de que dos hechos que aparecen vinculados de cierta manera a los ojos de un individuo, han de aparecer ligados de igual manera a los ojos de los demás" (126).

De allí que el nexo probatorio del indicio sea la unión que permite encontrar entre hechos motivo de prueba. No es que el indicio sea el hecho, sino que tiene la propiedad de mostrar a partir de una circunstancia fáctica el suceso desencadenante, próximo o relacionado.

Para la apreciación no es necesario clasificar a los indicios, más allá de un criterio de utilidad; a diferencia de las presunciones que supone en la escala donde se ubique, una aplicación eventual, obligatoria u opcional.

El indicio es *necesario* cuando es esencial para demostrar, de forma inequívoca, la existencia o inexistencia del hecho (v.gr.: la gravidez de la mujer, la existencia de embarazo, son indicios necesarios de la relación sexual habida). Es *grave* cuando entre el hecho demostrado plenamente y el hecho a probar, exista una relación lógica inmediata (v.gr.: encontrar en el domicilio de una persona los objetos robados) (127).

Por su lado las *presunciones* se clasifican en *judiciales* y *legales*, que algunos separan como de hecho y de derecho, y según admitan o no prueba en contrario. La presunción legal es absoluta cuando propone una verdad normativa sin tolerar una versión contradictoria ni prueba que la desvirtúe. A diferencia de las presunciones judiciales o relativas que sobrellevan la crítica y anulación con prueba que la destruya.

La razón de ser de la existencia de presunciones legales estriba en la finalidad de asegurar la plenitud de la efectividad de una institución o de ciertas situaciones jurídicas de orden social, político, familiar o patrimonial, como la posesión de las tierras, el ejercicio de los derechos políticos, etc., basadas en la ciencia o en las reglas de experiencia (128). De su lado, las presunciones judiciales se construyen por la jurisprudencia.

### **587.2 La calificación de la conducta de la parte como prueba**

La conducta observada por las partes es fuente de fundamentos para resolver un litigio. Es la regla que establece el art. 163 inciso 5º apartado final -introducido por la reforma procesal de la ley 22.434- al referir que: "La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones".

Como ocurre en las presunciones, la conducta tiene un valor indiciario, como sucede en los casos de negativa a aportar prueba documental (art.388), en las respuestas evasivas provenientes del interrogatorio que haga el juez en ejercicio de sus facultades instructorias o bien, cuando se trata de preguntas recíprocas; o de la incomparecencia a los actos, etc. No se descarta de estas actitudes proyecciones concretas del principio de colaboración procesal, que cuando resulta eludido otorga

---

<sup>126</sup>. Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, tomo I, cit., p. 293.

<sup>127</sup>. Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, tomo IV, cit., p. 41.

<sup>128</sup>. Leguisamón, *Las presunciones judiciales y los indicios*, cit., p. 15.

motivación suficiente para concretar un desvío en las reglas del comportamiento leal, probo y honesto.

Huelga agregar que ni presunciones ni indicios sirven para fundar por sí solos una sentencia, porque son elementos corroborantes.

## LA CARGA DE LA PRUEBA

### 588. Nociones generales

Por carga de la prueba se entiende el deber de probar. El problema central asienta en resolver si es un deber del actor, o se trata de una tarea compartida, e inclusive, si en ella tiene o no que intervenir el juez. Al ver como se desenvuelve el procedimiento, no es posible dejar de advertir la característica de tener articulados el conjunto de principios y presupuestos procesales, los que se vinculan con los deberes primarios y secundarios de las partes, para tener un método de debate sobre hechos que ellos aportan y bajo un sistema donde el impulso del interés es el que domina y tiene preferencia para determinar el avance de la causa. Por eso, si el interés, esencialmente, es privado, la disponibilidad del material y la tracción del proceso se deja en manos del actor; mientras que en donde hay un interés público prevalente, el impulso puede ser de oficio y aun quedar así dispuesto por la ley (v.gr.: procesos sociales y constitucionales).

Ahora bien, teniendo en cuenta estas características y reconocido el panorama de aquello que se debe probar y para quien se debe probar, es evidente que conforme la redacción de las normas procesales la respuesta de ambas cuestiones quedaría afincada en dos afirmaciones: prueban las partes para persuadir y dar certeza al tiempo de resolver. Sin embargo, tal enunciado puede ser parcialmente correcto, porque a tenor de los principios consabidos, no se puede eludir el deber jurisdiccional de tener que esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, en cuyo caso, se vuelve al cuestionamiento primero: ¿el proceso es sólo *cosa entre partes*? y por ello continúa el ritmo que ellos imponen; o ¿existe un deber superior que admite el protagonismo judicial?

En orden a estos planteos se suman otras derivaciones como definir si la actividad probatoria es un derecho, un deber, una obligación o una carga que necesita de mayores presiones técnicas. El proceso, en definitiva, es un juego de incertidumbres y sorpresas que se aclaran y evitan, respectivamente, a partir del compromiso de las partes con sus respectivas pretensiones.

Quien afirme un hecho, tendrá que precisarlo y demostrarlo como cierto. Quien lo niegue no podrá alojar en su actitud toda la prueba del hecho negativo. A su vez el juez no puede ser un espectador pasivo e inerte, cuando el régimen adjetivo le asigna deberes y le otorga poderes para resolver en interés propio, como es el de lograr la mayor certeza y convicción.

En síntesis, el problema de la carga de la prueba tiene varios rostros que reconocer. Pero el primero y más importante versa sobre la naturaleza del proceso donde se aplica, porque no será igual el *onus probandi* en un proceso privado respecto a uno de contenido público.

Pero la distancia no significa erradicar el concepto de quién o quiénes (las partes) llevan los hechos al proceso, porque allí no cabe duda alguna que el juez no puede alterar ni modificar la relación jurídica que es obra de los litigantes.

### 589. Derechos y deberes. Facultades y cargas. Obligaciones y responsabilidades

Desde que Von Bülow concibiera al proceso como una relación jurídica en donde el sujeto, revestido de poderes determinados por la ley, actúa en vista de la

obtención de un fin, la mayor parte de la doctrina se plegó a esta idea a pesar de pocas, pero autorizadas resistencias (<sup>129</sup>).

La explicación se puede sintetizar en términos simples: Couture dijo que [...] "la relación es la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí. Relación es el vínculo que aproxima una cosa a otra permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales.

"La relación jurídica procesal es un aspecto del derecho como relación. Es la particular condición que asume el derecho en la zona restringida del proceso.

"Se habla, entonces, de relación jurídico procesal en el sentido apuntado de la ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y facultades en que se hallan unos respecto de los otros" (<sup>130</sup>).

A partir de esta concepción se observa que el vínculo que se forma entre las partes de un proceso conlleva obligaciones de mutuo seguimiento, provocando, al mismo tiempo, una serie de consecuencias jurídicas relevantes.

De acuerdo a su posición en el proceso, la parte adquiere una "cualidad" especial de la que surgen para ella numerosas situaciones activas y pasivas, que constituyen el contenido de la relación jurídica procesal.

Se forman así un conjunto *activo* de poderes jurídicos y de derechos subjetivos procesales, y otro conjunto *pasivo* de cargas, obligaciones o deberes y sujeciones (<sup>131</sup>). Los primeros corresponden siempre a un conferimiento de carácter público, por el cual se otorga al individuo la posibilidad de reclamar un interés propio. El poder jurídico se expone como una potestad de carácter genérico, atribución de origen constitucional (no procesal) que admite distintas cualidades procesales, según la posición que se tenga en el proceso (v.gr.: el actor tiene la potestad de pretender y el demandado se resistir a esa pretensión); es el clásico juego de la demanda y la defensa.

Por su parte, el derecho subjetivo tiene un carácter eminentemente procesal (<sup>132</sup>) y se vincula con la posibilidad de actuar en juicio, es decir, de obrar el derecho (interés) y de fundamentarlo, probarlo y oponerse a un resultado que estime disvalioso (<sup>133</sup>).

---

<sup>129</sup>. En contra estuvieron Rosenberg, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 381; Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, cit., p. 628; Goldschmidt, James, *Teoría General del Proceso*, traducción de Leonardo Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, p. 56

<sup>130</sup>. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, cit., ps. 133/134.

<sup>131</sup>. Liebman, Enrico T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1980, p. 89.

<sup>132</sup>. Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, tomo I, cit., p. 315.

<sup>133</sup>. Según Devis Echandía [...] "la naturaleza del derecho público que corresponde al derecho procesal no es incompatible con su carácter de fuente de derechos subjetivos, porque al lado de los derechos individuales privados existen los derechos individuales públicos [...]. Los derechos procesales tienen estas características: a) emanan de las normas jurídicas procesales; b) son derechos públicos y no privados; muchos de ellos de origen constitucional, salvo los de carácter patrimonial como el derecho a cobrar las costas del proceso o los honorarios de los auxiliares de justicia, como peritos o secuestres; c) son oponibles al mismo Estado y su violación significa una arbitrariedad y un acto ilícito; d) surgen con ocasión del proceso y se ejercen en él para iniciarlo; e) corresponden a las partes y a algunos terceros. Ejemplos: los derechos de acción, de contradicción, de probar, de recurrir a un proceso como interviniente" (Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Tomo I, Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 11).

Las cargas, deberes y sujeciones, provienen directamente del proceso y atienden el modo como se llega a consagrar el interés. Así, la *carga* es un imperativo destinado a la parte con la promesa de asegurar un resultado cuando ella es abastecida con suficiencia (v.gr.: demanda interpuesta en forma correcta; prueba rendida completamente, etc.). El *deber* es una regla establecida a favor de la generalidad. Se impone su acatamiento como una forma de observar el normal desarrollo de un proceso.

Sin embargo los deberes procesales, como en general los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y de las cargas, de ejecución forzosa. La efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sean de carácter *físico* o *personal* como el arresto del testigo que se rehúsa a declarar; ya sean de carácter *pecuniario*, como la multa impuesta al perito que no presenta su dictamen; ya sean de carácter *funcional*, como la pérdida, la postergación o la suspensión del empleo. Estas sanciones son formas de coacción normal o intimidación. En verdad no hay forma material de hacer cumplir con la fuerza esta clase de deberes (<sup>134</sup>).

La *sujeción*, finalmente, es la situación en la que se encuentra la parte que es constreñida a sufrir los efectos de una providencia del órgano jurisdiccional (<sup>135</sup>). Por lo general, la presentación de los deberes tiene un aspecto refractario que compone un "todo" de consecución ideal. La reciprocidad entre lo que se tiene y lo que es debido, enfrenta dialécticamente a "lo suyo" con "lo debido" (<sup>136</sup>).

Lo primero será un derecho subjetivo; lo restante, la exigencia de respuesta esperada de otro. En el camino está el proceso con su contenido de cargas, facultades y deberes; así, en el tránsito jurisdiccional hacia "lo debido", debemos relacionar a la obligación como un deber razonable, resultante de la necesaria conexión de los medios con el fin.

Los deberes procesales se bifurcan en dos exigencias: las *principales* (primarias) atienden lo oportunamente dicho respecto al contenido de la pretensión; las *secundarias* derivan de una obligación moral que condiciona la actuación de las partes en el proceso.

Unas y otras se han de corresponder para que con sensatez y objetividad la relación entre el derecho personal y el reconocimiento jurisdiccional no encubra situaciones enojosas con la "moral del derecho" y fundamentalmente con el principio de lealtad, probidad y buena fe en el proceso.

Aparentemente, la carga quedaría cubierta con aquél sentido de deber primario, pero es evidente que la situación es facultativa, no hay obligación ni deber que imponga a la parte tener que obrar en un sentido, aun cuando esa dirección lo favorezca para el resultado del proceso. "Nadie tiene el deber de triunfar" –dice Rosenberg–, y es por ello que el interés de cada uno no puede cuadrarse en los objetivos de una norma.

## 590. Concepto de carga probatoria

---

<sup>134</sup>. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 210.

<sup>135</sup>. Liebman, *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 90.

<sup>136</sup>. La reflexión se plantea del siguiente modo: "El hacer justicia a los demás parece tener el sentido de la restitución de algo que no es nuestro sino que en realidad es de otro, es <suyo>... no le damos lo nuestro sino que le damos lo de él, se lo restituimos" (cfr. Fernández Sabate, Edgardo, *Los derechos humanos*, AAVV, Idearium, Mendoza, 1985, p. 37). En forma similar Josef Pieref dice: "Los antiguos cuando hablan de justicia nunca se refieren primariamente a los acreedores de derecho, sino a los que tienen obligaciones. La preocupación de qué es justo, decían, se ordena a dar a cada uno lo que corresponde, no a obtenerlo para sí" (*Los derechos humanos*, Revista Mikael, Buenos Aires, 1979, p. 21; cfr. Bidart Campos, Germán J., *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 16).

La raíz etimológica de la palabra carga deriva de la palabra latina "onus", que por lo general, se traduce como "peso". El encuadre significa que quien afirma un hecho o alega una proposición, "carga" con el peso de la prueba. La idea es simple: *el que afirma debe probar*; pero al mismo tiempo en el concepto está presente otro contenido que se agrega al de resolver quién debe probar, y consiste en identificar los hechos que son materia de prueba.

Couture decía que [...] "carga de la prueba quiere decir, en primer término, en un sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos" (137). La otra cara es, que si falta la prueba, no hay confirmación del hecho y por tanto, insuficiencia de argumentos para acoger la pretensión. Queda claro, entonces, que la noción de carga reposa como un "imperativo del propio interés", por el cual se pueden obtener ventajas o impedir perjuicios.

La otra faceta interroga ¿qué se debe probar?; y ¿qué ocurre si la prueba depende de la colaboración del demandado?, en ambos casos la carga queda condicionada los presupuestos de hecho y de derecho que implementa el sistema procesal. Por un lado, los hechos que son materia de prueba, y por el otro, los equilibrios de la desventaja que sufre quien no tiene acceso a la prueba (por estar bajo la disponibilidad del demandado que persigue ampararse en la regla que dice que prueba solo el que afirma), o no puede conseguirla porque se ha perdido o extraviado.

En fin, la esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en poner en claro el alcance que tiene el deber de probar y la consecuencia que importa la falta de prueba. Pero hay que tener cuidado con los términos, porque al referir a "carga" se relega el concepto de "obligación", como que en materia procesal los derechos son potestativos, en el sentido de que a su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que los hace y su no realización consecuencias perjudiciales (138); y asimismo, también es conveniente alejarlo del criterio del "deber" porque el incumplimiento significaría una sanción, y lo que no se quiere es convertir al proceso civil en penalizador de las conductas, mucho menos cuando puede ocurrir que la falta de prueba sea producto de la ausencia de colaboración de quienes son partes procesales.

El concepto de carga, entonces, debe interpretarse a tono con el deber de juzgar, porque de la actividad probatoria depende la construcción de la sentencia, por eso, el problema no surge cuando las afirmaciones de las partes no se discuten o cuando el tribunal está firmemente convencido de la verdad.

Dice Micheli que, en definitiva, "el concepto de carga se basa sobre la correlación entre el ejercicio de de una facultad (empleo de un término más bien vago a fin de no comprometer el ulterior desarrollo del presente análisis), reconocida por la ley, y un resultado favorable, en cuanto, sin embargo, el ejercicio de la primera sea necesario para conseguir el segundo. Deriva de ello que mientras la necesidad de la obligación es absoluta, la que caracteriza la carga puede presentar diversos matices, variadas atenuaciones en cuanto otro sujeto tenga el poder de integrar el insuficiente ejercicio de la facultad. En estos casos se habla de *carga imperfecta*, lo que puede constituir otro precioso elemento para la crítica al concepto corriente de carga" (139).

## 591. Aspectos de la carga de la prueba

---

<sup>137</sup>. Couture *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 241.

<sup>138</sup>. Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 63.

<sup>139</sup>. Micheli, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 62.

La regla de actuar en beneficio del propio interés, en materia de prueba logra una notoria preponderancia, toda vez que marca la incidencia de la conducta en estos sentidos: a) Aloja en las partes que alegan el compromiso de verificar sus afirmaciones, obrando de alguna manera preventivamente, al saber el interesado que su escasa o ninguna actividad será suficiente para descalificar el contenido de la pretensión; y b) para el juez, puede servirle como regla o señal acerca de cómo debe fallar, evitando el *non liquet*, esto es, "una sentencia inhibitoria por falta de prueba, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hecho" <sup>(140)</sup>.

Al primer concepto se lo denomina "*carga objetiva*", porque precisa el interés del objeto a demostrar, es decir, no señala el deber de probar de quien alega, sino la carga de verificar un hecho determinado por quien tiene interés en confirmarlo. El otro aspecto es llamado "*carga subjetiva*" y se vincula con la falta de prueba y la decisión consecuente que ha de tomar el juez ante el hecho incierto. Al mismo tiempo, es la figura tradicional de enfoque en la cuestión, porque el origen de esta división es de 1883 cuando Glasser sostiene que se debe trazar una diferencia entre el *onus* formal y el *onus* material de la prueba [...] "la carga subjetiva o formal de la prueba es la carga de facilitar la prueba y la carga objetiva o material de la prueba es la carga de la certeza prescindiendo de la actividad de las partes" <sup>(141)</sup>.

Además, al estar la carga probatoria formulada sobre el *interés* no puede soslayarse la intención o voluntad para activar el ejercicio de verificación. La conducta procesal, entonces, cubre una faz de atención importante.

La carga es también una cuestión de *riesgo* que asume el mismo interesado. Si resuelve activar la verificación de los hechos que afirma se quita el "peso" de encima (en definitiva, el *onus* latino o el *onere* italiano, son traducciones de peso); si es renuente, crea una incertidumbre que grava la creencia de sus dichos. Para el demandado, la simple negativa le cubre un aspecto formal, aun cuando efectiva para el ejercicio de la defensa en juicio, pero es cierto lo que afirma Couture cuando sostiene que [...] "si no se quiere sucumbir como consecuencia de la prueba dada por el actor, entonces él, a su vez, debe producir la prueba de los hechos extintivos de la obligación" <sup>(142)</sup>.

### **591.1 Carga subjetiva (concreta)**

Le corresponde a Rosenberg la clasificación entre carga objetiva y subjetiva de la prueba, criticando la división de finalidades formales y materiales que considera de poco acierto. Por *carga subjetiva* de la prueba entiende la actividad de las partes desarrollada para suministrar la prueba de los presupuestos del precepto jurídico aplicable, con el propósito de evitar una sentencia adversa; mientras que la *carga objetiva* prescinde de toda actividad de las partes encaminada a hacer constar los hechos discutidos porque solamente interesa el resultado de los debates y la eliminación de la incertidumbre, en otras palabras [...] "determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se han preocupado en el sentido de hacerlas constar" <sup>(143)</sup>.

La noción es compleja ya que por una parte es *subjetiva* y *concreta* y por otro *objetiva* y *abstracta*. Ello quiere decir que, es *subjetiva*, porque contiene una norma de conducta para las partes y señala cuáles son los hechos que conviene

<sup>140</sup> Devis Echandía, Hernando, *Teoría de la prueba judicial*, tomo I, cit., p. 227.

<sup>141</sup> Glasser, citado por Silva Melero, *La prueba procesal*, tomo I, cit., p. 93.

<sup>142</sup> Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 243.

<sup>143</sup> Rosenberg, Leo, *La carga de la prueba*, traducción de Ernesto Krotoschin, Julio César Faira editor, Montevideo (2ª ed.), 2002, p. 21.

probar en cada proceso. Es *concreta*, en cuanto determina los hechos particulares que se han de demostrar por cada parte. A su vez, es *objetiva* por cuanto implica una regla general cuando falta la prueba; y es *abstracta* cuando dispone una pauta de apreciación que, sin referir a casos particulares, tiene el alcance de una guía de actuación judicial en todos los casos.

Por ejemplo, la carga de la prueba se vuelve subjetiva cuando en el proceso el juez fija los hechos (v.gr.: art. 360 inciso 3º, Código Procesal) y provee la prueba. En la práctica no ordena la producción probatoria, solo resuelve la oportunidad de las medidas dejando en el "interés" de las partes la actividad en tal sentido; al fin y al cabo, es una facultad de ellas que, persuadidas de la conveniencia de probar, pueden desde la realización conseguir una eventual sentencia favorable.

### **591.2 Carga objetiva (abstracta)**

La objetividad de la carga tiene en miras despejar el estado de incertidumbre, es la carga de la certeza, según Rosenberg, y tiene lugar en todo procedimiento en el cual se trata de aplicar normas jurídicas abstractas a una situación de hecho concreta <sup>(144)</sup>; bien sea un procedimiento dominado por el principio dispositivo cual el que rige en los llamados inquisitivos, o por una estructura intermedia.

La relación entre la carga subjetiva y la objetiva, solo se puede dar en los procesos dispositivos porque es el único modelo de debate donde coexisten; claro que, como vuelve a observar Rosenberg, el conflicto eventual que se puede suscitar es la prevalencia de la carga objetiva sobre la subjetiva, pues una vez decidido, gracias a las reglas de la certeza, lo que debe hacerse constar para que venza el demandante o el demandado es el grado de influencia que tiene la falta de prueba o la regla quién debió probarlo <sup>(145)</sup>.

## **592. Teorías sobre la distribución de la carga probatoria**

Clásicamente, la carga de la prueba se postuló como una regla de confirmación que tenía quien invocaba un derecho en su favor: el actor tenía que probar su pretensión, y el demandado sus defensas.

Este reparto, a pesar de la apariencia equitativa, en la práctica portaba una dureza rígida y extrema. Las partes otorgaban a la verificación un ejercicio interesado, donde no había cooperación entre ellas ni solidaridad hacia el órgano que debía captar la certeza. Colofón de esta característica era la imposibilidad de probar hechos que no fueran aportados por ambas partes, o que siendo manifestado por solo una de ellas, la otra quitaba toda posibilidad para demostrar y, ante la falta de colaboración, era sumamente difícil alcanzar el objetivo.

Conviene aclarar que el planteo se presentaba en el esquema de un procedimiento absolutamente dispositivo, que la historia, posteriormente, va tratando de atenuar al conjuro de principios que van evolucionando, pero que en líneas muy simples informan las etapas siguientes:

### **592.1 La tesis en el derecho romano**

Primero se dijo que *la carga probatoria le corresponde al actor (onus probandi incumbit actori)*. La tesis es de cuño romano. Se basa en que el demandante debe probar la verdad de sus dichos so pena de perder el juicio. Al

<sup>144</sup>. Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 25.

<sup>145</sup>. Rosenberg, *La carga de la prueba*, cit., p. 27.

reposar en el actor toda la actividad de prueba, el principio se volvió contra sí por la injusticia que creaba cuando el demandado, aun negando, escondía un artilugio de hechos impeditivos, extintivos o modificativos que también aquél debía verificar. Por otra parte, resultaba inaplicable en los casos de hechos beneficiados por una presunción legal, con el déficit acusado de no poder mudar el *onus probandi* o dejar al proceso con la inseguridad de no saber si el Juez atendería esa presunción, o bien que había falta de prueba.

El mismo derecho romano se hizo cargo del error y motivó un nuevo principio, que consistió en sostener que *la carga de la prueba le corresponde al que afirma o al que niega (ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat)*, evitando que la prueba fuera exclusiva tarea del actor, pero sin lograr demasiados cambios. Es una posición de auxilio que distribuye la carga de conformidad con las afirmaciones y negaciones.

Inclusive Windscheid sostiene que debe entenderse en el sentido de que si bien no es necesaria la negativa genérica, en cambio, sí lo es la afirmación concreta de un hecho negativo <sup>(146)</sup>.

Aun con esta aclaración, toda proposición negativa enrostra otra afirmación, o al menos, la sugiere; de modo tal que retorna al problema inicial.

Como una proyección de esta idea se dijo que *la carga de la prueba también le corresponde al que excepciona (reus in exceptione actor est)*, atribuyendo la carga de probar en la defensa ejercida, es decir, llevando el peso de la prueba hacia el argumento sin que interese en ello la negativa.

En realidad es una tesis que nada agrega, más allá de la claridad que puede tener una excepción o defensa de la prueba de un hecho negativo.

### **592.2 La clasificación de los hechos y la prueba**

Con Chiovenda se va a argumentar que el *onus probandi* depende de los hechos, a cuyos efectos los clasificó en constitutivos, impeditivos, convalidativos y extintivos <sup>(147)</sup>. Consecuencia natural de esta división fue distribuir la obligación probatoria entre hechos normales y extraordinarios, interpretando que los primeros estaban exentos de actividad a diferencia de los otros que debían probarse.

Decía Chiovenda que eran *constitutivos*, los hechos que establecen una situación jurídica determinada dando al titular la facultad de ejercitar una pretensión ante el órgano jurisdiccional. Generalmente, el hecho constitutivo es complejo en el sentido de estar formado por varios elementos (capacidad del sujeto, modalidad de la situación jurídica, etc), la ausencia de uno o más de esos elementos se articula en forma negativa, en la categoría de hecho *impeditivo*, es decir el que observa que alguno de los presupuestos procesales está limitado. Por su lado los hechos *extintivos* son aquellos que, supuesta la existencia del hecho constitutivo, hacen desaparecer la eficacia de éste: v.gr, la prescripción" <sup>(148)</sup>.

Los hechos *convalidativos* eximen de prueba, porque responden a la actitud voluntaria de quien se somete a una pretensión, o admite hechos tal como se plantean, o bien, reconoce la autenticidad de prueba instrumental. En cambio se llaman hechos *modificativos* los que alteran la relación jurídica presentada mediante la introducción de una versión distinta que afirma nuevos hechos, o transforma el efecto de ellos.

---

<sup>146</sup>. Cfr. Cuenca, ob. cit., p. 83.

<sup>147</sup> Cfr. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo II, cit., p. 92.

<sup>148</sup>. Chiovenda, *Principios de derecho procesal*, tomo II, cit., p. 189.

Sostiene Peyrano que con este cuadro de situación surgen dos verdades “de a puño” del proceso civil: el magistrado es soberano en materia normativa, merced a su facultad de obrar “*iura novit curia*”, hasta el punto de que puede apartarse o contradecir el planteo normativo efectuado por las partes; mientras que los litigantes son amos y señores del material fáctico al cual no puede colocar ni quitar nada el órgano jurisdiccional; estándole vedado a éste, de modo absoluto, decidir en mérito de hechos introducidos por mano propia. Esto último debe interpretarse en su justa medida porque, claro está, no impide, v.gr.: que el magistrado pueda valorar hechos notorios o evidentes pese a que no hubieran sido invocados por los contradictores <sup>(149)</sup>.

### **592.3 La verdad y la carga probatoria**

Con el paso del tiempo, la carga de la prueba pasó a ser una cuestión afinada, antes que en la obligación de probar, en la actividad necesaria para alcanzar la verdad. Por eso, tanto en Europa como en América, se comenzó a referir a la actividad de colaboración entre las partes, siendo la *carga de la prueba un principio trabajado desde la solidaridad entre partes*.

En nuestro país, Morello fue uno de sus propulsores. Las ideas del maestro platense ilustran al moderno derecho procesal en el sentido de la eficacia que de él se espera. El rendimiento de las instituciones no puede seguir descansando en preceptos sin vida práctica y funcional. Existe un acertado enfoque en dinamizar las conductas que, sin rechazar enroques inconvenientes, pongan a prueba el objetivo de alcanzar la verdad por ambas partes, en solidaridad y mutua colaboración procesal. Es evidente que la carga de la prueba, tal como actualmente se diseña, es una excusa del *non liquet*. Porque si la prueba obra incorporada al proceso, desaparece el problema de la carga y se concreta la *adquisición* para el juez. Resulta claro, entonces, que ante esa constatación es baladí hurgar en el presupuesto de a quien correspondía la prueba. Es indiferente establecer el sujeto que tenía el deber de verificar sus afirmaciones si ellos están ya demostrados.

También, acertadamente, Peyrano considera esa situación dinámica del proceso que obliga al replanteo permanente y hacen rotar el deber de cooperación o colaboración <sup>(150)</sup>.

El fenómeno de la solidaridad se torna en justicia cuando nos referimos a las pruebas que sólo puede acercar el adversario, por tenerlas a su disposición; de sostener que esto impide el equilibrio entre las partes, la posibilidad de incorporación es dificultosa al extremo, cuando no, prácticamente nula.

Esta es según nuestra posición el sistema que mejor concilia la función judicial con el objeto y finalidad de la prueba. En otros términos, no se desconoce el valor que tiene para el derecho de defensa en juicio, ampararse en la cómoda posición de obligar a solo una parte a que pruebe. Pero afirmar esto como consigna, supone tanto como ratificar que la carga probatoria es también un límite para encontrar la verdad, y que al proceso no le interesa descubrirla. Además, como la actividad probatoria exige resultados, dejar que el esfuerzo sea llevado por uno solo, no es equilibrar la balanza porque ésta tiene con el *onus probandi* un contrapeso considerable.

En consecuencia, el conocimiento judicial tiene que trabajar sobre hechos afirmados que sean veraces; con ellos se podrá llegar a la certidumbre necesaria para resolver el conflicto, *más allá de toda duda razonable*. Entonces, la carga probatoria no es una exigencia de actividad destinada a la parte que demanda o

---

<sup>149</sup>. Peyrano, *Los hechos secundarios del proceso civil...*

<sup>150</sup>. Peyrano, Jorge Walter, *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, ED, 107-1005.

pretende, sino una consecuencia dirigida al juez para apreciar la falta de prueba sobre los hechos afirmados y negados.

La *falta de prueba* no puede obligar al juez a sustituir la apatía de las partes produciendo él mismo aquellas que, propuestas, han quedado sin concreción por el propio desinterés o la negligencia de quienes debían instar su obtención. Lo que no priva al tribunal de ordenar la realización de *diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes* (art. 36 inciso 4º, Código Procesal).

Si reiteramos que el fin de la prueba es lograr convicción y certeza laborando sobre hechos reales y auténticos, el juez puede interrogarse qué hacer cuando no puede encontrar la verdad con los elementos que tiene. Las respuestas pueden variar, es cierto, pero en la dimensión de un proceso justo es evidente que cada circunstancia se debe ponderar en particular, asumiendo como regla del debido proceso, la necesidad de ser razonable en sus decisiones, evitando caer en actitudes estériles que se motivan únicamente en las ficciones irritantes de la ley procesal.

Hay veces donde la función de esclarecimiento que se le asigna no significa darle un poder exacerbado por el cual pueda, entre otras cosas, modificar el contenido de las pretensiones. Pero ello no puede llevar al desatino de creer que la calificación jurídica (en definitiva, la aplicación correcta sostenida en el *iura curia novit*) es invariable y delimitada por el principio de congruencia. Esto queda fuera de discusión.

Sí interesa ver qué pasa cuando ese marco jurídico depende de la prueba a producir y la misma no se concreta adecuadamente. La respuesta más simple es sentenciar en contra de quien tenía la carga de probar, y hacerlo responsable de su propia inacción; pero si admitimos que el deber de probar es compartido, tal pronunciamiento puede resultar un exceso.

Hay diferencias que se deben explicar en la dimensión de este principio: la primera orientación viene impuesta por cierto tipo de hechos que el juez no puede eludir ni tenerlos como inexistentes por la sola decisión de las partes de no haberlos alegado.

Por ejemplo, la declaración indagatoria en materia penal permite inquirir sobre cosas y lugares que no afectarán la presunción de inocencia, aun cuando puedan llevar a investigar sobre hechos no planteados por la defensa; en materia civil, sucede algo similar, cuando en el texto de las declaraciones aparece un testigo no propuesto, puede llamárselo a declarar aun sin intervención de las partes (art. 452, Código Procesal).

#### **592.4 El principio de colaboración**

Es una flexibilización al principio de la carga probatoria que rige en el proceso civil, por el cual se reparte el esfuerzo de confirmar o demostrar, entre quienes están en mejores condiciones para hacerlo. Ya sea por la proximidad con los medios de prueba, o por disponer de ellos.

El *favor probationis* o la teoría de las cargas probatorias dinámicas se inclina por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. La iniciativa se tomó, principalmente, en los procesos de responsabilidad profesional, y para ello se ha dicho que "[...] En materia de responsabilidad médica y como consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el médico es de actividad incumbe al paciente la carga de demostrar la culpa de aquél. Pero las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el paciente para acreditar la culpa del médico determinan que deba conferirse a la prueba de presunciones un elevado valor; por tanto evidenciados por

el paciente ciertos datos empíricos el juez debe deducir la culpa médica no probada en forma directa. Corresponde considerar probada la culpa si el daño, según la experiencia común, no puede explicarse de otro modo que no sea por la culpa médica, a menos que el demandado aporte prueba eficaz para liberarse de responsabilidad (<sup>151</sup>).

La voz "cargas probatorias dinámicas" pertenece a Peyrano, nombre con el que se puede o no coincidir pero que carece de importancia cuando se analiza el significado que importa. En tal caso, dice el renombrado jurista que [...] "el esquema de un proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad. Esto explica que modernamente se conciba que las cargas probatorias deban desplazar de actor a demandado o viceversa, según correspondiere. Pero llegados aquí, advertimos que falta recordar que las reglas de la carga de la prueba (que apuntan a determinar quién debió probar determinado hecho y sin embargo no lo hizo) sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que en tal caso, el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no probó. Igualmente falta traer a cuento que al despuntar los tiempos procedimentalistas constituyó dogma de fe (siendo por ende, inmodificable) el principio actor *incumbit probatio* (al actor, le incumbe probar), luego algo morigerado por el esquema según el cual al demandante le corresponde la carga de probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos, impeditivos y extintivos invocados en su propio beneficio. De todas maneras, dicho mecanismo tradicional estaba teñido por un "apriorismo" inaceptable que, fatalmente, distribuía las cargas probatorias de un cierto y determinado modo. Algo notable que merece ser señalado, es que dicho mecanismo no se ajusta al que debe funcionar dentro de juicios de naturaleza ejecutiva, por lo que se equivocaban, inicialmente, quienes lo presentaban como aplicable *urbi et orbi*. Y qué hablar de después, cuando la vida y hasta el propio sentido común permitieron "descubrir" coyunturas en las cuales el referido apriorismo en materia de esfuerzos probatorios, funcionaba mal" (<sup>152</sup>).

Ahora bien, la tarea de desplazar la prueba no quiere cambiar la carga de una parte hacia la otra, sino responder a la consigna de colaborar entre ellas para evitar que el proceso carezca de los medios convictivos necesarios para alcanzar la verdad. Si ellos faltan, comenzarán cuestiones de apreciación donde aparecen estándares como el orden normal de las cosas, el conocimiento privado del juez, las máximas de experiencia, etc., que ponen a la carga de la prueba en un orden secundario frente a quienes pretenden consolidar la idea de la carga como penalidad ante la insuficiencia probatoria.

Una vez más es Peyrano quien recuerda que en Francia "la jurisprudencia francesa ha evolucionado en el sentido de no requerir una prueba acabada de la culpa del profesional, sino que los jueces operan sobre los indicios que surgen de las pruebas arrimadas al proceso o presumen la negligencia. Es lo que se conoce como la *faute virtuelle*. Según esta doctrina el juez estima o presume la existencia de la culpa-negligencia cuando por la circunstancia en que el daño se ha producido, éste no se puede explicar según la común experiencia sino por la existencia de una falta médica. Esta teoría se ha aplicado en un caso donde el paciente cayó de una mesa de observación y en el de la lesión causada a un recién nacido en una cesárea cuando dicha lesión resulta totalmente anormal" (<sup>153</sup>).

---

<sup>151</sup>. CNCiv., Sala D, 1996/02/28, La Ley, 1997-C, 224.

<sup>152</sup>. Peyrano, Jorge Walter, *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, La Ley, 1991-B, 1034.

<sup>153</sup>. Peyrano, *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 1036.

### 593. La carga de la prueba en el Código Procesal

El art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Regula dos aspectos del principio: el párrafo primero adscribe a la corriente del deber de probar los hechos afirmados; no indica qué debe hacerse con los demás, aun cuando siguiendo pautas ya conocidas puede ratificarse que no necesitan de prueba las negaciones, ni los hechos admitidos, reconocidos, confesados, es decir, que hubieran perdido el carácter de controvertidos.

El segundo párrafo parece tomado de Rosenberg que es el creador de la teoría que sostiene que *la carga de la prueba consiste en verificar los presupuestos de hecho de la norma*, pero tiene una confusa redacción. Al señalar que debe probarse dicho "presupuesto" pareciera querer indicar que debe verificarse el derecho, lo que naturalmente es improcedente a tenor del principio *iura novit curia*.

Además el "deber" no se convierte en "carga" por la sola mención del precepto, pues recordemos que el carácter subjetivo de la carga, obra aquí como previsor de resultados inconvenientes o no queridos. Si no hay prueba no habrá verificación del presupuesto de hecho que confirme el fundamento de una pretensión. Esta interpretación sugiere tener por cierta en la norma la necesidad de que se prueben tales presupuestos que son, a su vez, los que producen los efectos jurídicos que se invocan.

Ahora bien, la disposición comentada centra sus proyecciones en dirección del actor, tanto como para que verifique los hechos afirmados, como para que pruebe el presupuesto de hecho que la norma requiere para producir una determinada consecuencia jurídica. Ello no significa apartarse de la denominada "carga objetiva", utilizada en otros como regla o enunciado de proceder en la limitación o falta de prueba.

La relación que tiene el precepto con el art. 386 del orden adjetivo federal, referido a la apreciación de la prueba conforme las reglas de la "sana crítica", puede completar el déficit, porque estas "reglas" a que alude la ley y que no se definen en ordenamiento de fondo alguno, constituyen simples directivas, indicaciones o consejos dirigidos al sentenciante.

Son normas de lógica que corresponden al criterio individual de los jueces y respecto de los cuales éstos son soberanos en su interpretación y aplicación. Surge necesaria e imprescindible esta vinculación, por cuanto la *carga subjetiva* de la prueba obra irremediabilmente como pauta, como sanción o como imposición, pero siempre en derredor del análisis crítico del juez a la hora de sentenciar. Precisamente por esto, el *onus probandi* recién tiene dimensión tangible al tiempo de razonarse los fundamentos, los sucesos y demás obrados que hacen al fallo (*carga subjetiva*).

En tal sentido, dice Eisner que [...] "cuando el juez advierte que un hecho controvertido, de importancia en la causa, ha quedado sin justificar, no resultando que haya ocurrido ni que haya dejado de ocurrir, recién entonces buscará guía y mandato en las normas sobre la distribución de la carga de la prueba y rechazará la pretensión de aquella parte que tenía interés en afirmarlo por valer de sustento a la misma y al derecho invocado, que lo exige para conceder sus efectos jurídicos" <sup>(154)</sup>.

### 594. La carga de la prueba y la responsabilidad profesional del que "no prueba"

Si la carga de la prueba se adopta como una cuestión de riesgo, la responsabilidad del que tiene el deber de verificar los hechos afirmados se puede trasuntar en consecuencias gravosas por el "no hecho". El Código Civil establece el

---

<sup>154</sup> Eisner, Isidoro, *Nuevos Planteos Procesales*, La Ley, Buenos Aires, 1991, p. 178.

deber de reparar los actos que a consecuencia de culpa o negligencia ocasionen un daño a otro (art. 1109), aunque la omisión perjudicial solamente hace responsable a la persona cuando una disposición de la ley le imponga la obligación de cumplir el hecho omitido (art. 1074, Código Civil).

El sistema de la responsabilidad en materia de carga de la prueba no es individual en la medida que se nutre de los principios de la responsabilidad profesional, y de la relación estricta de al menos tres elementos comunes para determinarla. El primero se refiere a la acción incorrecta, imperfecta o inoficiosa, o bien a la omisión directa que origina el daño, y la relación de causalidad entre ambos. El siguiente define la individualidad de la culpa por el obrar negligente dentro del proceso o su adhesión a las reglas de responsabilidad profesional; y el tercero a la entidad misma de la responsabilidad emergente, en el sentido de resolver si es objetiva u objetiva.

La culpa en el proceso se traduce también como negligencia, relacionando las dos al letrado con la asistencia profesional idónea. La apreciación de ella no es un reproche al comportamiento, sino la aplicación de las reglas del "*onus probandi*" al resultado probatorio; por eso, cualquier acción u omisión no sanciona al profesional poco diligente sino, tan sólo, impide obtener una sentencia favorable.

En cambio, la decisión puede ser el documento que respalde una demanda por responsabilidad profesional (por pérdida de la chance), basados en la doctrina *res ipsa loquitur*, (la cosa habla por sí misma), que extrae la prueba de la culpabilidad de lo que se denomina la propia naturaleza de las cosas.

La falta de prueba, por sí misma, no es la que ocasiona el deber de reparar, sino la fuente probatoria de la que se desprende el obrar poco diligente que se traduce en el pronunciamiento jurisdiccional; de allí que cuando se demanda por responsabilidad profesional la teoría general de la reparación no cambia sus estándares exigiendo los presupuestos siguientes: *a)* antijuricidad, *b)* daño sufrido, *c)* relación de causalidad, y *d)* factor de atribución.

Antijurídica es la conducta desenvuelta; porque el contrato que celebran cliente y abogado para la defensa de los derechos del primero con motivo del ejercicio profesional, debe enmarcarse en lo que se denomina "contrato atípico", donde el profesional no asegura el éxito del proceso, sino el empleo de los recursos conducentes al mismo, constituyéndose en una obligación de medios y no de resultado. La responsabilidad del abogado debe hacerse efectiva cuando éste infringe los deberes que le incumben concernientes al patrocinio o a la representación de su cliente. Por su parte la culpa del abogado se caracteriza por haber causado perjuicio a su cliente con su actuación, su dirección o sus consejos, en virtud de no haber sabido lo que un profesional de su categoría ha debido saber<sup>(155)</sup>.

El daño se configura con la sentencia denegatoria basada en la omisión negligente de probar; antes que en la falta de prueba suficiente o bastante para lograr conmovir el ánimo del juzgador.

Por su parte, el factor de atribución es el fundamento del deber de reparar. Frente a un daño causado, este elemento es el hilo conductor hacia al responsable, de allí que sea imprescindible demostrar que la pérdida del proceso surge a consecuencia de la omisión de cumplir con la carga de la prueba.

Finalmente, la relación de causalidad es el nexo que vincula el proceder profesional con el resultado probatorio. Ha dicho Trigo Represas que [...]: "El abogado es quien diseña la estrategia jurídica del caso que presente o defiende, conoce las opiniones doctrinales y tendencias jurisprudenciales, etc. El cliente del

---

<sup>155</sup>. Ramírez, Jorge Orlando, *Indemnización de daños y perjuicios*, Tomo 5, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, ps. 101/103.

citado profesional es –normalmente– desconocedor del campo científico y técnico del abogado. Por ello en general se acepta que, la prueba de la existencia de una relación causal adecuada entre la conducta del abogado y el daño queda a cargo del damnificado (<sup>156</sup>).

---

<sup>156</sup>. Trigo Represas, Félix, *Responsabilidad civil del abogado*, Revista de Derechos de Daños, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2000, p. 88

## TERCERA CLASE

### LA PRUEBA DOCUMENTAL

#### 1. Noción de prueba documental

Entre los distintos medios probatorios regulados por nuestro código procesal nacional, es sin duda la prueba documental, el instituto con más peso a la hora de inclinar la balanza hacia alguno de los contendientes.

Y ello resulta lógico por resultar la manera más confiable de brindar confiabilidad y seguridad, en torno a establecer la existencia de las relaciones jurídicas allí contenidas.

Este trabajo persigue llevar adelante un estudio procesalista y no procedimentalista del instituto, es decir, trataremos de abordar el estudio de la prueba, con la mirada dada por la ciencia procesal y no por la simple exégesis de los artículos que regulan el funcionamiento del presente medio probatorio.

La evolución tecnológica de los medios de comunicación, han incorporado nuevas formas de representar hechos voluntarios lícitos generadores de relaciones jurídicas, que nuestra legislación intenta regular brindando confiabilidad y seguridad en la exigencia de sus requisitos formales.

El problema se presenta en que el sistema legislativo sigue siendo insuficiente y el proceso judicial se encuentra frente al dilema de la búsqueda de sistemas de valoración que permitan valernos de la inestimable utilidad que presentan en el mundo actual para la resolución de conflictos, las nuevas formas de instrumentación y almacenamiento de datos digital.

La prueba documental probatoria fue progresivamente evolucionando en la legislación, a medida que la escritura fue ampliando su campo de acción, tornando inmutable su mantenimiento, situación que impide, sea por temor o desconfianza, la incorporación de nuevas tecnologías.

En un primer momento, la prueba testimonial después de la confesión, resultaba ser el medio probatorio de mayor importancia para los jueces, dado que la palabra del hombre, influenciada por la divinidad, era la forma de comprometerse más segura y confiable existente por entonces.

El documento comenzó a ser utilizado, en el derecho hebreo como medio para la acreditación del matrimonio y para la prueba de la venta de inmueble, del mismo modo que en Asiria, Egipto, Grecia y Babilonia, donde sería también empleado como prueba de los contratos de préstamo o mutuo, anticresis, comodato, y en los juicios de divorcio, etcétera, tal cual se lee en el Código de Hammurabi (2250 a.C.)

En la Roma. Antigua predomina la *prueba testimonial* hasta entrado el imperio, aunque durante las *legis Actionis*, existían *ciertas pruebas documentales* (vgr. *codees rationum mensae o argentariae utilizado por los banqueros*), tendencia que se acentuaría en el *formulario* al empezarse a exigirse la *prueba literal* para ciertos contratos (*obligatio quae contrahitur literis*) y actos.

En esta época los documentos no se firmaban como en la actualidad, sino que existe un procedimiento denominado *manufirmitio*, mediante el cual después de darse lectura a los mismos por su autor o por el notario se los desplegaba sobre una mesa, se les pasaba la mano encima en prueba de aceptación, estampándose acto seguido el nombre del autor.

Posteriormente los documentos que las partes querían mantener fuera de toda controversia en cuanto a su autenticidad, se depositaban en poder del *magíster census* en Roma, o bien de los magistrados municipales de las provincias, razón por la que en Constantinopla, Justiniano debió ordenar la creación de archivos, en todas las poblaciones.

Constantino restringe la prueba testimonial, incidiendo inversamente a favor de la documental, en parte debido a la menor fe que merecía la palabra del hombre, al disminuir la influencia que la religión ejercía.

La ley 9, Código de testibus, 4, 20, negaba valor al testimonio proveniente de testigo único, de donde se extrae la máxima *unus testis nullus testis* y la ley 1 eod. Tit. (ley griega) sostenía que ya no podía producirse testimonio no escrito contra testimonio escrito (*contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur*).

Existían para esta época varias categorías de documentos: los documentos públicos (acta o gesta) redactados por oficiales públicos, que hacían plena fe aun después de muerto su autor, donde ninguna prueba podía desvirtuar su validez, salvo que persiguiera demostrar la falsedad o error en el documento; una segunda categoría, lo constituían los Instrumentos públicos, actas notariales o *instrumenta forensia* que se hallaban subordinados a la vigilancia de los magistrados, gozando de mayor fe que los instrumentos privados que conforman la tercera categoría, en los que era costumbre que intervinieran también testigos, cuya eficacia quedaba sujeta a la declaración de ellos en el supuesto de que fueran desconocidos.

Con la caída del imperio romano y su conquista por los primitivos pueblos germánicos, el documento volvió a caer en desuso en el comercio y en los procedimientos judiciales, por varios siglos hasta la edad media, donde por obra del Derecho Canónico, se lo empleó decididamente como medio de prueba de celebración de los contratos, matrimonios, nacimientos y defunciones, y también como medio de prueba judicial, dando nacimiento a la función notarial tal como hoy se la conoce.

Es justamente el Derecho canónico quien influye y penetra en las Leyes de las Siete Partidas (1260) en las que se acepta el documento para la prueba de Testamentos, convenciones y hechos.

Posteriormente este régimen jurídico se expande a Portugal e Italia, donde en 1241 comienzan a sancionarse algunos estatutos notariales como en Vercelli, Niza, Ravenna, etc... .

Las Partidas acentúan la necesidad de la escritura "...porque lo que antes fuere hecho, no se olvidase, y supiesen los hombres por ella las cosas que eran establecidas,..." Partida Tercera, 28, introd., clasificando a los instrumentos como públicos, auténticos y privados.

Los instrumentos públicos eran aquellos celebrados ante un escribano público y en presencia de testigos (partida tercera, 18 Ley 1).

Los instrumentos auténticos lo constituían los suscriptos, sellados y formados por el rey, los obispos, los nobles o concejos, y los privados, eran los que extendían particulares.

Tanto los instrumentos públicos, como los auténticos hacían plena fe, en cambio los privados, requerían el reconocimiento de la parte o su comprobación por dos testigos de vista, vale decir, personas que hubiesen presenciado la firma.

Existen destacados compendios normativos que regulaban sobre la materia, así en 1453 se sanciona el estatuto de Bolonia, aprobado por el Papa Nicolás V, quien prohibió la prueba por testigos de los pagos de mas de 50 libras y de los contratos de mas de 100 libras. Luego un estatuto de Milán de 1498 también prohibió la prueba testimonial respecto de ciertos actos, posteriormente la

ordenanza de Moulins, de 1566, requirió el instrumento notarial para la prueba por escrito de todo contrato que excediese la suma de 100 libras y pagos superiores a 50 libras, modificándose posteriormente en 1667 por la Ordenanza de San Luis, que acordó igual eficacia al instrumento privado.

La regla de que el documento priva sobre el testimonio se recepta en el Código de Napoleón (*lettres passent temoins*), del cual pasa a los restantes ordenamientos europeos y legislaciones latinoamericanas. Y así fue forjándose la importancia de la escritura en la constitución de los negocios jurídicos, por la seguridad que brinda en la acreditación de su existencia.

Agrega ALSINA a lo expuesto que la importancia de la prueba escrita ha sido progresiva en la legislación, a medida que los beneficios de la escritura se extendían paulatinamente dejando de ser el privilegio de una clase determinada para formar parte de la cultura general

Pero hoy, existen otras formas de instrumentar relaciones jurídicas entre los hombres, y formas o substratos materiales que superan al papel en su inalterabilidad y confiabilidad (vgr. la firma digital, archivos digitales, etc...), las que también corresponde tener presente como medios de acreditación de hechos litigiosos.

Etimológicamente se entiende por documento, como una cosa que *docet*, esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo; por eso, documento es una cosa que sirve para representar otra.

Por otra parte, siendo la representación siempre obra del hombre, el documento, más que una cosa, es un *opus* (resultado de un trabajo)<sup>157</sup>.

Entiende ALSINA que documento es toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal. Son documentos materiales, entre otros, los equipos, las tarjetas, las marcas, los signos, las contraseñas, y por su parte son literales, las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica y para las cuales se reserva el nombre de instrumentos<sup>158</sup>.

Lejos de lo expuesto el documento se manifiesta como aquella cosa u objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza.

Por ello no sólo son documentos los que llevan signos de escritura, sino también todos aquellos objetos que como los hitos, planos, marcas, contraseñas, mapas, fotografías, películas cinematográficas, citas magnetofónicas, etcétera, poseen la misma aptitud representativa. No compartimos por ello el criterio en cuya virtud se erige en elemento decisivo para trazar el concepto de documento el hecho de que el correspondiente objeto, por su naturaleza *procesalmente mueble*, pueda ser llevado a la presencia del juez<sup>159</sup>.

Como sostiene Chiovenda, documentos son todas las representaciones materiales que expresan una manifestación del pensamiento (*Principios de Derecho Procesal*, tomo II, cit. pág. 334), mientras que instrumentos, son los medios particulares o especiales de aquellos (vgr.: los papeles de comercio)<sup>160</sup>. que se diferencian de los otros tipos por cuanto contienen una forma de pensamiento, una instrucción, o acto intelectual y voluntario, a lo que debe añadirse que además de

<sup>157</sup> CARNELUTTI, Francisco, "Sistema de Derecho Procesal, II Composición del proceso" (Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo), E. Uthea Argentina, ps.414/417.

<sup>158</sup> ALSINA, H., Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942, t. II, n° 2; en FASSI Santiago C. "Código Procesal Civil y Comercial", Comentado, anotado y concordado, T° 2, Editorial Astrea, edición 1975, p.1.

<sup>159</sup> PALACIO, Lino, "Derecho Procesal Civil", T° IV "Actos procesales", Editorial Abeledo-Perrot, edición 1977, p.4717/418.

representar un pensamiento, debe el hecho allí contenido ser apto para producir efectos jurídicos<sup>161</sup>.

Hoy se puede definir al documento como una cosa corporal, simple o compuesta, idónea para recibir, conservar, transmitir la representación descriptiva, emblemática o fonética de un dato jurídicamente relevante.

La fuente de prueba en el tema que nos ocupa (elementos de la realidad que se quieren llevar al proceso) consiste en las imágenes, sonidos palabras captadas mediante aparatos de filmación, grabación, mientras que el medio probatorio está constituido por la forma de incorporación y reproducción al tribunal<sup>162</sup>.

Es decir, aglomera todas aquellas formas de representar hechos o actos jurídicos, que serán relevantes al proceso en la medida que reflejen las circunstancias fácticas sostenidas por la pretensión o defensa.

Enseña Falcón, desde un punto de vista amplio, que el documento es toda huella, dato, vestigio –natural o humano– que se asienta sobre un objeto y que nos permite advertir que éste sea constituido en registro de un hecho. Los objetos que vienen a ser los documentos a los que ahora nos referimos pueden ser impresionados entonces por hechos naturales o humanos. Entre los primeros encontramos, por ejemplo, una falla geológica y entre los segundos una estatua. En el proceso interesan mayoritariamente los objetos (documentos) impresionados por hechos del hombre, aunque no dejan de ser importantes otros (como por. ej., los daños producidos por el granizo). Los documentos (objetos impresionados) contienen. Ese mensaje puede ser útil a los efectos jurídicos cuando contengan un dato que haga al proceso. El mensaje es diverso, pues puede responder a un acto voluntario (como una carta, un contrato, una confesión, etcétera). Como involuntario (restos, impresiones digitales, rastros de ADN, papeles sueltos, daños naturales de los que derive responsabilidad objetiva, etcétera)<sup>163</sup>.

## 2. Los instrumentos públicos

Nuestro código civil se ha ocupado de regular dos tipos de instrumentos, los públicos y los privados.

Los instrumentos públicos, son aquellos provenientes de un funcionario público en el ejercicio de su cargo, o autorizado por este, encontrándose regulados en los Arts. 979 y siguientes del Código Civil, que dan fe por sí mismos, hasta tanto no sean argüidos de falsos.

Nuestro ordenamiento jurídico sustancial traza entre las disposiciones del Código Civil, la reglamentación de todo lo concerniente a su forma, contenido y fuerza probatoria (Arts. 979, 993, 994, 995, 1012, 1015, 1020, 1023, 1024, 1025, 1026, 1031, 1032, 1033, 1035 y concordantes); mientras que el Código Procesal se ocupa solamente de regular las formas bajo las cuales esos "documentos" se pueden hacer valer en juicio, a la forma de autenticarlos, cuando fueran privados, y al trámite para su impugnación.

---

<sup>160</sup> GOZAINI, Oswaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo 1, editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 284..

<sup>161</sup> KIELMANOVICH, Jorge L., "Teoría de la Prueba y Medios Probatorios", Editorial Rubinzal-Culzoni, 10 de abril de 2001, p-. 367.-

<sup>162</sup> CARBONE, Carlos Alberto, "La prueba documental de grabaciones o filmaciones privadas en el proceso penal", *Revista de Derecho Procesal*, Prueba II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Año 2005-2, pág. 359.

<sup>163</sup> FALCON, Enrique M., "Tratado de la Prueba", *Civil. Comercial. Laboral. Penal. Administrativa.*, Tº 1, Editorial Astrea, Edición 2003, p.836.

Por ello la incorporación de la prueba documental se remite a normas particulares, y el estudio de documentos particulares tiene expresiones distintas según la norma aplicable en cada supuesto<sup>164</sup>.

Las corrientes doctrinales acerca del concepto de instrumento público pueden ser encasilladas en tres grupos:

*Tesis amplia:* considera que basta la intervención de un agente o funcionario público para que exista instrumento público. Quien sustenta esta posición con más decisión ha sido Spota, quien comienza afirmando que el instrumento público tiene por principal nota característica la de haber sido otorgado ante un órgano estatal (agente administrativo o funcionario) que posee atribución legal para darle autenticidad.

*Tesis restringida:* estima necesario para que haya instrumento público, que una ley-en sentido material y formal- confiera la facultad específica de otorgar esta clase de instrumentos. Dentro de esta orientación, afirma *Carnelutti* que hay dos nociones de documentos públicos, una se refiere a documentos públicos *stricto sensu*, originados en el ejercicio de una actividad pública específicamente dirigida a la documentación, la actividad notarial; otra, que comprende los documentos públicos en sentido amplio, originada en el ejercicio de una actividad pública diversa.

*Tesis intermedia:* Considera demasiado estricto -sobre todo en cuanto se refiere a las actuaciones administrativas- el requisito del dictado de una ley, y extiende a otros casos la posibilidad de que se creen instrumentos públicos. En este sentido, Cassagne considera que el instrumento público es una especie del género documento público, que comprende también las meras actuaciones administrativas, carentes del carácter de instrumentos. En su criterio, son instrumentos públicos los emanados de los órganos administrativos que se caracterizan por su autenticación o refrendo, cuyo valor probatorio es el asignado por los Arts. 993, 994 y 995 del Código Civil<sup>165</sup>.

La consideración de la materia está en el artículo 979 del Código Civil que asigna carácter de documentos públicos, denominándolos instrumentos, a los siguientes:

- a) Escrituras públicas.
- b) Demás instrumentos extendidos por los escribanos y funcionarios públicos.
- c) Asientos en los libros de los corredores.
- d) Actas judiciales.
- e) Letras del gobierno, títulos del tesoro público o letra que le pertenecen, inscripciones de la deuda pública, acciones, billetes, etcétera.
- f) Asientos en los libros del Registro Civil.

Para que un instrumento público sea considerado válidamente constituido debe cumplir con los siguientes requisitos mínimos:

- a) El oficial autorizante debe ser capaz, es decir, hábil para la función.
- b) El oficial debe ser competente tanto en la materia como el territorio donde ejerce sus funciones (art. 980 CC).

<sup>164</sup>GOZAINI, Oswaldo Alfredo, "Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación", T. II pág. 385, La Ley. Año 2003.

<sup>165</sup> CIFUENTES, Santos, LAGOMARSINO, Carlos, ORELLE, José M., SMITH Juan C. ZANNONI, Eduardo, ob.cit. págs. 476495.

c) Los instrumentos deben cumplir con las formalidades exigidas por la ley, bajo pena de nulidad (art. 986 del Código Civil).

Aquel instrumento que adoleciera de alguno de estos elementos, se encuentra viciado y por ende impedido de producir efectos jurídicos eficientes.

Las vías procedimentales bajo las cuales podremos impugnar la validez de estos instrumentos, son tres: La acción civil prevista en el artículo 993 del Código Civil, la querrela criminal por falsedad de los artículos 292 a 298 bis. del Código Penal, y por vía incidental en el proceso instaurado, a través de la redargución de falsedad prevista por el artículo 395 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

### **2.1 Oposición e impugnación de los instrumentos públicos. La redargución de falsedad**

El diccionario de Real academia Española indica que el verbo argüir, de donde deriva la voz redargución, proviene del latín de "arguere" y en su primera acepción significa "sacar en claro, deducir como consecuencia natural".

Ese término en su cuarta acepción significa "aducir, alegar dar argumentos a favor o en contra de alguien o algo". Mientras que en su quinta acepción significa: "disputar impugnando un sentencia u opinión ajena"<sup>166</sup>.

Se denomina redargución de falsedad a la impugnación que se concreta sobre un instrumento público.

Es un trámite diferente al que establece el art. 993 del Código Civil, dado que éste permite que la pretensión declarativa de falsedad se promueva mediante acción civil (art. 993 del Código Civil) o criminal (Arts. 292 a 298 bis. del Código Penal), mientras que la redargución en el proceso se plantea como incidente.

La falsedad que se plantea puede tener distintos motivos. O se ataca la autoría del instrumento; o las fechas y/o lugares que indica; o bien, se fundamenta en el contenido. En otros términos, es la división clásica entre la falsedad instrumental y la falsedad ideológica<sup>167</sup>.

Estas categorías coinciden en la doctrina procesal, pues al hablar del incidente de redargución de falsedad se mencionan –desde antaño- la falsedad material (actos pasados ante el oficial público o realizados por éste) y la falsedad intelectual (cláusulas dispositivas y enunciativas directas). Falcón, agrega a esta clasificación la falsedad ideológica.

Cuando la impugnación se realiza contra un instrumento público, procede la redargución de falsedad. De manera que dentro de la falsedad distinguimos: a) la falsedad material; 2) la falsedad intelectual, y 3) la falsedad ideológica<sup>168</sup>.

Este acto procesal destinado a obtener la declaración de invalidez de un documento público o de un documento privado reconocido, no cubre todas las posibilidades de falsedad ideológica que pueden presentarse. Si se trata, en efecto, de un documento público, la redargución de falsedad puede fundarse: 1º) En la adulteración material resultante de no haber sido otorgado por el funcionario que aparece suscribiéndolo, o de haberse alterado, sea en la matriz o en la copia, por vía de supresiones, modificaciones o agregados, una o más de las enunciaciones que contenía (falsedad material); 2º) En la exactitud de los hechos que el oficial o

---

<sup>166</sup> ROJAS, JORGE, ob. cit. pág.48.

<sup>167</sup> GOZAINI, Oswaldo, Alfredo, Ob. Cit. pág. 397

<sup>168</sup> FALCON, Enrique, M, ob. Cit., pág. 881

el funcionario público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia -art. 993 del Cód. Civil- (falsedad ideológica).

La redargución de falsedad, por consiguiente, es inadmisibles para acreditar la falsedad ideológica de los hechos simplemente relatados por las partes al oficial o funcionario público (arts. 994, y 995 del Cód. Civil) o de las enunciaciones contenidas en un documento privado, ya que en tales supuestos, como se ha indicado, es suficiente la simple prueba en contrario<sup>169</sup>.

Sobre este particular se ha resuelto que "La "fidedatio" que emana del acto notarial no ampara la sinceridad de lo manifestado por los intervinientes. Es por ello que cuando se pretende la declaración de falsedad ideológica no es procedente la redargución de falsedad, pues la misma está prevista para los casos de ausencia de autenticidad material."<sup>170</sup>.

Existen diversos modos de plantear la falsedad de un documento público o de un documento privado reconocido puede hacerse valer mediante la interposición de una *pretensión autónoma* o por vía de *incidente*.

- a) En el primer supuesto puede a su vez tratarse de una pretensión civil, el carácter meramente declarativo y cuya finalidad consiste en obtener un pronunciamiento que destruya el valor probatorio del documento, o bien de una pretensión penal que, como tal, tiende a lograr la aplicación de la pena correspondiente a los autores de la falsedad aunque, eventualmente, gravitará sobre el proceso civil en el cual se haya presentado el documento impugnado.
- b) A esta última vía se refiere el art. 395 del CPN<sup>171</sup>. La falsedad de un documento debe necesariamente invocarse por la parte a quien se opone, en oportunidad de contestar el traslado que de aquél corresponde conferirle inmediatamente después de haberse acompañado al proceso. La falta de impugnación en tales oportunidades produce preclusión respecto de la facultad de interponerla con posterioridad y, por ende, de la facultad de proveer el incidente ya que la admisibilidad de éste se halla supeditada a la oportuna impugnación del documento<sup>172</sup>.

Efectuada la impugnación en las oportunidades precedentemente señaladas, sobre el impugnante pesa la carga de promover el incidente dentro del plazo prescripto por el art. 395. Mientras la impugnación constituye un acto procesal preparatorio cuyo contenido debe limitarse a la mera afirmación de la falsedad del/los documentos presentados, en el escrito de iniciación del incidente el impugnante debe fundar clara y concretamente aquella afirmación en los hechos y en el derecho, y ofrecer toda la prueba de que intente valerse (art. 178 del CPN).

Sobre este particular ha resuelto la CSJN que la redargución de falsedad requiere la impugnación previa, que debería ser efectuada al contestar el traslado conferido de la documentación acompañada o cuando se lo exhibe para su

---

<sup>169</sup> PALACIO, Lino Enrique, ob. Cit. págs. 455/456.

<sup>170</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F (CNCiv)(SalaF), 1995/09/15, Bejarano, Carlos A. y otro c. Consorcio de Propietarios Corrientes 4924/26 y otro. LA LEY, 1997-D, 861 (39.739-S).

<sup>171</sup> El art. 395 del CPCCN, dispone: "La redargución de falsedad de un instrumento público tramitará por incidente que deberá promoverse dentro del plazo de diez días de realizada la impugnación, bajo apercibimiento de tenerla por desistida. Será inadmisibles si no se indican los elementos y no se ofrecen las pruebas tendientes a demostrar la falsedad.

*Admitido el requerimiento el juez sus penderá el pronunciamiento de la sentencia, para resolver el incidente juntamente con ésta.*

Será parte el oficial público que extendió el instrumento".

<sup>172</sup> PALACIO, Lino Enrique, ob. cit. 455/457.

reconocimiento, pues esas oportunidades son, las más apropiadas para asegurar el derecho de defensa, y es a partir de entonces que corre el plazo previsto en el Art. 395 del Cód. Procesal<sup>173</sup>.

Se ha decidido que si los factores acreditantes de la ausencia de autenticidad que se menciona son manifiestamente inconducentes, debe rechazarse in limine, siendo ello la aplicación del principio que estatuye el art. 179 del CPN.

En el incidente son admisibles toda clase de pruebas incluso la testimonial. En el escrito de promoción del incidente y en el de su contestación, las partes deben indicar los documentos sobre los cuales ha de versar la pericia (art. 391), y en la hipótesis de no mediar acuerdo sobre el particular el juez debe determinarlos (art. 393).

El incidente de redargución de falsedad, que debe tramitar en pieza separada (art. 175), no se suspende la prosecución del proceso principal sino el pronunciamiento de la sentencia definitiva, ya que ésta, de acuerdo con lo dispuesto por el apartado segundo del art. 395, debe resolver la tacha de falsedad conjuntamente con las restantes cuestiones planteadas en el proceso.

En el supuesto de prosperar el incidente, la sentencia debe declarar la ineficacia probatoria del o de los documentos impugnados, sin perjuicio de disponer la remisión de los antecedentes a la justicia penal a fin de que se investigue acerca de la comisión y autoría de algún posible delito<sup>174</sup>.

### 3. Instrumentos privados

Los documentos privados son todos aquellos documentos que no encuadran dentro del concepto de documento público. Por vía de exclusión, en consecuencia, revisten aquel carácter todos los documentos que provienen de personas privadas, sean partes o terceros con relación al proceso en el cual se hacen valer<sup>175</sup>.

Pasando a tratar los *instrumentos privados*, se los puede definir como aquellos, en los que no interviene funcionario público alguno, por lo tanto no tienen valor por sí mismos, hasta que no sean declarados auténticos, por el reconocimiento expreso o tácito a quien perjudiquen.

Son creados por voluntad expresa de las partes manifestada en documentos firmados, que no requieren formalidad especial alguna, de acuerdo al principio de *libertad de formas* expresado por el art. 974 del Código Civil y cuyos requisitos de validez se encuentran regulados por los Arts. 1012 a 1036 del Código Civil<sup>176</sup>.

De acuerdo a lo reglado en el Art. 1012 del Código Civil la firma es una condición esencial para existencia de todo acto bajo forma privada, la firma es apta como expresión de la identidad y de la voluntad del sujeto que la estampa.

Así, se entiende por firma la signatura autógrafa del documento, es decir, el escribir una persona su nombre, sea o no inteligible, para identificarse como el autor jurídico del documento, o para adherirse él, o para dar fe de su otorgamiento como testigo actuario, o para autorizarlo o autenticarlo como funcionario público. Hablamos de autor jurídico, para distinguirlo de quien elabora o escribe un

---

<sup>173</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 1998/05/07, Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c. Provincia de San Luis. LA LEY, 1998-E, 56 - DJ, 1998-3-1175.

<sup>174</sup> PALACIO, Lino Enrique, ob.Cit. págs. 458/460.

<sup>175</sup> PALACIO, Lino Enrique, ob. Cit., pág.439.

<sup>176</sup> KIELMANOVICH, Jorge L., "*Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*", Editorial Rubinzal Culzoni, año 2001, pág. 367.-

documento (autor material) por encargo de otra persona, en cuyo caso ésta tiene aquella calidad<sup>177</sup>.

Esta firma no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres, salvo excepciones bajo condiciones especiales, como el supuesto del art. 3633 del Código Civil.

Respecto de los instrumentos no firmados los mismos si bien no pueden constituir actos jurídicos por sí mismos, sirven como medios probatorios (art.1190 del Cód. Civ.).

Los firmados por signos e iniciales pueden tener validez (art. 1014 del Cód. Civil).

Cuando a los sucesores o el defensor oficial intervinientes, se les requiera el reconocimiento de la firma podrán limitarse a declarar que no saben si la firma es o no de su autor, conforme arts. 1032, Cód. Civ. y 356 inc.1 *in fine* CPCCN.

Sabido es que en nuestro ordenamiento impera el principio de libertad de formas conforme el art. 974 Cód. Civ y la libertad de idiomas y solemnidades de estos actos dado por el art.1020 del mismo código.

El art. 1031 del Cód. Civ., dispone que, "todo aquel contra quien se presente en juicio un instrumento privado firmado por él, esta obligado a declarar si la firma es o no suya; y si negare su firma, se deberá ordenar el cotejo y comparación de la letra (art. 1033 del mismo código).

Existen supuestos especiales de instrumentos privados que a modo de ilustración analizamos y ellos son:

**Telegramas, cartas documentos:** Existe una diferencia actual en los sistemas de telegramas y cartas documentos, en razón de la privatización del servicio. Con anterioridad, el telegrama simple en manera alguna era instrumento público, según el art. 979, inc.2º, del Cód. Civil, mientras que el valor de las cartas documento había sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia. Incluso se consideraba que cuando el telegrama era colacionado, éste era instrumento público. En puridad, el telegrama debía ser "colacionado y con aviso de recepción".

Actualmente -debido a que las empresas de correo son privadas- no existe un oficial público que permita dar autenticidad a los actos de entrega, colación, etc., a menos que se acompañen con otros actos notariales o similares. De manera que tanto los telegramas, las cartas documentos como todos los despachos postales constituyen instrumentos privados, cuya autenticidad debe demostrarse en el juicio.

**Correspondencia particular:** La carta misiva es un escrito por medio del cual una persona se propone comunicar a otra su pensamiento. La exclusión de las cartas dirigidas a terceros por el art. 1.038 del Cód. Civil ha sido también atemperada por la jurisprudencia, en el sentido de que la expresión "terceros" no comprende la carta dirigida al representante, al abogado, al gerente de una sociedad, las que sí son admitidas en juicio.

**Cartas confidenciales:** No pueden ser usadas sin conformidad de su autor. Sin embargo, existe una excepción a este problema es el juicio de divorcio, o los reconocimientos de filiación, en que, por el carácter del juicio y las relaciones que se presentan, son admitidas las cartas íntimas, aunque deben ser examinadas por el juez con mucha prudencia.

---

<sup>177</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Tº .II, segunda edición, Editor Víctor P. De Zavalía, Bs. As., Edición 1972, p. 556.

**El Fax:** La eficacia y valor pueden ser examinados desde el punto de vista de la prueba y desde el de los actos procesales. Desde el punto de vista de la prueba, puede decirse que no obstante que se realizan innumerables contratos y convenios por fax, basados en la confianza de la operación, en nuestro derecho su valor depende de la comprobación de emisión y recepción. En cuanto a los actos procesales, no hay prácticamente fallos sobre el particular, pero los que existen son negativos.

**"E-mail" o correo electrónico:** como consecuencia de la influencia de la informática en el modo jurídico, cabe incluir esta temática dentro de los medios probatorios.

**Libros de comercio:** Los libros de comercio son documentos, y su ofrecimiento debe realizarse en la oportunidad de art. 333. Si son llevados en forma prueban a favor de su dueño respecto a los hechos comerciales que asentaren, en el supuesto de que la contraria también comerciante no los acompañe (Art. 63 Cod, Com.), pero no bastan los libros, dado que de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 43 del Código de Comercio, debe presentarse la documental respaldatoria y así dispone que: *..Las constancias contables deben complementarse con la documentación respectiva.*

Si la parte contraria es no comerciante, sirve como indicio o principio de prueba por escrito.

Los asientos contables se adquieren en el proceso sirviendo como confesión extrajudicial de quien los ofrece (Art. 63 párrafo segundo)...*El adversario no podrá aceptar los asientos que le sean favorables y desechar los que le perjudiquen, sino que habiendo adoptado este medio de prueba, estará por las resultas combinadas que presenten todos los asientos relativos al punto cuestionado.*

La negativa a exhibir los libros: equivale a ocultación, y corresponde por lo tanto atenerse a los libros del adversario.

**Fotocopias simples y autenticadas:** Las fotocopias no tiene otro valor que una simple copia sin eficacia jurídica, a menos que se trate de copias tomadas directamente del protocolo del escribano y se hallen autorizadas por notario encargado del registro o del jefe del archivo público en que el protocolo se encuentre depositado, pero ha de ser copia del original y no copia de copia y autenticada por las personas y en las formas que prescribe la ley.

**Fotocopias y fotografías:** La copia fotográfica de un documento en idioma extranjero, sin traducir ni autenticar, nada prueba. De la misma forma, carecen de fuerza convictiva las fotocopias no autenticadas y desconocidas. A lo sumo podrá entenderse como un indicio o presunción de verdad del hecho que postula, debiendo valorarse en función de los resultados de los demás medios probatorios (Art. 163 inc. 5 del CPN).

### **3.1. Oposición e impugnación de los Instrumentos Privados**

Se puso ya de relieve la importancia que tiene respecto a cualquier prueba histórica la persona del autor, esto es, su procedencia. Pero bajo este aspecto es diverso el problema del documento, del problema del testimonio; en efecto, este último pone de manifiesto siempre a su autor; la dificultad puede referirse, a lo sumo, a la identificación de la persona, no a su relación con el testimonio; en cambio, como del documento no se hace uso a presencia de su autor, puede ser incierto quien sea éste, por lo que es necesario su accertamiento. La certeza de la procedencia del documento del autor indicado se llama *autenticidad*.

También la procedencia del documento de una determinada persona, esto es, su formación por obra de ésta, es respecto al juez un hecho desconocido que se trata de probar; sirven para tal finalidad los mismos instrumentos de este capítulo: testigos, documentos, contraseñas, presunciones; según el cual la parte que solicita la verificación de la escritura debe proponer prueba sobre ello "con documentos o con el juicio de peritos mediante testigos": la ley habla aquí del juicio de los peritos y no de las presunciones, pero en realidad los peritos no hacen otra cosa que valorar las presunciones proporcionadas por la semejanza o la desemejanza entre la escritura del documento a verificar y la de otros documentos respecto a cuyo autor existe la certeza (*escritos de comparación*).

Pero es conveniente observar ya desde ahora que hay documentos que llevan en sí la prueba de su procedencia o de su formación, en el sentido de que no hay necesidad de otras pruebas, aparte del documento mismo, para proporcionar al juez la certeza: tales son, en general, los documentos públicos, los cuales se llaman también documentos *auténticos*, precisamente porque no es necesaria otra prueba fuera del documento mismo a fin de producir la certeza en cuanto a su autor.

Al contrario, los documentos privados no proporcionan esta certeza: su formación se prueba con medios diversos del documento mismo, como son la confesión (reconocimiento), el certificado de autenticación, con otros documentos, testigos y presunciones<sup>178</sup>.

En este sentido conviene a tener en cuenta la interpretación que ha hecho la jurisprudencia, pues entendió que "hay instrumentos privados en *sentido lato* y en *sentido estricto*; los primeros son todos los escritos emanados de una persona; los otros son los firmados por las partes. Ambos valen como medios de prueba; sólo los segundos

valen como elemento de forma del acto jurídico cuando la ley supedita su validez a la forma instrumental<sup>179</sup>.

Como consecuencia de ello, tendríamos con relación a los instrumentos privados dos grandes líneas que serían las siguientes:

- a) aquéllos que no tienen firma atribuibles a las partes.
- b) aquellos otros que sí la tienen.

Esta distinción resulta fundamental a los fines de conocer la vía de impugnación de los instrumentos privados, toda vez que si bien el código procesal, a partir del art. 390 y siguientes, habilita el mecanismo del cotejo siempre alude aquellos instrumentos que fueron suscriptos por las partes, por lo cual, con relación a los otros, sólo les cabe el mecanismo de impugnación que prevé el artículo 356 del Código Procesal en oportunidad de correrse el traslado de la demanda, con lo cual la vía de impugnación será su desconocimiento y la aportación de cualquier medido de prueba a través del cual se los pretenda desvirtuar<sup>180</sup>.

O sea que en el escrito de responde las partes tienen la carga de afirmar o declarar si los documentos que se les atribuye son o no auténticos (art. 356 del Código Procesal). Recordemos, no obstante, que en materia de documentos el silencio o las respuestas evasivas-a diferencia de lo que ocurre con los hechos-comporta para el órgano la obligación de tenerlos por reconocidos.

La *vía procesal* de autenticación de documentos ha sido regulado por los arts. 390<sup>181</sup> y siguientes del CPCCN; disponiendo que, desconocida la firma deberá

---

<sup>178</sup> CARNELUTTI, Francisco, ob. cit. págs. 425/426.

<sup>179</sup> CNCiv., sala E, 9-11-2001, ED 196-206.

<sup>180</sup> ROJAS, Jorge A. "Redargución y Adveración", Revista Derecho Procesal, Prueba- II, Rubinzal-Culzoni, Año 2005-2, págs. 50/51.

procederse a la comprobación del documento por la prueba de peritos (arts. 458 y siguientes).

### 3.2. El incidente de adveración

De acuerdo a lo reglado en el Art. 1012 del Código Civil la firma es una condición esencial para existencia de todo acto bajo forma privada.

El art. 1031 del Cód. Civ., dispone que, "todo aquel contra quien se presente en juicio un instrumento privado firmado por él, esta obligado a declarar si la firma es o no suya; y si negare su firma, se deberá ordenar el cotejo y comparación de la letra (art. 1033 del mismo código).

Agrega, el art. 1028 que, el reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento quede también reconocido.

Sin embargo, se puede dar la situación especial que se produce cuando se puede plantear con respecto a la necesidad de impugnar la validez de un instrumento privado cuya firma pertenece a la parte y quien así deberá reconocerla.

Lo importante aquí es advertir que el alcance del reconocimiento de la firma se deberá restringir sólo a ella desde el punto de vista intrínseco, pero con los recaudos que fuera menester para desconocer por falsas las partes del instrumento privado que hayan sido alteradas, sea por vía de una falsedad material, o por vía de una falsedad ideológica, desde luego no se daría en este caso la intelectual dada la inexistencia del oficial público.

En este caso, el mecanismo que resulta apropiado a esos fines sería un *incidente de adveración*, que, si bien no está regulado específicamente en el Código Procesal, permitiría un efecto similar al de redargución, por supuesto distinguiendo las situaciones que deben contemplar ambos.

Es decir, a través de este incidente -que si bien no tiene regulación específica en el Código Procesal, podría ser estructurado sobre los principios generales en materia de incidentes a partir de la letra de los artículos 175 y siguientes y además conforme a las facultades que posee la jurisdicción a la luz de lo normado en el Art. 36, en especial en sus incisos 1º y 4º, apartado c); lo que pretendemos es demostrar la falsedad (o no) de un determinado documento privado<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> El art. 390 CPCCN, dispone: "Si el requerido negare la firma que se le atribuye o manifestare no conocer la que se atribuya a otra persona, deberá procederse a la comprobación del documento de acuerdo con lo establecido en los arts. 458 y siguientes, en lo que correspondiere".

<sup>182</sup> ROJAS, Jorge, A. "Redargución y Adveración", Revista Derecho Procesal, Prueba- II, Rubinzal-Culzoni, Año 2005-2, págs. 55/56.

## EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

### 1. Concepto

Se entiende al documento electrónico como la fijación en un soporte electrónico de información, que queda registrada en la memoria auxiliar del computador, incluyendo en este concepto los medios de recuperación de la información.

En realidad, documento electrónico en sentido estricto es el que aparece instrumentado sobre la base de impulsos electrónicos y no sobre un papel. Es el conservado en forma digital en la memoria central del ordenador, o en las memorias de masa, y que no puede ser leído o conocido por el hombre sino como consecuencia de un proceso de traducción que hace perceptible y comprensible el código de señales digitales. Sin embargo, coincidimos en que puede hablarse de *documento electrónico* en sentido amplio, que es el formado por el ordenador a través de sus propios órganos de salida, y es perceptible por el hombre, sin intervención de máquinas traductoras. En esta materia se ha distinguido entre los documentos introducidos en la memoria de base a través de la intervención humana y los introducidos por medio de una máquina (lector óptico). También se distingue en relación al documento electrónico en sentido amplio, entre la documentación (simple operación representativa) y la reproducción o repetición de la declaración del negocio. Se señala que la declaración sucesiva que naturalmente tiende a facilitar la prueba, no la produce el mismo sujeto autor de la primera, sino el ordenador, pero la misma voluntad que dio vida a la declaración precedente (que queda contenida en el ordenador) al mismo tiempo admitió que fuera plasmada en un documento elaborado por éste.

El principal obstáculo para la admisibilidad y eficacia probatoria de los nuevos soportes de información se plantea con relación al carácter de **permanente** que se menciona como esencial en la definición de "documento". El temor sobre la posibilidad de reinscripción o reutilización de los soportes informáticos -se dice- disminuye su seguridad y confiabilidad.

Un documento es **auténtico** cuando no ha sufrido *alteraciones* tales que varíen su contenido, lo que implica decir que la autenticidad está íntimamente vinculada a la inalterabilidad. Un documento será más seguro cuanto más difícil sea alterarlo y cuanto más fácilmente pueda verificarse la alteración que podría haberse producido, o reconstruir el texto originario. Durable sería toda reproducción indeleble del original que importe una modificación irreversible del soporte. Se entiende por "*modificación irreversible del soporte*" la imposibilidad de reinscripción del mismo; por "*indeleble*" la inscripción o imagen estable en el tiempo, y que no pueda ser alterada por una intervención externa sin dejar huella. Se dice que el papel es un razonable soporte físico porque no es fácil de alterar, lo que es relativo, ya que no es inalterable, y es posible la falsificación de instrumentos. El papel se deteriora, e incluso su conservación es problemática por la capacidad de absorción de partículas de polvo.

También se cuestionan los documentos no escritos, con relación a la autenticidad de la representación. Con el desarrollo de claves de cifrado y otras medidas criptográficas, el documento electrónico es al menos equivalente al instrumento escrito y firmado sobre soporte papel en cuanto a seguridad.

El requisito de la firma de las partes es requerido como condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. La firma es un signo personal autógrafo, trazado por la mano del autor, que sirve para informar sobre la identidad del autor de la declaración de voluntad, así como del acuerdo de este con el contenido del acto, y que luego sirve para probar la autoría. La impresión dígito pulgar, aunque asimilada a la firma, no la suple legalmente(8). Creemos que en

materia de prueba de los actos jurídicos esta noción de autoría por medio de la firma debe ampliarse, incorporando todo otro medio técnico que asegure la verificación de la autoría atribuida y de la autenticidad de la declaración de voluntad contenida en el documento. Las técnicas de seguridad de los datos basadas en la biometría, o las técnicas criptográficas (sistemas de registro y sistemas de cifrado literal), brindan similares seguridades, cuando no superiores.

La premisa de que la firma de una persona física colocada a continuación de un texto implica su conocimiento del mismo y su conformidad, es decir que *representa el consentimiento* estaba fundada en el simple hecho de no existir otras maneras de registro permanente de la voluntad expresada por las personas. La imprenta, el teléfono, el telégrafo, el gramófono y la radiofonía, ampliaron extraordinariamente las posibilidades de comunicación, pero en el plano jurídico no tuvieron el mismo efecto por la desconfianza sobre la **autenticidad** del mensaje.

Pero lo expuesto, ha sido superado con la aparición de la firma digital a la que debe entenderse como el resultado de la aplicación de un procedimiento criptográfico extremadamente seguro a un documento digital, que permite garantizar su integridad.

La validez legal de la firma digital ha sido reconocida en varios países, asimilándola a la firma ológrafa (Italia, Alemania, Francia, la mayoría de los estados de los EE.UU).

Nuestro país, ha terminado por inclinarse a este sistema mediante la sanción de la ley 25506, sobre Firma Digital, siendo su decreto reglamentario el N° 1028/03. Su principal antecedente lo constituye el decreto 427/98, que otorgara a la firma digital similar valor jurídico que la firma manuscrita, en el limitado ámbito de la Administración Pública.

El mecanismo de firma digital debe ser criptográfico, pues si lo que se desea es proteger la información, o sea los dígitos, debe entrarse en ese campo.

La criptografía se define como el arte de proteger la información, tanto para proteger su privacidad como para proteger su integridad. El término criptografía proviene del griego cripto (oculto).

También pueden utilizarse otros mecanismos en el proceso de firma digital, como por ejemplo, los mecanismos biométricos (vgr. Un sistema de lectura digital de huellas dactilares o del iris ocular), pero estos deben ir acompañados por el procedimiento criptográfico, para impedir que terceros accedan a la información.

Sin embargo, no todos los mecanismos criptográficos son considerados aceptables, al fin de otorgar valor jurídico a los documentos digitales.

Comparando al documento digital con aquel confeccionado en "soporte papel", vemos que la firma manuscrita tiene validez jurídica en nuestra sociedad y cultura pues se ha generado una costumbre que la considera aceptable para identificar al autor de un documento y, simultáneamente, asegurar la integridad del contenido de ese documento. Claro que para eso se deben cumplir las siguientes condiciones:

1. el documento debe escribirse con tinta indeleble y en soporte papel absorbente, tal que una enmienda o raspadura que altere la información escrita sea visible y evidente;

2. el documento debe poseer márgenes razonables que contengan los renglones escritos, por lo que cualquier escritura adicional sea visible y evidente;

3. la firma manuscrita se debe colocar delimitando la información escrita, tal que no sea posible agregar texto escrito excepto a continuación de la firma manuscrita;

4. el firmante debe utilizar siempre la misma o similar firma manuscrita para firmar los documentos de su autoría;

5. la firma manuscrita debe ser suficientemente compleja para que su falsificación no sea trivial,

6. Existan peritos caligráficos que pueden detectar las falsificaciones con un razonable grado de certeza.

La falla de cualquiera de los seis puntos especificados torna inseguro al mecanismo de firma manuscrita para documentos en soporte papel y permite así a su autor repudiar los documentos que le son atribuidos.

Existen tres conceptos clave, que caracterizan la firma digital:

**Integridad** significa que la información no carece de ninguna de sus partes, que no ha sido modificada. La integridad es una cualidad imprescindible para otorgarle validez jurídica a la información. La firma digital detecta la integridad de la información que fuera firmada, en forma independiente al medio de su almacenamiento.

**Inalterabilidad** significa que la información no se puede alterar. Ya que, en realidad, la información siempre se puede alterar, este concepto no se refiere a la información en sí, sino a su medio de almacenamiento. La firma digital no impide que la información se altere, sino que detecta si ésta lo ha sido.

**Perdurabilidad** significa que la información perdura en el tiempo y es una cualidad del medio de almacenamiento. La información que debe perdurar en el tiempo debe ser archivada en un medio perdurable. La inalterabilidad del medio de almacenamiento no guarda relación con la perdurabilidad de la información: Por ejemplo en la antigua informática, la "tarjeta perforada" de cartón es un medio inalterable porque no es re-perforable, pero no demuestra buenas características de perdurabilidad pues es sensible a la humedad y a los roedores. Por el otro lado, el disco rígido de una computadora no es un medio inalterable de almacenamiento, pero demuestra excelentes características de perdurabilidad cuando opera como parte de un banco de discos, si la información se almacena con suficiente redundancia (es decir, si se hacen varias copias) y si los discos tienen un tiempo promedio entre fallas del orden de 350.000 horas (40 años).

Como se expuso en el análisis previo de la firma manuscrita, una de las cualidades esenciales para que la misma tenga validez jurídica es que no sea fácilmente falsificable por un tercero, es decir que existan garantías de que esa firma pueda ser creada sólo por una persona y no por otra.

En el ámbito informático y digital es posible reproducir cualquier información binaria, tal que la copia no es diferenciable de su original. Como ya se mencionó, esta es una de las razones por la que la firma manuscrita escaneada (digitalizada) no puede obtener validez jurídica.

El sistema debe poseer una condición que permita identificar al creador de una firma digital, teniendo en cuenta que cualquier cualidad manifiesta a simple vista puede ser fácilmente copiada y transferida de un documento a otro.

La condición buscada está disponible y consiste en el secreto no compartido. El concepto en su esencia es muy simple: el creador de una firma digital posee un elemento que sólo él conoce y posee y que le permite crear firmas digitales tal que quién las verifica pueda establecer inequívocamente que al firmar, el creador de la firma digital necesariamente tuvo posesión de ese elemento, pero sin requerir que el creador de la firma digital tenga que divulgar ese secreto, con lo que dicho secreto dejaría de serlo.

Este mecanismo existe y en el ámbito de la criptografía se denomina **criptografía asimétrica o criptografía de clave pública**. La criptografía asimétrica utiliza dos claves diferentes pero íntimamente relacionadas, tal que lo que encripta una clave sólo puede ser descifrado por la correspondiente otra clave, y no por una clave ajena a ese par. El mecanismo matemático utilizado

asegura además que conociendo la clave pública no se tiene información alguna sobre la correspondiente clave privada. El mismo contrasta con la más tradicional criptografía simétrica que utiliza una misma clave para encriptar y para desencriptar un texto, por lo que el destinatario del texto para poder leerlo necesariamente debe conocer la clave secreta utilizada para encriptar ese texto con lo que esa clave secreta pierde tal cualidad. Por ello la criptografía simétrica solo sirve para otorgarle privacidad a la información pero no como tecnología de firma digital.

En la criptografía asimétrica, la clave de encriptado se denomina clave privada y es mantenida secreta por el firmante, mientras que la clave de desencriptado se denomina clave pública y se da a conocer. Las firmas digitales creadas por el firmante utilizando su clave privada son verificadas por el destinatario del documento con la correspondiente clave pública. El hecho de que una firma digital sea verificable por medio de una cierta clave pública implica necesariamente que esa firma fue creada por la correspondiente clave privada que, por definición, el firmante siempre mantuvo secreta y nunca divulgó.

Es esencial para su validez jurídica que el mecanismo de firma digital contemple la utilización de un secreto no compartido por el creador de una firma digital, pues este secreto no compartido es lo único que impide que un tercero falsifique su firma. Esta seguridad de no falsificación es intrínseca a cualquier mecanismo de firma.

El algoritmo de clave asimétrica más popular por un amplio margen es el denominado RSA en honor a sus inventores Ronald Rivest, Adi Shamir y Leonard Adleman que lo desarrollaron en el Massachusetts Institute of Technology de los EE.UU. en 1977. La criptografía asimétrica RSA tiene disponibles, por ejemplo, múltiples implementaciones en los navegadores y servidores más populares y gratuitos del Internet, con una base establecida de usuarios de decenas de millones en los diferentes países del mundo.

El requisito de implementar la firma digital únicamente mediante la criptografía asimétrica tampoco es restrictivo ni tecnológica ni comercialmente, pues la criptografía asimétrica no es una tecnología ni un algoritmo especial y propietario, sino meramente una definición que abarca a todo y cualquier algoritmo criptográfico que utilice una clave diferente para encriptar que para desencriptar, de los cuales existen por lo menos una treintena de algoritmos diferentes utilizables.

En una Infraestructura de Firma Digital tendremos un Ente Licenciante, que es el órgano administrativo encargado de otorgar las licencias a los certificadores de clave pública y de supervisar su actividad. A su vez, el certificador de clave pública licenciado será una persona jurídica de carácter público o privado, cuya función consiste en otorgar los certificados. Por último, los titulares de los certificados de clave pública serán los usuarios del sistema.

Como se ve, el sistema dispone de un certificado y de dos tipos de claves:

*Certificado de clave pública:* es un documento digital firmado digitalmente por un certificador de clave pública, que asocia una clave pública con su titular durante el período de vigencia del certificado.

*Clave pública:* es aquella que se utiliza para verificar una firma digital, en un criptosistema asimétrico seguro. *Clave privada:* es aquella que se utiliza para firmar digitalmente, mediante un dispositivo de creación de firma digital, en un criptosistema asimétrico seguro.

### **1.1. Los métodos biométricos**

Los métodos biométricos son aquellos métodos de identificación que se basan en medir las particularidades biológicas de una persona. Se establece la identidad de la persona si la medición biométrica del momento se corresponde con los registros biométricos previamente obtenidos de esa persona.

A título ejemplificativo, la información biométrica puede consistir en la estructura vascular de la retina ocular, la estructura visible del iris, la composición espectral de la voz, la imagen facial o la dinámica de posición, velocidad y presión de generación de una firma manuscrita.

La información biométrica es única pero no es secreta: cualquier persona puede grabar la voz de otro, u obtener las huellas digitales de otra persona de, por ejemplo, un vaso. Por ello los métodos biométricos pueden utilizarse para la identificación de una persona para autorizar su acceso a una instalación física o su ingreso a un sistema informático propietario (como ser un sistema para transferir fondos electrónicamente entre un banco y otro) pero por sí solos no son utilizables para firmar digitalmente pues no conllevan un secreto no compartido.

Sin embargo, los métodos biométricos pueden utilizarse en conjunto con la criptografía de clave pública para crear firmas digitales. Normalmente la clave privada del firmante se guarda en un archivo en disco o en una tarjeta inteligente con microchip ("smartcard"). La clave privada debe almacenarse pues es binaria y de considerable longitud, por lo cual no puede ser memorizada por su titular. Por ello y a fin de impedir su utilización por un tercero, la clave privada se protege encriptándola con criptografía simétrica en base a una clave nemotécnica de acceso suministrada por el titular de la clave privada y sólo conocida por él.

Un beneficio adicional de los métodos biométricos es que al requerir la presencia física del titular de una clave privada para activarla, impiden que una persona divulgue su frase de acceso y por ello su clave privada a un tercero conocido y confiable (por ejemplo, a su secretaria) a fin que el tercero actúe como si fuera el titular cuando éste está ausente, por ejemplo de vacaciones, y firme en su lugar.

Es importante destacar que la firma digital está ligada íntimamente al documento digital que la origina y que junto a ese documento y el certificado de clave pública correspondiente permiten en conjunto y de manera autosuficiente verificar la integridad del documento y la identidad del creador de la firma.

Como se puede observar, la cuestión de la transmisión de la información en general, y de un documento digital en particular, no forma parte alguna del mecanismo de firma digital y de la validez jurídica del documento digital firmado.

Una persona puede crear un documento digital y su respectiva firma digital en una PC para que luego ese documento y su firma permanezcan en esa PC, o para ser copiados a un disquete, o para ser enviados por correo electrónico a cualquier lugar del mundo, sin que se vea afectada de manera alguna la capacidad de esa firma digital de verificar la integridad de ese documento y de establecer la identidad de su creador, preservando así la validez jurídica del mismo.

### **1.2. Criptosistema seguro**

Un criptosistema es seguro si no es posible acceder a la información encriptada o crear una firma digital sin poseer previamente la correspondiente clave secreta.

Por ejemplo, un criptosistema es seguro si, utilizando todas las computadoras disponibles, no es computacionalmente factible probar todas las claves diferentes posibles hasta hallar la clave secreta que corresponde.

Con esto se evita un ataque a un criptosistema denominado "de fuerza bruta". Este ataque es análogo a probar todas las combinaciones posibles de un candado numérico de bicicleta hasta dar con la combinación correcta. La resistencia al ataque de fuerza bruta de un criptosistema utilizado para firma digital debe poder medirse en miles o millones de años.

Uno podría pensar que al aumentar la velocidad de las computadoras, se debilita la seguridad de la criptografía, dado que aumenta la probabilidad de éxito de un ataque de fuerza bruta. Sin embargo, sucede lo contrario. El aumento de velocidad de las computadoras hace factible utilizar claves más largas, lo cual aumenta exponencialmente el grado de dificultad del ataque de fuerza bruta, aún utilizando las computadoras más veloces. En efecto, el aumento de velocidad de las computadoras aumenta la brecha entre la longitud de claves que es factible utilizar y los algoritmos criptográficos que se pueden quebrar.

El ataque de fuerza bruta no es el único ataque posible. Un criptosistema también puede ser quebrado si el problema de solución difícil sobre el cual se basa deja de serlo. Por ejemplo el más popular criptosistema asimétrico, denominado RSA, se basa en la dificultad del factorio de grandes números. El ataque de fuerza bruta al criptosistema RSA no será exitoso mientras el factorio de números de cientos de dígitos de longitud continúe siendo computacionalmente no factible.

Es importante destacar que para que un mecanismo de firma digital sea confiable, no solo debe ser seguro el criptosistema utilizado, sino que también debe ser segura la implementación de dicho criptosistema en software o hardware. Por ejemplo, la implementación maligna de un mecanismo de firma digital en un programa de computadora podría capturar la clave secreta de firma y guardarla subrepticamente en un archivo.

Finalmente, vale destacar que la confiabilidad de un mecanismo de firma digital también depende del grado de conciencia de las personas que lo utilizan. Aunque se base en un criptosistema seguro y en una implementación segura, un mecanismo de firma digital deja de ser confiable si las personas comparten sus claves secretas de firma entre sí, por ejemplo el jefe con su secretaria cuando éste parte de vacaciones.

Por ello la confiabilidad de un mecanismo de firma digital depende de los eslabones del criptosistema, su implementación y su utilización que, conjuntamente, forman una cadena cuyo grado de confiabilidad está dado por la resistencia de su eslabón más débil.

Por otro lado, es importante destacar que la firma manuscrita tampoco es perfecta o infalible, puesto que es decididamente posible en ciertos casos alterar de forma indetectable el contenido de un documento en soporte papel o falsificar una firma manuscrita.

Según los especialistas, es técnicamente posible sintonizar un láser para que se corresponda con el color de una tinta, tal que al accionar el láser, la tinta literalmente se vaporiza y se levanta del papel sin dejar rastro detectable alguno.

Sin embargo, las aludidas imperfecciones de los mecanismos de firma manuscrita en documentos en soporte papel no impiden los actos jurídicos, ni gubernamentales ni comerciales que se basan en ella, ni que la firma manuscrita figure como requisito en las leyes y reglamentos de nuestro país o de otros.

Con la Ley 25.506<sup>183</sup>, se reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital como así también su eficacia jurídica en las condiciones que establece la ley (art.1).

---

<sup>183</sup> Ley 25.506 fue sancionada el 14 de noviembre del 2001 y promulgada de hecho el 11 de diciembre del 2001, encontrándose en vigencia.

Asimismo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 4 y 5 de la *firma digital, con los recaudos y exigencias que esta ley dispone, satisface el requerimiento de firma que las leyes establecen y tiene sus mismos efectos, siendo su empleo una alternativa de la firma manuscrita y además el documento digital firmado digitalmente, con los recaudos y exigencias que esta ley dispone, debe considerarse como un instrumento privado siempre que su contenido pueda ser representado como texto inteligible.*

### **1.3. Contenido y alcance probatorio del documento electrónico**

Conforme aumenta el uso de Internet para celebrar contratos, van surgiendo controversias y conflictos, mismos que en muchas ocasiones requieren de una intervención judicial para llegar a un acuerdo entre las partes.

Generalmente se trata de los mismos problemas que se presentan en el comercio tradicional, pero ahora aplicados a situaciones relacionadas con el ciberespacio, donde la comunicación se realiza por medio de mensajes electrónicos.

Este es probablemente uno de los temas que pudieran tener la mayor trascendencia en las transacciones electrónicas. Hoy en día muchos dudan sobre la validez de utilizar documentos electrónicos como medio de prueba y, lo que es más grave, en ocasiones son los mismos jueces quienes se cuestionan la validez probatoria de los acuerdos y demás documentos que no constan en papel; o documentos digitales.

Probablemente la mayoría de las legislaciones establecen restricciones estrictas o taxativas a los medios de prueba, y, considerando el carácter novedoso y reciente de las tecnologías de la informática y el Comercio Electrónico, obviamente no contemplan entre sus medios de prueba a los documentos electrónicos.

El problema se acrecienta al recordar el retraso tecnológico en el Poder Judicial de muchos países. Así, se dificulta enormemente la utilización de los documentos electrónicos como medio de prueba, debido a que los funcionarios no tienen, en la mayoría de las ocasiones, la más mínima preparación técnica para operar computadores y, consiguientemente, trabajar con este tipo de documentos.

De aquí que una de las prioridades es, precisamente, reconocer el valor probatorio de este tipo de documentos, de manera de garantizar la posibilidad de exigir el cumplimiento, por lo menos en el caso de los acuerdos electrónicos, por la vía judicial.

Debemos considerar que en la valorización de las pruebas que realizan los jueces, ellos recurren necesariamente a apreciaciones y opiniones que, hasta cierto punto, pudieran calificarse como subjetivas, siempre y cuando lo hagan basándose en la razón y su experiencia. Así, entrarán a analizar ciertos elementos de la prueba, como su integridad, inalterabilidad, veracidad y exactitud.

Y, como ya observamos, gracias a los avances tecnológicos es innegable que los documentos electrónicos pueden llegar a cumplir de hecho con los requisitos de las pruebas que analizarán los jueces. E incluso más, las superan en integridad e inalterabilidad. Es por eso que en esa valorización "subjetiva" el juez deberá considerar estas características de los documentos electrónicos.

El impacto que está teniendo el Comercio Electrónico en el funcionamiento de la sociedad hace indispensable el adecuado reconocimiento legal de los acuerdos y demás contratos celebrados electrónicamente, de manera que sea posible utilizar los documentos digitales, o aquellos que no constan en el "papel tradicional", como medio probatorio, perfectamente válido, en cualquier procedimiento judicial.

En muchas ocasiones, con meras inserciones en la legislación probatoria bastará para incluir y reconocer legalmente a los documentos electrónicos como medio de prueba.

Estas modificaciones deberán ser flexibles para adaptarse a la evolución de los mercados electrónicos, de manera que éstos en todo momento puedan considerarse como vías seguras de contratación, y proteger la obligatoriedad jurídica de los acuerdos alcanzados en el ciberespacio.

Sin embargo, en la realidad muchas veces esta regulación no será suficiente, ya que las personas que van a aplicar la ley necesariamente deben conocer los límites y capacidades de las tecnologías de la informática, para lograr una adecuada valorización de los documentos electrónicos. Asimismo, será indispensable contar con la infraestructura física de herramientas, como computadores actualizados, que permitan recibir las pruebas que consten en documentos electrónicos.

## LA PRUEBA DE CONFESIÓN Y EL DEBER DEL ESTADO

### 1. Introducción

La temática gira en determinar si la prueba de confesión que regula el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Adla, XLI-C, 2975) y por extensión, todos aquellos que le siguen, o cuentan con disposiciones similares, se aplica en igualdad de condiciones a particulares y entes públicos; o si por el contrario, existen excepciones que privilegian la situación procesal de la Nación, de manera tal que pueda llegar a concluirse que -propriadamente- no quede "obligado" el Estado por los resultados de una prueba confesional que le sea adversa, en cuyo caso surge dilucidar, el alcance de la *facta confessio*, en estos supuestos.

Las posiciones asumidas por los diversos sectores de la doctrina, parecen haber enfrentado a administrativistas con los cultores de la ciencia procesal. Así vemos que -prácticamente hace 50 años- Bielsa inició una corriente de opinión que sufrió el embate jurisprudencial, y años después, la réplica de procesalistas distinguidos, generando una interpretación opuesta.

El cometido de esta entrega es actualizar dichos criterios, y terciar en los mismos con un enfoque diferente, que puede considerarse intermedio entre las fundamentaciones citadas.

### 2. La opinión de Bielsa

Sustenta el fallo minoritario, expuesto por el doctor Tomas Hutchinson, las ideas comentadas por Bielsa a través de sus diferentes obras [\(1\)](#).

La base del argumento sostiene que "la confesión en el juicio contenciosoadministrativo sólo relativamente constituye prueba. En efecto, la confesión prueba contra el administrado o particular que litiga contra la Administración Pública, al paso que el funcionario no obliga con su confesión a la misma. La confesión del funcionario o empleado lo obliga a él, y como no es parte, sólo compromete su responsabilidad personal. Pero en sentido procesal no hay, por eso, confesión" [\(2\)](#).

"Adviértase que la improcedencia e ineficacia de la confesión de los funcionarios para obligar a la Administración Pública de la cual ellos dependen, no se funda ni mucho menos en el principio de la subordinación del derecho del particular respecto del interés público. No, la razón es otra. La facultad de imponer un interrogatorio a los agentes de la Administración Pública, para comprometer con la sola declaración de éstos, el interés público y el patrimonio del Estado, destruiría la base institucional de la competencia de los órganos administrativos y el valor eficacia de las formas esenciales de los actos administrativos, que si son válidos obligan tanto al administrado como al Estado" [\(3\)](#).

"En suma: la admisibilidad de la confesión, o la proposición de absolver posiciones en el procedimiento contenciosoadministrativo es cuestión que se resuelve con el criterio de la investigación de la verdad sobre la base de la documentación administrativa" [\(4\)](#).

Estos apuntes, leídos juntamente con los que transcribe el fallo en minoría, conforman la estructura de la teoría que podríamos denominar *negativa*, es decir; que el Estado no puede ser declarado confeso en los términos del art. 417 del Código Procesal Nacional.

Villar y Romero, han sostenido que en los procesos administrativos (contenciosoadministrativos, en nuestro fuero) no puede hablarse de confesión de ninguno de los intervinientes, pues, la de la administración es totalmente

improcedente (5); y en cuanto a la del interesado, es totalmente ineficaz y superflua, porque ya habrá dicho o manifestado todo lo que sabe o le interesa que conste en el escrito, o escritos que ha dirigido a la autoridad u organismo administrativo que está instruyendo el expediente; por otra parte, sería muy difícil que se pudieran formular preguntas que se refieran a hechos personales de dichos interesados, observación que es aplicable al caso de que no se trate de quien instauró la acción, sino de terceros intervinientes (6).

### 3. La posición afirmativa

En oposición a la tesis precedente, se dice que el Código Procesal no contiene diferencias que privilegien al Estado en las conclusiones que se obtengan de la prueba confesional. Siendo así, cada respuesta que verse sobre hechos controvertidos ligará a la Administración en toda la extensión del responde; y si no existe conteste al interrogatorio presentado, la omisión surtirá los efectos de *te ficta confessio*. Una interpretación diferente supondría consentir una desigualdad entre las partes.

Por otra vertiente, siendo que la respuesta por informe se basa en los hechos que tengan comprobación documental, la contestación insuficiente (v. gr. responder que "no le consta"), la respuesta evasiva (v. gr. no surge de los documentos investigados) o la directa omisión de conteste, deben obligar al juez a ponderar con mayor severidad los efectos de la prueba de posiciones, desde que tal actitud puede servir de base al Estado, para el ocultamiento de hechos o circunstancias determinantes para el esclarecimiento de la controversia.

### 4. La situación actual

El balance de situación nos lleva a afirmar que la Nación goza de una situación privilegiada en el proceso.

Ayarragaray, en su clásico estilo mordaz y punzante, ha dicho que "la prueba, reglamentada por el art. 407 del Cód. Procesal, es harto favorable para el Estado, a punto de colocar a la contraria en inferioridad de posición". "Los entes ideales públicos, pasean en el proceso como los marqueses en el pasado, y aún conservan cierta prestancia y gozan en su favor de cierta ancestral simpatía, afortunadamente muy diluida y descolorida. La publicidad y crítica pública les quita mérito a su calidad, y un simple burgués puede mandarlos al traste, que siempre hay jueces en Berlín" (7).

Prevalece en el criterio jurisprudencial la tendencia de conceptualizar a la Nación en un plano de excepción que encuentra sustento en el art. 407 del Código ritual. La absolución de posiciones se efectiviza mediante un oficio dirigido al organismo facultado por ley para responderlo, bajo el apercibimiento de tener por cierta la versión de los hechos expuesta en el interrogatorio.

Se dice que a tal procedimiento se acude por razones prácticas, y para no entorpecer el funcionamiento normal de la Administración (8), empero esta atribución, de alguna manera, vulnera el principio de igualdad de las partes (9), y contradice lo dispuesto por el art. 412 del Cód. Procesal, referido a la imposibilidad de que el absolvente se valga de "consejos ni de borradores", y por el art. 410 del mismo cuerpo legal, que permite al ponente la reserva del pliego hasta media hora antes de la fijada para la audiencia (10).

Estas y muchas otras diferencias que evidencian la desigualdad en el tratamiento a las partes del proceso, en relación a la prueba en comentario, han sido pormenorizadas por Ayarragaray en el citado artículo (11).

Sin embargo, la Corte Suprema Nacional, se ha pronunciado por la validez del sistema, estableciendo la constitucionalidad del mecanismo "atendiendo a que puede informar a modo de explicación" (12).

## 5. Nuestra opinión

### a) Errores de Interpretación

Las particularidades de trámite que se confieren en favor del Estado desnaturalizan la prueba de absolución de posiciones.

Adviértase que la confesión, para que sea válida, requiere del conocimiento cabal de que mediante ella se suministra una prueba al contrario (*animus confitendi*); motivo por el cual, y al faltarle el elemento subjetivo de la voluntariedad, no reviste el carácter de plena prueba.

Por otra parte la absolución de posiciones debe versar sobre hechos personales, imputables y suficientes para ser atribuidos a la persona del absolvente. Estos requisitos, no pueden ser cumplidos por los funcionarios públicos (excepción hecha que se trate de cuestiones que los involucren directamente). Se podrá contradecir esta afirmación teniendo en cuenta que la declaración que se preste puede no referirse al hecho en sí mismo, sino al conocimiento que de él tenga quien confiesa (13); y aun agregar que los representantes de los entes ideales -personas jurídicas- podrían entonces excusarse de responder en cada ocasión probatoria, manifestando que no les constan los hechos que le son "puestos" para su afirmación o negación, dejando en consecuencia de cumplir con la formalidad que la ley impone.

Pero la situación de estos representantes es diametralmente opuesta a la que ocupan los funcionarios públicos. La Administración, por su natural complejidad y dimensión multifuncional, impide el conocimiento cabal y efectivo de los hechos, tal como puede pretenderse sean confesados; de manera que la despersonalización, obliga al laboreo del antecedente y al tránsito de investigaciones en cada repartición o dependencia involucrada, hasta llegar a una respuesta coherente, o pretendidamente acertada, a la posición que ha sido opuesta.

Este camino genera también la defección en la veracidad del relato, y por tales motivos, se llega a la conclusión que la única manera de obtener la producción de la prueba de confesión del Estado, se resume en presentarle una serie de hechos que en esa "versión" deben ser reconocidos o desconocidos por medio del "informe" que "testimonia" la respuesta.

Asimismo, como la actividad de la administración se desenvuelve en actos documentados, generalmente la prueba se reduce al compendio de éstos y a otorgar el "informe" sobre la base de estas exposiciones.

Veamos otro aspecto de esta prueba. El Estado manifiesta su voluntad a través de los funcionarios que lo representan. Estos generan una actividad formal, dirigida y por lo tanto impersonal, expresándose en los documentos (escritos) que ellos mismos producen, y que sirven para canalizar sus relaciones. De manera que, si el principio de la prueba confesional, es que quien "absuelve" lo haga sobre hechos que le son propios, mal puede derivarse la posibilidad que así lo realice quien sólo cuenta con una apariencia formal; fundamentalmente porque él, no es parte en el juicio, y no puede comprometer con su testimonio el patrimonio o la responsabilidad del Estado, máxime aún, si se tiene en cuenta que no tiene "disposición" sobre el "objeto" que declara.

La parte es la Administración, y al no tener ésta vida orgánica, ni existencia psicológica no puede admitirse esta clase de diligencia. Es menester distinguir la voluntad del particular, que es psicológica, de la voluntad orgánica, que es técnica. La psicología pertenece al orden natural; la técnica al orden científico (14).

Sobre esta idea, la jurisprudencia tiene dicho que "las posiciones que absuelven los funcionarios públicos, muy rara vez recaen sobre hechos propios, y aun cuando así fuere, no cabe exigir que mantengan en la memoria todos los actos en los que hayan intervenido durante su gestión oficial" (15).

El anteproyecto de Código Procesal Administrativo de la Nación de 1965 establece al respecto que "el accionante podrá proponer por escrito las preguntas que quiera hacer a los funcionarios de la Administración en su carácter de *testigos*, las que deberán ser contestadas por ellos dentro del término que fije el tribunal" (art. 58) (la bastardilla nos pertenece). También el art. 52 del Código Contencioso-administrativo para la provincia de Buenos Aires (Adla, XX-B, 1780), establece que "las partes podrán proponer por escrito las preguntas que quisieran hacer a los jefes de las administraciones demandadas, las que deberán ser contestadas por los funcionarios a quienes se refieren los hechos, bajo su responsabilidad personal, dentro del término que la Suprema Corte fije" (16) (la bastardilla nos pertenece).

Estos precedentes muestran como se agudiza la diferencia de conceptos. Para los códigos contencioso-administrativos, al Estado no pueden ponérsele posiciones; y así, v. gr.: el art. 78 del Proyecto para la Capital Federal, sustituyó la absolución de posiciones por el interrogatorio dirigido a los jefes de las administraciones, bajo apercibimiento de responsabilidad personal; es decir, sin comprometer a la Nación. En cambio, los Códigos Procesales, con miras en asegurar la eficacia de la confesión (17), alteran el enfoque de la responsabilidad, y si el funcionario requerido por oficio no contesta dentro del plazo que el juez o tribunal fije, o no lo hace en forma clara o categórica, afirmativa o negativamente, se hace efectivo el apercibimiento contenido en el art. 407, teniéndose por cierta la versión de los hechos contenidos en el pliego respectivo (18).

*En síntesis, son tan numerosas las diferencias de trámite de la prueba confesional cuando debe prestarla el Estado nacional, provincial o municipal, que nos parece que no se trata de la absolución de posiciones, sino, más bien, de una prueba de tipo testimonial-informativa. En consecuencia, no puede existir confesión ficta de la Nación, ni tampoco se puede sancionar con un reconocimiento de hechos, que por otras constancias, o bien, de la misma contestación a la demanda, pueden venir negados o contradichos.*

### **b) Nuestra tercería: inaplicabilidad del artículo 407, como prueba confesional**

Sostenemos que el art. 407 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, dispone un trámite odioso a la igualdad de las partes en el proceso.

Entendemos que la disposición no puede ampararse en el capítulo que la contiene para creer que se está frente a una prueba confesional. En realidad, todo indica que se ha elaborado en este epígrafe, un sistema de reconocimiento o admisión de hechos, y por lo tanto, no es una prueba de confesión (19).

El apercibimiento se reduce a dar por cierta una versión de los hechos; pero en ninguna parte del artículo se lee que el Estado será tenido por confeso; es decir que pueda encuadrárselo en los términos del art. 417 del ritual.

De manera que si el art. 407 especifica claramente cuál es la sanción, sin aditamento alguno, fácil es colegir que excluye la confesión ficta de la Administración, sobre todo teniendo presente el párrafo que indica que "si no es

contestado dentro del plazo que el tribunal fije?", la versión de los hechos expuesta se tendrá por *reconocida*. Este reconocimiento no es una confesión, pues como tal necesita de varios requerimientos que no se cumplen.

Asimismo, de consuno la Administración desenvuelve su gestión en actos documentados, y éstos representan -independientemente- la voluntad del organismo. Por tal razón el acto administrativo es despersonalizado, y por esta característica, prevalece como elemento probatorio, sobre un mero reconocimiento de hechos que hasta puede haber sido alterado en su circunstancialidad, expuesta en el interrogatorio propuesto.

De manera que el oficio que se cursa al funcionario autorizado a contestarlo, debe regirse por el rito establecido para la prueba informativa y testimonial. Y aunque en el pliego se interrogue por la veracidad (Jure como cierto que?) del hecho puesto, la respuesta del funcionario sólo servirá como testimonio; prevaleciendo en el balance final el expediente administrativo o los documentos que en consecuencia hubiesen sido vertidos.

Por ello resulta que si el interrogatorio que contiene las "pretendidas posiciones" al funcionario, no son contestadas dentro del término que se ordene, entendemos que tampoco puede tener lugar el apercibimiento comentado, pues en su lugar, pondera lo dispuesto por el art. 402 del Cód. Procesal, es decir, que el interesado deberá requerir dentro del quinto día de vencido el plazo, que se reitere a la oficina pública el oficio respectivo; la omisión supondrá para el mismo, tenerlo por desistido de la prueba [\(20\)](#).

En síntesis, los funcionarios públicos no pueden obligar con su "confesión" a la Nación, pues la absolución de posiciones que regula el art. 407 del Cód. en cita, no es tal, sino que se trata de una prueba que participa de las características de las probanzas testimoniales y de informes; privando sobre ellos, el material documental que se haya agregado y que involucre a ambos litigantes.

Claro, no se trata de desatender el valor probatorio del informe, pues todo depende del empleo que de la declaración se haga en el proceso: si ella misma es el tema principal de la prueba, no se podrá hablar de confesión, sino de reconocimiento [\(21\)](#) pero si ella se ofrece como una prueba más, su producción servirá para integrarse al resto del material probatorio recabado, y no como la *probatio probatissima*.

Supuesto diferente al comentado se produce cuando es el mismo funcionario el involucrado, pues la excepción que otorga el art. 407 del Cód. Procesal, es en favor de la Nación, una provincia, una municipalidad o una repartición nacional, municipal o provincial, y no del funcionario que la representa [\(22\)](#). En estos casos, la comparecencia es obligatoria.

El principio viene desenvuelto, desde la aplicación de los arts. 202 y 140 del derogado Código de Procedimientos de la Nación (Adla, XXVII-C, 2649), y significa la carga procesal de acudir en defensa de un interés propio, hecho que, en consecuencia, no responsabiliza al Estado por la confesión que haga el interesado, pues éste sólo se obliga -personalmente- en la medida de su responsabilidad, y sin desvirtuar la prueba documental que conste en las actuaciones.

Este parece ser el criterio correcto, y es el que varios Códigos Procesales y Contenciosoadministrativos regulan en las provincias de la Nación. Así por ejemplo el Código de Santa Fe (Adla, XXII-B, 1933), permite la prueba de confesión de la parte que no sea la Administración Pública, pero incluyendo a los concesionarios o permisionarios de servicios públicos, sin admitir la absolución de posiciones del funcionario cualquiera fuese la jerarquía que ostentase, y aun cuando actuara en juicio como representante de la Administración (art. 50).

De todas maneras, no es uniforme la opinión, y así el Código de Corrientes (Adla, XXVII-A, 1155), dice que la absolución de posiciones sólo-obliga a la

administración cuando la voluntad manifestada en su nombre lo haya sido en la forma que corresponde a los hechos reconocidos (art. 88) (23).

## 6. Inutilidad de la prueba confesional

Partiendo del supuesto -a nuestro criterio equivocado- que la igualdad de las partes en el proceso se asegura permitiendo a la contraparte ofrecer la prueba de absolución de posiciones para ser contestada por oficio; tal sistema debe integrarse con la lealtad y buena fe que, presuntivamente, acepta el Estado.

Debemos reflexionar así, recordando una vez más con Ayarragaray, si esta carga se cumple fielmente, y si la sinceridad priva por sobre los intereses (24).

La práctica indica que el interrogatorio nunca es contestado con la pormenorización que la respuesta impone. En muchas ocasiones, sólo el responde se basta en el consabido "es cierto" o "no es cierto". Obviamente no habría por qué pensar en un desarrollo intenso, y menos aún que lo lacónico de una contestación, esconda un fin desleal. La mecánica de la prueba de absolución de posiciones, resulta cada día más inútil y en tanto no se perfeccionen sus métodos de interrogación, será progresivamente un sistema dispendioso que nada aporte a la dilucidación de la litis. No es menester de este trabajo, pero vale citar las vanas esperanzas que abrió el artículo 125 bis del Código Procesal, cuando la reforma de la Ley 22.434 (Adla, XLI-B, 2765), para demostrar cómo la prueba de confesión puede fácilmente desvirtuarse.

Si estas acotaciones sirven para la aplicación particular, máxime aún se extienden al régimen excepcional que significa la participación del Estado, que por la naturaleza del responde que la privilegia, puede -sin mayor obstáculo- contestar y "acomodar" la situación fáctica a la realidad de los hechos documentados. Entonces, ¿dónde está la eficacia de esta prueba? Si como el principio supone: nada de lo que a favor se diga se tiene presente, y sólo cuentan los hechos que favorecen al contrario; es de esperar que la prueba de posiciones se siga manejando a la suerte de un abogado habilidoso; o en la búsqueda de una inadvertida contradicción; o en la inquisición de una respuesta inconveniente, luego de un prolongado interrogatorio; pero, en el resumen final, nada habrá agregado al juez, pues -prácticamente- se han reiterado los conceptos verbalizados en los escritos de postulación y responde.

La decadencia de este mecanismo probatorio viene signada por la defección de todos aquellos sistemas que ponderan -de manera especial- el juramento sobre la veracidad de cómo se produjo un hecho determinado. V. gr.: el juramento decisorio, el supletorio, el estimatorio. En fin, la historia del juramento, aditamento inevitable de la confesión judicial, es la historia del perjurio de alta decadencia (25).

## 7. Colofón

De lo expuesto surgen las siguientes conclusiones: 1) El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, reconoce al Estado nacional, las provincias y los municipios, un régimen privilegiado en la producción de la prueba confesional.

2) Sin embargo, la absolución de posiciones en sentido técnico, no puede ser prestada por los funcionarios públicos (excepción hecha en cuestiones que los involucren personalmente), pues éstos carecen del elemento subjetivo de voluntariedad para obligar al Estado; desde que éste se expresa por actos formales documentados que suplen cualquier manifestación explícita.

3) Se deriva del punto anterior que, al no ser "parte *-stricto sensu-*", el funcionario no puede comprometer a la Nación con su declaración; y ésta sólo

podrá valorarse como testimonio de lo relatado. En consecuencia, los dichos que exprese lo comprometen personalmente, sin responsabilidad para el Estado.

4) Son tantas las diferencias de régimen para la producción de la prueba confesional de los particulares respecto de la Nación, que puede afirmarse, no existe prueba de absolución de posiciones para esta última. Se trata solamente de una figura híbrida entre el testimonio y la información.

5) Por ello, al no tratarse de una prueba confesional, no puede "sancionarse" al Estado en los términos del art. 417 del Cód. Procesal, disposición que tácitamente excluye el art. 407 del mismo cuerpo legal.

6) Con tal encuadre, si el informe no es contestado en el tiempo establecido, el interesado deberá activar su reiteración, bajo apercibimiento de tenérsele por desistido de esta prueba.

7) Finalmente, y concentrando la exposición, los funcionarios no pueden obligar con su "confesión" a la Nación, pues la absolución de posiciones que regula el art. 407 del ritual, no es tal, sino que se trata de una prueba que participa de las características de las pruebas testimonial y de informes, prevaleciendo sobre ellas, el material documental que se haya agregado y que involucre a ambos litigantes.

## NOTAS

(1) BIELSA, Rafael, "Ideas generales sobre lo contencioso administrativo", Ed. Lajouane, 1936. "Sobre lo contencioso administrativo", Ed. Castellví, 1954; Rev. LA. LEY, t. 52, p. 1068.

(2) BIELSA, Rafael, "Ideas?", p. 78; "Sobre?", p. 200; Rev. LA LEY, t. 52, p. 1069.

(3) BIELSA, Rafael, "Ideas?", p. 78; "Sobre?", p. 200.

(4) BIELSA, Rafael, "Ideas?", p. 79; "Sobre?", p. 200.

(5) A este respecto, recuerda el art. 595 de la ley de enjuiciamiento civil que determina que, en los pleitos en que sea parte el Estado o alguna Corporación del mismo "no se pedirán posiciones al Ministerio Fiscal, o a quien represente dicha parte. En su lugar la contraría propondrá por escrito las preguntas que quiera hacer, las cuales serán contestadas por vía de informe por los empleados de la Administración a quienes conciernen los hechos", cit.: VILLAR y ROMERO, José María, "Derecho procesal administrativo", Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1944.

(6) Ob. cit., p. 107.

(7) AYARRAGARAY, Carlos A., "Deben desterrarse las ficciones en el Código Procesal Civil", E. D., t. 36, p. 944.

(8) MATTENET, Mario Daniel, "La apreciación de la prueba de confesión", Rev. LA LEY, t. 1976-D, p. 754

(9) CNCom., sala A, abril 22-968, Rev. LA LEY, t. 131, p. 344.

(10) ARAZI, Roland-FENOCHIETTO, Carlos E., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. 2, p. 412, Ed. Astrea, 1984.

(11) Vide: E. D., t. 36, p. 946, punto IV.

(12) Fallos, t. 200, p. 146; Rev. LA LEY, t. 117, p. 662; Rev. LA LEY, t. 37, p. 53; C. Civil 1ª Capital, J. A., t. 29, p. 55, citados por AYARRAGARAY, Carlos, ob. cit. p. 947.

(13) PALACIO, Lino E., "Manual de derecho procesal", t. I, p. 947, Ed. Abeledo Perrot, 1975.

(14) DIEZ, Manuel María, "Derecho procesal administrativo", p. 180, Ed. Plus Ultra, 1983.

(15) CNFed. Contenciosoadministrativo, abril 19-966, Rev. LA LEY, t. 122, p. 537.

(16) Este artículo es igual a los arts. 50 del Código de Salta; 512 del Cód. de Procedimientos de San Luis; y similar a los arts. 34 del Código de Córdoba; 49 del Cód. de La Rioja; 54 del Cód. de Jujuy; 49 del Cód. de Santiago del Estero y 49 del Cód. de Santa Fe.

(17) MORELLO. Augusto Mario; BERIZONCE, Roberto Omar; PASSI LANZA, Miguel; SOSA, Gualberto Lucas. "Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", p. 343, Ed. Abeledo Perrot.

(18) MORELLO y otros, ob. cit., p. 343.

(19) Quizás esta idea pueda ser contradicha sobre la base del principio que sólo pueden reconocerse derechos y confesarse hechos; pues no hay confesión de derechos ni reconocimientos de hechos. Pero en la misma literatura Italiana existe divergencia, en este aspecto, ASCOLI y CAMMEO, por ejemplo, estiman que la distinción no ha sido aún planteada netamente (Notas a la traducción de CROME, "Parte Generale", p. 428 b) y por todas partes se advierte, especialmente en el campo de la confesión extrajudicial, una tendencia indudable a amalgamar las dos instituciones. "Esta tendencia y esta divergencia a mi entender -dice CARNELUTTI- como síntomas de la deficiencia de la afirmada diferencia de contenido entre las dos declaraciones, no en el sentido de que toda confesión contenga el reconocimiento de un derecho, sino en el de que todo reconocimiento (de un derecho) contiene la confesión de un hecho. En definitiva, la confesión no es especie distinta del reconocimiento, sino género del cual el reconocimiento constituye una especie? En otros términos: se puede reconocer un hecho sin reconocer el derecho que de él derive; pero no cabe reconocer un derecho, que derive de un hecho, sin reconocer el hecho mismo" CARNELUTTI, Francesco, "La prueba civil", ps. 135/6, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Ed. Depalma, 1979.

(20) En el mismo sentido, DIEZ, Manuel María, ob. cit., p. 168.

(21) CARNELUTTI, Francesco, ob. cit., p. 144.

(22) ARAZI-FENOCHIETTO, ob. cit., ps. 412/13.

(23) Cita DIEZ, Manuel María, ob. cit., p. 181.

(24) "No se repara que la reglamentación de esta institución es una burla mayúscula, y lo hemos de demostrar. Afirmar lo contrario es una falacia y grave, y tiene como madrastra del sistema legal la tradición, espantosa figura que no conocemos que se haya señalado. La pregonada justicia tribunalicia es una bolsa llena de nueces sin fruto" (AYARRAGARAY, Carlos, ob. cit., p. 943)

(25) AYARRAGARAY, Carlos A., ob. cit. p. 948.

## CLASES VEINTE y VEINTIUNO

### CURIOSIDADES DE LA PRUEBA TESTIMOMIAL e INFORMATIVA

#### 1. La prueba de testigos

Testigos son las personas físicas, distintas de las partes, que declaran en el proceso sobre percepciones directas habidas sobre hechos pasados que se discuten en juicio.

En la historia procesal la declaración de terceros ha tenido una preferencia notable como medio de prueba, incluso, sin la necesidad de exponer compareciendo al proceso, tal como lo permitió el derecho griego con el testimonio por escrito. Después, en el derecho romano clásico, se agregó el deber de informar en juicio, aunque justificaban el *testimonium per tabellas*, o declaración escrita y firmada por algunas personas, la cual tenía menos crédito que la manifestación oral <sup>(184)</sup>.

En este tiempo, asistir al tribunal era una carga pública de la que solo podían excusarse algunos privilegiados como las personas ilustres que describe Justiniano en el Libro 16, C (*De Testibus*) artículo IV, 20. Igualmente la declaración fue oral pero prestada en el domicilio <sup>(185)</sup>.

Al ser estos procedimientos orales, el testimonio de terceros tenía gran respeto, siendo la posibilidad de presentar testigos, ilimitada en su número. En el Bajo Imperio, con el sistema extraordinario, perdió un poco su notoriedad, limitándose el número, a los que los jueces estimen necesarios, aunque Justiniano reconocía que a veces es el único medio de prueba con que se cuenta, para sacar a la luz la evidencia. Cuando varios testigos coinciden en su declaración, se llaman testigos contestes, y la prueba alcanza más crédito.

Con el derecho romano canónico se introduce la confianza en el testimonio, en el sentido de considerar que el deber de veracidad implícito en la declaración del testigo, acrecía el valor de la prueba, incluso, superando a la instrumental. El derecho francés del siglo XIV escoge al testimonio en lugar de la prueba escrita; y el derecho español anterior al siglo XVII también le dio un lugar prominente.

Dice Caravantes que [...] "bien considerada la prueba de testigos es una de las más peligrosas, porque en las demás puede el juez engañarse a sí mismo, pero en ésta son los testigos los que pueden engañar al juez. Sin embargo, estos inconvenientes no han parecido ni debido parecer suficientes para proscribir esta prueba, pues de haberse proscrito, hubiera quedado privada la justicia del principal y a veces del único medio de investigación, teniendo que paralizarse su acción por mil obstáculos que hubiera encontrado al paso. Así, pues, los legisladores modernos, siguiendo aquel principio fundamental de Bentham, en su *Tratado de las pruebas judiciales* ...<<no excluyáis ningún medio de prueba por el solo temor de ser engañados, sino medítadlo y pesadlo bien>> no han hecho más que dirigirla y reglarla del modo más conveniente para que de por resultado la verdad" <sup>(186)</sup>.

---

<sup>184</sup>. Lessona, Carlos, *Teoría General de la Prueba en derecho civil*, Libro quinto (de la prueba testifical), Reus, Madrid, 1913, p. 7.

<sup>185</sup>. Son oídos en sus domicilios, los soberanos de los Estados confederados, los miembros de su familia y los miembros de los parlamentos o consejos del rey, más aquellos que el emperador o el soberano de cada Estado apruebe (Lessona, ob. cit., p. 8).

<sup>186</sup>. Caravantes, *Tratado histórico crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil española*, tomo II, cit., p. 214.

De este modo se emplaza al testigo como una pieza ineludible para construir la investigación y reconstruir los hechos, siendo problema inmediato resolver quién puede ser testigo, pues no basta con tener conocimiento directo de los hechos que se controvierten, sino que sea posible su declaración.

Inclusive puede ocurrir que siendo testigo de los hechos sea traído al proceso como tercero involuntario, perdiendo así la calidad de ajeno o extraño a la litis. Por lo demás, cabe destacar que en atención a la ajenidad del testigo, no pueden serlo las personas jurídicas ni las partes, puesto que el testimonio de estas últimas debe rendirse mediante el libre interrogatorio previsto por el art. 415 del Código Procesal; aunque es admisible que un litigante a fin de acreditar un hecho propio, ofrezca como testigo a uno de sus litisconsortes.

Finalmente cuadra considerar la capacidad requerida para ser testigo. Cuando ella es por razón de la edad, como en el Código Procesal (art. 426), puede serlo toda persona física mayor de catorce años, de cualquier sexo y nacionalidad. La edad se encuentra referida al momento en que el testigo debe prestar declaración, aunque lo haga sobre hechos acontecidos cuando no tenía la maduración exigida; en cuyo caso, el valor del testimonio queda supeditado al criterio del magistrado.

## 2. Testigo y declaración extrajudicial

Una de las cuestiones más importantes a establecer en el alcance que tiene ser testigo, refiere al problema de reconocer si tienen las mismas reglas las deposiciones extrajudiciales que se vuelcan en actas instrumentales, respecto de las declaraciones vertidas en el juicio donde comparece tras ser citado en la condición de tal.

En otros términos, se debe distinguir el *testimonio*, como aseveración de una cosa cualquiera que comunica una persona o cosa (<sup>187</sup>); de la *declaración testimonial* o *exposición individual del testigo*, que comparece al proceso como medio de prueba. Vale decir, que éste último es la fuente de información y el testimonio, el instrumento que se lleva al proceso como medio (prueba documental).

En los registros ante notarios es común asentar declaraciones de terceros que quedan asentadas en testimonios. Por ejemplo, las llamadas *actas de notoriedad*, son exposiciones que realizan dos personas o más, que dan fe ante un funcionario público del conocimiento que tienen sobre una determinada persona (v.gr.: exposición de solvencia; información de abono sobre cumplimiento de obligaciones, etc., que se presentan en hipótesis cuando se deben acreditar calidades ante una entidad financiera o bancaria a la que se pide un préstamo de dinero). A veces, se trata de un acta mediante la cual se certifica la notoriedad pública relacionada con la existencia de un hecho.

El objetivo de un acta de notoriedad consiste en proporcionar a las personas interesadas un instrumento para probar un hecho basándose en sus derechos o hacer que se reconozcan dichos derechos cuando no se ha entablado acción judicial alguna. Con ello se pretende verificar que dichas personas no tienen contradictor alguno y que no hay posibilidad de recurrir a averiguaciones específicas.

El acta de notoriedad se levanta, en la mayoría de los casos, a los fines de designar los derechohabientes de una herencia. A este respecto, el acta engloba la notoriedad de varios hechos (fallecimiento, filiación y testamento), así como las consecuencias jurídicas que se derivan de tales hechos (transmisión hereditaria y derecho de los herederos). Provistos de este tipo de actas, los herederos pueden dirigirse a las entidades bancarias para retirar los importes de dinero dejados por el

---

<sup>187</sup>. Falcón, *Tratado de la Prueba*, tomo 2, cit., p. 247.

difunto o para solicitar que se abran las cajas de caudales donde éste haya conservado sus valores o títulos. El acta de notoriedad puede igualmente ser otorgada por otros motivos; por ejemplo, con el fin de certificar simplemente la identidad de una persona.

En España, la función de ellas es la comprobación y fijación de hechos notorios o por todos conocidos sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legítimas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica. Por medio del acta podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior (v.gr.: en el Registro de la Propiedad para inscribir un asiento reanudando el tracto sucesivo o cadena de transmisiones cuando la misma hubiese sido interrumpida).

Otro modelo son las *exposiciones informativas*, o declaraciones de igual carácter que son las manifestaciones que a falta de motivo suficiente para sospechar de una persona o cuando su conducta no fuera punible, ésta debe prestarla a modo de testigo sin juramento pero con las garantías atribuidas al imputado, lo que significa la posibilidad de que un individuo se presente espontáneamente, o sea llamado a formular una exposición simple sobre los hechos objeto de la investigación, exponiendo sin adquirir la condición de "indagado" pero dada su calidad de "simple imputado" tampoco será testigo en sentido procesal.

Esta figura tiene su antecedente en el viejo Código Procesal Penal de la nación que introdujo la figura del "*imputado no procesado*" en el artículo 236 segundo párrafo; el cual sigue al antiguo código procesal penal español donde la mera convocatoria de una persona a declarar aun no habiendo motivo suficiente para sospechar significaba atribuirle la calidad de "imputado"; de este modo, asumía este carácter a raíz de la leve o dudosa sospecha sobre su participación en un hecho delictuoso; carácter que determinaba su diferenciación del imputado procesado. Recién en las codificaciones modernas, la declaración indagatoria aparece sin contaminaciones inquisitivas, donde por el hábil interrogatorio y aún por la tortura, se buscaba obtener la confesión del imputado y la prueba informativa sobre los hechos, negándosele el derecho de defensa.

También, cuando se realizan *exposiciones de constancia*, llamadas así a las manifestaciones voluntarias de aquellas personas que quieren dejar testimonio escrito sobre un hecho pasado (v.gr.: abandono del hogar del cónyuge; pérdida de documentos, etc.), son declaraciones prestadas sin obligación que tienen forma de testimonio aunque el que las realiza no sea testigo.

Igualmente, y entre múltiples situaciones, aparece el creciente empleo de las tecnologías de la información y, con ellas, la consiguiente eliminación de las fronteras en cuanto a la contratación, la negociación de bienes virtuales, los soportes digitales en los que se concretan hechos y actos jurídicos.

La negociación virtual trae una nueva forma de testimonio, donde la actividad notarial da fe de las declaraciones de voluntad contenidas en páginas web, o bien, para elaborar actas de los contratos informáticos y de la etapa precontractual, los contratos telemáticos, así como las manifestaciones telemáticas de compra y entrega con declaraciones-obligaciones, pueden llegar a incorporarse a un proceso judicial y, por tanto, encontrarnos que no tenemos más medio probatorio que la declaración admitiendo los hechos, verificada por un litigante fuera y antes del proceso.

En Argentina hay un vacío legal respecto a las declaraciones extrajudiciales; por otro lado, el comercio transfronterizo, que utiliza formas de contratación electrónicas y telemáticas, se está viendo interaccionado por el derecho de otros países (*lex mercatoria transnacional*), y la normativa creada por las partes

contratantes intervinientes (*ius retis*), a través de documentos electrónicos que pueden derivar en litigios. A la hora de resolver éstos, un juez, en el uso de la potestad jurisdiccional, no puede ni desconocer los avances tecnológicos, ni el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes admitidos en el perfeccionamiento de la contratación, o en el derecho de uno de las partes (toda pretensión invocada en un juicio debe ser acreditada mediante las reglas dadas por el derecho probatorio de cada país), ni de las declaraciones contra se realizadas en documentos electrónicos, ya que puedan ser las únicas pruebas de las que se dispongan, que se verán desnaturalizadas al tener que introducirlas al proceso menguadas de eficacia probatoria al no poder tener en cuenta los hechos confesados en los documentos electrónicos, cintas de vídeo, cintas magnetofónicas, DVD, CD-rom, etc.

En estos medios, que pueden recoger una espontánea confesión extrajudicial -ya sea verbal, con imágenes o por escrito-, es donde se puede encontrar la verdad de la cuestión litigiosa, ya sea por una imprudencia en las conversaciones o la exteriorización espontánea de palabras plasmadas, por ejemplo, en un correo electrónico, manifestando querer abonar el precio pactado y la conformidad con lo adquirido una vez recibido y desembalado.

Por otra parte, son numerosas las actividades realizadas por los notarios relativas a declaraciones de personas o narraciones sobre ciertos hechos del lugar, presencias, actos de exhibición, entrega, declaraciones de las partes en su realidad fáctica, en la lectura de firmas, etc., recogidas en soporte electrónico, que se conforman fuera del proceso y contienen declaraciones confesorias amparadas por la fe pública, que en vía jurisdiccional -por el vacío de nuestra legislación- no tienen virtualidad de prueba más que como indicios, cuando realmente constituyen declaraciones testimoniales.

En suma, las declaraciones aportadas fuera del proceso, en forma voluntaria, y al sólo y único efecto de dejar asentado en forma escrita lo sucedido, es una declaración testimonial de un persona que, con ese acto, preconstituye prueba.

Cuando esa manifestación se lleva al juicio, no es prueba de testigos, sino documental que exige reconocimiento de autenticidad y contenido. Si se niega lo primero, deviene necesaria la convocatoria como testigos de quienes deben ratificar lo expuesto; si se reconoce la autenticidad, la prueba vale como documento y esa será la vara de apreciación probatoria.

### **3. El testigo es medio de prueba**

El testigo lleva al proceso lo que conoció en el pasado por haberlo percibido a través de sus sentidos. Por eso, la prueba testimonial es judicial y las declaraciones extrajudiciales son pruebas documentales. Pero no todas las personas pueden ser testigos.

Es muy interesante la evolución del concepto porque originariamente se dijo que el valor del testimonio provenía de la fuente fidedigna, por lo cual, esa credibilidad no podía aceptarse en insanos, parientes, pródigos, impúberes, e incluso a las mujeres. Valían más los testimonios de aquellos de mejor condición social; o el del anciano respecto a los más jóvenes, o del rico con relación al pobre, pues éste se creía, era más propenso a recibir sobornos.

El mejor testigo era el presencial. Se necesitaban para probar un hecho a menos dos testigos sumados a otros elementos probatorios. El problema de este medio probatorio es la credibilidad de los testigos, y por eso no fue aceptada como único medio, y aunque el Derecho Canónico amplió las tachas para impedir falsos testimonios, el problema continuó, y el sistema de tachas fue poco a poco excluido.

Los testigos presenciales tuvieron más valor de credibilidad que los de oídas. Ambos tenían que dar razón de sus dichos. Los testigos intervinieron muchas veces en el ámbito civil al conformarse el negocio jurídico, para luego, en caso de surgir discrepancias entre las partes, poder brindar explicación sobre lo allí acontecido. El testigo de día limitarse a relatar los hechos sin realizar valoraciones ni apreciaciones de tipo personal.

La mayoría de las legislaciones actuales rechazan el testimonio del cónyuge y de los parientes más próximos. En Argentina no pueden ser testigos los menores de catorce (14) años, los parientes próximos, los que sufran de alteraciones mentales y los condenados por falso testimonio. Las partes deben alegar la falta de idoneidad del testigo y los jueces deben apreciar el testimonio teniendo en cuenta todo lo que tienda a aumentar o disminuir la fuerza de las declaraciones.

La función de testigo es una carga pública que se hace bajo juramento de decir la verdad, y el que es citado como testigo debe comparecer. De no hacerlo puede ser obligado por la fuerza pública. El que fuere exceptuado de comparecer en razón del cargo, de la condición de la persona o por imposibilidad física, debe declarar por escrito a través de un oficio.

### **3.1 La condición de ser extraño al proceso**

Los testigos, decía la ley 2ª, título 16 de la III Partida, no deben recibirse sino después de encontrarse trabada la litis. No hay testimonios que no sean forzados por la citación judicial de aquellos que deben declarar en juicio sobre lo que saben acerca de la verdad o la falsedad de los hechos controvertidos. Por supuesto que hubo excepciones cuando por razones de enfermedad o edad podía anticiparse el acto de manifestación, pero siempre el marco de permisión fue dado con relación a la litis.

El testigo que se presenta voluntariamente a declarar en pleito ajeno, es sospechoso de parcialidad y no merece fe, según se deduce del argumento de la ley *quae Omnia 25 del Dig. De Procurator*, si bien hay autores que creen que debe apreciarse esta declaración, si es de persona conocidamente veraz o de distinción. Además, versando esta clase de negocios sobre el solo interés de las partes, a ellas solas es a quienes toca la presentación de los testigos, y ni aun el juez puede tomar, para mejor proveer, declaración alguna de testigos, puesto que según Caravantes, el art. 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española no le faculta para ello (<sup>188</sup>).

Saber cómo sucedieron los hechos por haberlo visto no significa, estrictamente, que esa persona sea un testigo. Para serlo tiene que ser extraño al conflicto, y de no ser absolutamente imparcial, siendo testigo, el valor del testimonio se mide con reglas de apreciación diferentes. Igual sucede con los que conocen los hechos por referencias, o de "oídas", quienes relatan lo que otro ha dicho; en estos casos, lo que cae bajo los sentidos del testigo son las expresiones oídas por él y no las apreciaciones directas. Empero, podrían considerarse pertinentes y admisibles cuando se alegan hechos de carácter íntimo que están fuera del alcance visual y auditivo de la generalidad de las personas, siempre y cuando concurren otros elementos de convicción que demuestren la exactitud de las referencias (<sup>189</sup>).

---

<sup>188</sup>. Caravantes, *Tratado histórico crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil española*, tomo II, cit., p. 215.

<sup>189</sup>. Se afirma así, que el testigo indirecto o mediato, que no puede afirmar más que un comentario que escuchó, no es, en rigor, un verdadero testigo del hecho a que se está refiriendo y sus referencias carecen de validez. No es eficaz, porque el hecho apuntado no cayó dentro del ámbito de sus sentidos, de manera que, desde su subjetividad, carece de certeza para afirmar la veracidad de la referencia (CNCiv., Sala A, 1995/05/19, "R., R. c. M., P.", en Gozáini, Oswaldo A., *Colección de*

La posición de extraño se refiere a no estar vinculado al proceso, pero es una condición que pierde actualidad frente a diversas contingencias como la declaración de partes en el interrogatorio cruzado (<sup>190</sup>), y sobre todo, en la posibilidad de recibir la prueba de testigos relacionados con las partes, cuya declaración se valora conforme las reglas de la sana crítica y en orden a la idoneidad que merecen (cfr. art. 456, Código Procesal).

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el testimonio es un acto procesal, por el cual una persona informa al tribunal sobre cuánto sabe sobre los hechos materia de conflicto entre sujetos que puede o no conocer. Para que ese testimonio convierta en testigo a quien lo realiza, debe concretarse ante el juez competente, que será el de su domicilio o de aquél donde la causa esté radicada. Si quien presta declaración es la parte, antes que testimonio el medio de prueba se relaciona con la confesional.

De todos modos, bien explica Devis Echandía que como [...] "en el derecho contemporáneo se acepta la figura jurídica del testimonio de parte con fines probatorios únicamente cuando la declaración es desfavorable a esa parte o favorable para su adversario; en el caso contrario, de favorecer a la parte declarante es un simple testimonio cuyo valor probatorio se niega todavía en la mayoría de los países y en algunos se acepta en forma relativa o limitada. Es decir, el testimonio de parte puede contener o no una confesión" (<sup>191</sup>).

Por tanto, ser extraño al proceso es un elemento de la imparcialidad objetiva vinculada con el deber de declarar y decir verdad sobre todo aquello que el testigo ha visto u oído; el desinterés hace más a la eficacia de la declaración que a su validez.

### **3.2 La condición de ser fuente fidedigna. El caso de la mujer testigo.**

La posibilidad de ser testigo también se analiza desde el carácter de la fuente, criterio que significa ponderar la concurrencia de elementos que aseguren la fidelidad de la declaración.

Fuente fidedigna se ensambla con la confiabilidad en la persona que declara, calidad que en la historia cuenta con historias disímiles. Por ejemplo, antes se decía que como los esclavos no son personas por eso no pueden declarar; o que la mujer debía ser honesta para llevarla como testigo siempre que relatara hechos propios de sus actividades y no de otras más relevantes que solo celebran los hombres; también la situación económica hacía más confiable la declaración del varón respecto al pobre que puede ser comprado. Por falta de capacidad no podía ser testigo el loco, fatuo o mentecato, el ebrio mientras lo esté, y el que de cualquier otro modo esté destituido en juicio, ni el menor de catorce (14) años. Por identidad de razón tampoco podía serlo el sordomudo ni el ciego respecto de hechos que solo se pueden percibir por la vista.

Estas menciones de Manresa se suman a las prohibiciones respecto de aquellos de dudosa probidad, como la mala fama, o la constancia de haber incurrido en falso testimonio, o que hubiera falsificado cartas, sellos o moneda del gobierno;

---

*análisis jurisprudencial - Elementos de Derecho Procesal Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 226).

<sup>190</sup>. En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española el interrogatorio no queda restringido a los hechos en que la parte declarante haya participado directa o haya tenido un protagonismo inmediato (hechos personales). Según previene el art. 301.1 "Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio". Se configura, pues, como una prueba en este punto semejante a la de testigos que deponen igualmente sobre hechos que han presenciado o simplemente conocen (Jiménez Conde, Fernando, *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Thomson Cívitas, Madrid, 2007, p. 48).

<sup>191</sup>. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo II, cit., p. 25.

el que hubiera dado yerbas o ponzoñas para causar aborto, muerte u otro mal corporal, etc. <sup>(192)</sup>.

Todas estas fueron afirmaciones propias de un tiempo donde el empeño de la palabra y el juramento obligaban a actuar con los estándares del lugar social ocupado. La máxima se resumía en requerir que [...] "*los testigos sean de buena reputación, y que estén exentos de invalidación por causa de su dignidad, o de su milicia, o de sus riquezas, o de su oficio. Y que no sean admitidos para prestar testimonio algunos artifices poco conocidos, ni los muy viles, ni los demasiados oscuros, sino de suerte que, si respecto de ellos hubiere alguna duda, se pueda fácilmente demostrar que la vida de los testigos es intachable y moderada*".

Así fue que la mujer tuvo una posición distinta por razón de sexo, tornando diferente su capacidad para obrar. Aparece otra máxima que dice: "*Son de mejor condición los varones que las hembras en lo tocante a la dignidad, y las hembras que los varones en lo tocante a la debilidad*".

Está presente aquí la convicción de que la *imbecillitas seu fragilitas sexus* a que continuamente hacen referencia los tratadistas (la simpleza y debilidad del sexo femenino) aconseja no reconocer a la mujer una capacidad jurídica plena en asuntos que impliquen un cierto nivel de responsabilidades. Y, en lógica consecuencia con ello, la aceptación del principio de que su reconocida inferioridad puede favorecerla en algunas materias, en cuanto aquélla se le tiene en cuenta para justificar determinados comportamientos que se consideran antijurídicos o no excusables cuando los protagoniza un varón.

Dicen *Las Partidas* que dueñas, doncellas y otras mujeres que viven honestamente en su casa no deben ser emplazadas para que vengan ante el juez personalmente a no ser que el pleito sea de justicia de sangre o de otro escarmiento. Ellas deben enviar a sus personeros al juicio, dado que no está bien que se vean envueltas públicamente con los hombres. Y si algún juez quisiera hacerles una pregunta para saber la verdad, deben ellos ir a sus casas o enviar algún escribano que les pregunte y escriba lo que dijieran.

Los jueces debían aprovechar su autoridad para seducir a las mujeres, pues se dice también que la mujer a quien el juez quiso forzar a casarse con ella sin su acuerdo, no debe exigir que comparezca a juicio, pues puede ejercer "*torcideras demandas para tomarse venganza della*" <sup>(193)</sup>.

Sin embargo las mujeres pueden participar en los juicios y comparecer ante los tribunales como testigos cuando se trata de "hechos mujeriles", es decir, de asuntos propios de sus ocupaciones. El *Fuero Real* es muy claro al sostener en su ley 8: "*La mujer vecina o hija de vecino puede ser testigo en cosas hechas o dichas en baño, horno, molino, río o fuente, o sobre hilados, tejidos, partos, reconocimiento de mujer y otros hechos mujeriles; pero no en otras cosas, salvo las que manda la ley. La mujer que se disfrace de hombre no puede ser testigo; sino en cosas que sean contra el Rey o Señorío*".

Es una de las pocas actividades públicas permitidas a la mujer. Fuera de ellas, la mujer debe quedar protegida en su casa, para evitar que tenga contacto con otros, y para prevenir que tengan hijos de moros (*Fuero de Ledesma*, Ley 387).

---

<sup>192</sup>. Manresa – Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil española de 1881*, tomo II, cit., p. 456.

<sup>193</sup>. Partida III, Título VII, Ley VI.

## LA PRUEBA INFORMATIVA

### 1. Objeto de la prueba

La prueba informativa consiste en requerir a un tercero que tiene información registrada en archivos, libros contables, o demás asientos debidamente almacenados, para que proporcione al proceso los datos que allí cuenta. La procedencia queda limitada a los actos y hechos que resulten de la documentación, archivo o registro asentados por el informante, quien puede ser una oficina pública, escribano con registro y entidades privadas.

Por tanto es improcedente cuando se pide a quien no tiene las fuentes de información almacenadas, así como es ineficaz si el informante produce el informe sin tener en su poder los respaldos documentales, revelando información que podría facilitar mejor como testigo.

La finalidad es comprobar (ratificar), con la información disponible que no se crea a los efectos de contestar el pedido de informe, sino que obra archivada con anterioridad, aquellos hechos concretos, claramente individualizados y controvertidos, que tornan admisible la prueba; con la aclaración que es una prueba complementaria, cuyo valor probatorio se refleja en la medida de la información que proporciona.

Lo que en realidad se requiere, es que se persiga ineludiblemente la constatación de un hecho previamente precisado. O sea, la dilucidación de uno de los hechos discutidos, y no una inquisición. Por eso, el pedido de informes no se puede presentar como si fuera un interrogatorio.

Recordemos que cuando se modificó la norma que acordó la actual redacción del art. 396 del Código Procesal (<sup>194</sup>), uno de los integrantes de la comisión redactora (Ayarragaray), así lo afirmó, pues como también se ha dicho, con ésta prueba se debe intentar la constatación de los hechos y no, por el contrario, la averiguación de los mismos (<sup>195</sup>).

Con ello queremos expresar que, a veces, es una prueba directa y otras, puramente subsidiaria de aquéllas que viene a integrar. Del primer orden son las que aportan instrumentos claros para verificar afirmaciones o pretensiones. En tal sentido, se ha dicho que, a los efectos de la prueba del lucro cesante, el medio más eficiente para acreditar la labor que llevaba a cabo la víctima es la prueba informativa y no la testimonial, pues los elementos probatorios deben acreditar el perjuicio sufrido, pudiendo el magistrado establecer como pauta para determinar su monto, las tareas que el damnificado desarrollaba (<sup>196</sup>). Del tipo restante, son las

<sup>194</sup>. "Art. 396. Los informes que se soliciten a las oficinas públicas, escribanos con registro y entidades privadas deberán versar sobre hechos concretos, claramente individualizados, controvertidos en el proceso. Procederán únicamente respecto de actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante. Asimismo, podrá requerirse a las oficinas públicas la remisión de expedientes, testimonios o certificados, relacionados con el juicio".

<sup>195</sup>. De Gregorio Lavié, Julio A., *Código Procesal Civil y Comercial comentado*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, p. 447. Cfr. Sentís Melendo, *El proceso civil, Estudio de la Reforma Procesal Argentina*, cit., p. 277.

<sup>196</sup>. CNCiv., Sala L, 1999/03/05, "Mileo, Gerardo U. c. El Puente S. A.", La Ley, 2000-B, 877, J. Agrup., caso 14.856. Asimismo, tratándose de un juicio de impugnación de decisiones asamblearias, en el que se controvierte el contenido de la documentación contable de la sociedad, la prueba no puede quedar limitada a los registros de la sociedad demandada -salvo que sólo se le atribuyan errores en el traslado de datos de los libros a las cuentas y balances- pues el medio de acreditar deficiencias no puede ser limitado al análisis de los libros de la sociedad cuyos registros se cuestionan. En consecuencia, son admisibles los informes de terceros que realizaron operaciones con la sociedad (CNCom., Sala E, 1996/10/11, "Grinstein, Saúl c. Biotenk S. A.", La Ley, 1997-D, 441 -

que integran un medio o lo completan con la información que proporcionan. Por ejemplo, si un escribano es citado a declarar como testigo, y en el curso de la declaración afirma poseer en sus registros información útil para la causa, se podrá requerir en ese acto en virtud del art. 36 inciso 4º ap. c); o las partes plantearla como incorporación de documentos no conocidos con anterioridad (art. 335, Código Procesal); o también, pedirla a través de la prueba de informes.

## 2. Diferencias con otros medios de prueba

Se diferencia de la *prueba documental*, pese a que el informe se materializa también en un instrumento por escrito, en que a él se llega previo requerimiento de parte interesada y posterior contestación de quien es informante, sin que sea aplicable ninguna de las reglas que gobiernan la prueba documental que exige la aportación directa del documento al proceso.

También se distingue de la *prueba testimonial*, toda vez que el informante es un intermediario entre el pedido y el informe que brinda, no tomando conocimiento de los datos que aporta sino hasta el momento que le es requerida la información, en cambio el testigo participa en el proceso aportando el conocimiento de los hechos que ha adquirido a través de sus sentidos. La prueba informativa se refiere a actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante, de modo que no es meramente sustitutiva de la prueba testimonial.

En realidad, lo que ha de verse es si el pedido de informes tiene autonomía como medio probatorio o es una herramienta que permite sustituir un mecanismo por otro, apoyado en el principio de la libertad de probar. Aclaremos que este debate fue despejado cuando se acordó la redacción del art. 397 del Código Procesal<sup>(197)</sup>, pero que aún persisten los interrogantes cuando se consigue ampliar con el sistema lo que de otro modo estará vedado.

Colombo había sostenido la calidad "sustitutiva" de la prueba de informes respecto del testimonio, en el sentido de que –en su criterio– era una versión dada por quien no es persona física, asentada en constancias instrumentales y el medio de comunicación a la jurisdicción es directamente por escrito. En cambio, dice que no es sucedánea de otro medio de prueba que corresponda a la índole de las afirmaciones o de los hechos, pero sí sustitutiva del medio propio, cuando existe imposibilidad física o jurídica de producirlo, no haciendo a su naturaleza la circunstancia de que se produzca por escrito<sup>(198)</sup>.

Tampoco le da autonomía Devis Echandía, quien considera a la prueba de informes como una especie de la prueba documental, por lo que sería inapropiado reglarla como prueba separada, porque no se trata de un medio independiente, sino de una modalidad de varios de los otros medios probatorios (v.gr.: cuando una autoridad informa acerca de un hecho ocurrido en su despacho o expide una certificación de tal hecho, existe un testimonio oficial o bien un documento, si en cambio realiza un examen de los hechos y rinde el informe correspondiente se estará en presencia de una inspección)<sup>(199)</sup>. Apoya su argumentación Sentís Melendo, entre otros, quien sostiene que la prueba informativa es sustitutiva,

---

IMP., 1997-B, 2592).

<sup>197</sup>. El primer párrafo del art. 397 dice: "No será admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o a ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos".

<sup>198</sup>. Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 463.

<sup>199</sup>. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo II, cit., p. 599.

influyendo en la naturaleza procesal del informe, la del medio al que reemplace<sup>(200)</sup>.

Sin embargo la autonomía es indiscutible, pese a que la validez probatoria tiene implicancias y apoyos en otras fuentes de prueba. El parecido con el testimonio es circunstancial, porque ambos relatan sobre hechos pasados, pero el gobierno y control del informe es "a posteriori" de la producción mientras que el testimonio se confronta en el acto de ser prestado y con otras condiciones de admisión y procedencia. En consecuencia, tampoco se pueden considerar equivalentes el alegato sobre la idoneidad del testigo (art. 456, Código Procesal) y la impugnación al informe presentado (art. 403, mismo ordenamiento).

El hecho que se presente por escrito lo vuelve un documento público por accesión, pero la llegada al proceso es distinta. En efecto, sostiene Palacio que no puede constituir una especie de prueba documental, pues ésta requiere la aportación del documento sea por quien intenta valerse de él o, por otro a raíz de una orden de exhibición, en tanto que el informante sólo se limita a transmitir al órgano judicial, el conocimiento que le deparan las constancias documentales que obran en su poder<sup>(201)</sup>.

Finalmente advierte Giuntoli que la opinión de Alsina puede ser un punto de equilibrio (o desconcierto) porque a pesar de afirmar que la prueba por informes es autónoma, ha dado motivos a los sostenedores de la postura contraria para pensar que sólo la consideró un trámite especial para allegar pruebas al proceso; al sostener que siendo independiente (porque no se le aplican las normas que gobiernan ninguno de los otros medios de prueba), en la práctica sólo constituye una forma de hacer llegar al tribunal elementos de juicio<sup>(202)</sup>.

### 3. Requisitos de admisión

El pedido de informes debe reunir determinados requisitos:

a) *Hechos concretos y claramente individualizados*, para evitar informaciones generalizadas y/o relatos de hechos no documentados de terceros que implican declaraciones que deben recogerse como testimonio con todas las garantías de bilateralidad y control de ese medio probatorio en particular.

El informe que se requiere debe testear la reproducción de lo que está escrito en un archivo, registro, base de datos o toda documentación que signifique tener constancias relacionadas con el hecho, pero no realizadas en función del hecho (v.gr.: liquidaciones de sueldos y jornales emergentes de una suspensión colectiva que deriva en despidos indirectos).

b) *Hechos controvertidos*, característica que hace al principio general de la prueba. Carecería de sentido producir informes sobre hechos inconducentes a la solución del pleito o litigio. Aclara Castaños Zemborain que la mención a estos hechos no se debe coincidir como objeto de la prueba específica, [...] por cuanto, no sólo se desdibujaría la exigencia que se ha querido destacar, sino, lo que es peor, como consecuencia de ello, podría llegarse a que, llevados por predecibles impulsos hedonistas, incurriésemos en abusivas sustituciones. Así, intentar obtener interpretaciones respecto al alcance o sentido de los actos, averiguar relaciones entre causas y efectos, o cualquier otro tipo de opiniones científicas, profesionales o

---

<sup>200</sup>. Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 260.

<sup>201</sup>. Palacio, *Derecho procesal civil*, tomo IV, ps. 665 a 667;.

<sup>202</sup>. Giuntoli, María Cristina J., *Algunas precisiones sobre la naturaleza jurídica de la prueba de informes*, La Ley, 1979-D, 154.

artísticas propias de la prueba pericial. O tal vez, mal interpretando el último párrafo de este art. 396, lograr un certificado, expediente, testimonio, etc., que se hubiese omitido ofrecer en el tiempo regulado por los arts. 333 y 334 del Código citado" (203).

c) *Actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante.* Si no tiene ese respaldo, es una mera opinión o estimación cuyo valor se reporta en los documentos, registros o constancia que aporta, pero no es prueba de informes.

Por eso si el informe carece de los requisitos exigidos para su admisibilidad, se puede impugnar por la forma y contenido y, hasta por su condición informativa cuando lo que se comunica no se respalda con documentación, archivo o registro contable del informante. Este es el sentido de la prueba, de lo que sigue que en oportunidad de contestar el requerimiento se debe indicar la fuente y demás recaudos documentales tenidos a la vista. En consecuencia, frente a la manifestación del informante en el sentido de que carece de los datos requeridos en su propia fuente documental, la prueba en cuestión pierde todo sustento normativo por ausencia del supuesto fáctico que la justifica (204).

d) *Es objetiva* porque el registro pertenece a un tercero que no reviste la calidad de parte. La imparcialidad del emisor se toma del hecho objetivo que produce con un informe que solo releva aquello que está registrado con anterioridad a los hechos de la causa. Si por ejemplo, si se pidiera a una asociación científica que dijera cuál es la técnica habitual en las intervenciones quirúrgicas, no podría informar sobre la base de la cuestionada en el juicio de que se trate, porque el informe es objetivo sin ponderaciones subjetivas. Es una remisión a los registros archivos, no una opinión. El informe se vuelve presente pero trabaja con datos preexistentes que pueden vincularse o no en forma directa a los hechos de la causa (v.gr.: registros contables del empleador en el juicio de despido que formula el trabajador contra el contratista –no contra quien lleva los libros, porque en su caso a prueba es pericial o documental).

Es cierto que alguna doctrina y jurisprudencia han admitido cierto tipo de informes, aun cuando no se sustenten en documentación registrada, si versan sobre usos y costumbres conocidos de un modo uniforme por quienes participan de una actividad profesional determinada que los tienen como ciencia adquirida o uso inveterado (205).

e) *Su contestación es una carga pública.* Los informes y/o expedientes solicitados deben ser contestados y/o remitidos, respectivamente, en forma inexcusable dentro de los diez (10) días hábiles si el informante es tanto una oficina pública cuanto si es una entidad privada, *salvo* que la providencia que lo haya ordenado hubiere fijado otro plazo en razón de la naturaleza del juicio o de circunstancias especiales. La prueba de informes importa para el requerido un deber de información inmediato, contra las que no tiene causa ninguna de oposición.

---

<sup>203</sup>. Castañón Zemborain, Víctor M., *Prueba de informes. Su objeto y los sujetos informantes*, La Ley, 1994-C, 929.

<sup>204</sup>. CNFed. Civil y Comercial, Sala I, 1986/05/13, "La Tandilense, Cía. de Seguros c. Transporte Automotor Nuevo Horizonte, S. A.", La Ley, 1987-C, 432.

<sup>205</sup>. Castañón Zemborain, ob. cit., p. 930.

Está compelido a recibir el oficio, y a responder el pedido dentro del plazo acordado, pudiendo dentro del quinto día, plantear causas de reserva o secreto, por las que puede negar la producción informativa que se le solicita.

Las oficinas públicas y las entidades privadas no podrán establecer recaudos o requisitos para responder o recibir los oficios sin ley que los autorice, ni pueden imponer aranceles que no estuvieren legítimamente determinados.

La reforma procesal ha unificado en las medidas conminatorias la diferencia que tenía el código anterior respecto de las consecuencias de la demora imputable cuando se trataba de organismos públicos o entidades privadas. De alguna manera, la armonización concilia con la tradición jurisprudencial que ha sostenido que no se afecta principio constitucional alguno cuando se sanciona a una dependencia estatal, autónoma o autárquica.

Así se dijo que, las sanciones impuestas al Banco de la Provincia de Buenos Aires, por su demora en contestar un pedido de informes, no afecta el "status" jurídico de raíz constitucional que ella tiene como institución autárquica de derecho público, ni limita las exenciones de que goza en virtud de la reserva efectuada en la Constitución Nacional, en tanto los privilegios no guardan relación con el comportamiento del banco respecto del cumplimiento de una carga pública como es responder un pedido judicial de informes (<sup>206</sup>).

En orden a las medidas conminatorias, hay que señalar que no están extendidas hacia cualquier tipo de entidad, porque en el supuesto del art. 403 (impugnación por falsedad) solamente se aplican a la oficina privada.

El párrafo final del art. 398 del Código Procesal tiende a resolver el problema de la demora en contestar pedidos de informes que resultan necesarios para concretar transferencias de dominios. Frente a la rémora, y cuando ella provenga de las entidades prestadoras del servicio de agua corriente o entidades municipales locales o de la ciudad autónoma de Buenos Aires, no será necesario practicar intimación al responde, ni librar nuevos oficios, porque habiendo transcurrido el plazo para contestar, se interpretará que no hay deuda pendiente que reclamar.

*f) Reserva o Secreto:* Cuando el requerimiento de informes y/o la remisión de expediente fuera procedente, solo podrá ser negado si existiera justa causa de reserva o secreto, circunstancia que deberá ponerse en conocimiento del juzgado dentro de los cinco (5) días de recibido el pedido.

Por ejemplo, si el requerimiento formulado mediante un pedido de informes no se refiere a hechos concretos que se encuentran claramente individualizados, sino que, lo que se quiere es una investigación interna a cargo del ente para determinar o individualizar esos hechos, consecuentemente, por no ajustarse el pedido a lo establecido en el art. 396 del mismo Código, el organismo puede negarse a contestarlo (<sup>207</sup>).

La negativa a responder un pedido semejante justifica la resistencia, y admite plantear además de obstáculos de esencia, condiciones para hacerlo, como reclamar los gastos que pueda demandar. Si la interesada no quiere afrontarlos,

---

<sup>206</sup>. CS, 1990/02/27, "*Cía. Financiera Saladillo c. Amur S. A.*", DJ, 1990-2-241. Para encontrar justificada una demora, no hay que tener mas que sentido común, por eso se afirmó que, aunque las dificultades administrativas, que en el caso invoca el banco pueden estimarse idóneas para excusar un cierto retraso en la contestación de los pedidos de informes en el juicio de alimentos, es obvio que no pueden justificar la anómala situación planteada en el "sub lite", en que después de mas de un año de requerida la información, ésta todavía no ha sido proporcionada en forma correcta por la entidad (CNCiv., Sala F, 1986/07/11, "*P., S. c. C., H.*", La Ley, 1987-B, 53 -DJ, 987-1-866).

<sup>207</sup>. CNCiv., Sala G, 1984/08/01, "*Industrias H. A. Barone, S. R. L. c. Leatta, Domingo S.*", La Ley, 1985-B, 162 - DJ 1985-1, 721.

ese pedido de gastos se considerará una negativa que, como se ha dicho, es legítima.

*g) Es autónoma*, por lo que no será admisible el pedido de informes que manifiestamente tiende a sustituir o ampliar otro medio de prueba (art. 397).

No obstante, a veces el informante puede interpretar la información que produce, cuando al hacerlo no responde a ningún conocimiento personal y consecuentemente, no se convierte en testigo. Aquí la prueba solo agrega una deducción de las constancias registrales.

El art. 397 del código ritual reafirma la autonomía de la prueba de informes, cuando se refiera a actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante. Por ello, todo hecho en que el tercero intervino personalmente y no resulta de su archivo, documentación o registro, debe ser declarado en la audiencia respectiva como prueba de testigos, circunstancia que se produce bajo garantías de las que no cabe prescindir, sin comprometer los principios del debido proceso, como son la bilateralidad y la defensa en juicio.

Ahora bien, este control de la prueba debe hacerse de oficio al tiempo de resolver la prueba pertinente (art. 360 inciso 5º, Código Procesal), de modo tal que, de ordenarse el libramiento de oficios sin que la parte cuestione la procedencia de algunos, cualquier oposición posterior es tardía e inoportuna. Por eso se afirma que, aun cuando el medio probatorio no sea el idóneo para acreditar el daño, si la demandada no objetó el procedimiento, ni impugnó el resultado de tales informes, dicha circunstancia permite aceptar como correcto el valor otorgado (<sup>208</sup>).

#### **4. Obligaciones del que ofrece la prueba**

El pedido de informes tiene que fundarse en la necesidad de recopilar información que se encuentra archivada o registrada en asientos contables, la que se vincula con hechos concretos y controvertidos que se deben individualizar.

En la práctica la prueba se ha desinformalizado, teniendo como única limitación que no se pretenda mediante un artilugio técnico sustituir una prueba por otra; es decir, alterar el objeto específico de un medio (v.gr.: pericia, testigos) por la facilidad del informe del tercero.

La iniciativa probatoria del juez, basada en el deber de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de igualdad y defensa entre las partes (art. 36 inciso 4º, Código Procesal), le faculta a requerir la agregación o exhibición de documentos en manos de terceros, o en posesión de los litigantes; de lo que resulta que siendo potestad del tribunal exigir la presentación de prueba documental, no sería congruente pedirle a las partes que justifiquen la necesidad de requerir informes en iguales circunstancias.

La prueba se concreta con el libramiento de un oficio que debe confeccionar quien pide la prueba. Inclusive ha de firmarlo y encaminarlo sin necesidad de acreditar ante el juzgado más que el diligenciamiento oportuno.

La ley 22.434 oportunamente modificó el primer párrafo del art. 400 del Código Procesal, estableciendo que: "Los pedidos de informes, testimonios y certificados, así como los de remisión de expedientes ordenados en el juicio, serán requeridos por medio de oficios *firmados, sellados y diligenciados por el letrado patrocinante con transcripción de la resolución que los ordena...*".

---

<sup>208</sup>. CNCiv., Sala E, 1985/10/30, "Arce, Hugo S. c. Los Lagartos Country Club y otros", La Ley, 1986-B, 100 - DJ, 986-II-342 - ED, 117-561.

Inclusive, un fallo plenario anterior de la ex Cámara Nacional de Paz había sentado el criterio que entre los oficios librados en los juicios donde intervienen abogados, se encuentran los ordenados requiriendo el envío de expedientes, debiendo en ese caso transcribirse la resolución que los ordena, ya que no era aplicable a los oficios dirigidos a los jueces la prevención que establecía el párrafo final del art. 399 <sup>(209)</sup>. Agregándose que si por aludir en términos genéricos a las oficinas públicas, se entiende que el apartado segundo del art. 396 se refiere a los expedientes administrativos, ello no quiere decir que haya excluido de la prueba informativa a los expedientes judiciales, ni los del art. 400 autorizan a interpretar que se refiere a los primeros, cuando no hace ninguna distinción al respecto, remitiéndose en general a los expedientes que tanto pueden ser de uno u otro carácter.

Esta lectura del Código se debe correlacionar con el art. 131, que establece que la comunicación entre jueces se debe realizar mediante oficio, pero en parte alguna se dispone que éstos deban ser suscriptos por los mismos magistrados requirentes, lo cual sugiere que ellos pueden ser firmados por los letrados patrocinantes conforme al art. 400 (el requerimiento de expedientes se rige por los arts. 122, 370, 376 y 397, Código Procesal).

Ahora bien, esta interpretación fue generalmente resistida porque se aplicó el inc. 1º del art. 38 del Cód. Procesal, también modificado por la ley 22.434, que establecía expresamente que: "*Las comunicaciones dirigidas al Presidente de la Nación, ministros y secretarios del Poder Ejecutivo y magistrados judiciales, serán firmadas por el juez*". Por ello, se ha dicho que, es evidente que lo dispuesto por el art. 400 del Código citado debe ser correlacionado con la norma transcripta, según lo sostuviera doctrina autorizada aun antes de la reforma del Código Procesal (en el caso se resolvió que el oficio en cuestión debía ser firmado por el juez) <sup>(210)</sup>.

Alvarado Velloso y Palacio argumentan que los letrados patrocinantes, por lo tanto, se hallan habilitados para suscribir los oficios dirigidos a entidades privadas y a entidades públicas cuyos titulares no sean los funcionarios aludidos por el art. 38 inciso 1º y normas similares <sup>(211)</sup>. Pero actualmente el art. 38 ha sido reformado, permitiendo al juez delegar numerosas facultades en el secretario, el prosecretario administrativo y el Jefe de Despacho. Sin embargo, entre ellas no se encuentra la firma de comunicaciones *dirigidas al Presidente de la Nación, ministros y secretarios del Poder Ejecutivo y magistrados judiciales*. Solo se refiere a "Comunicaciones" que son actos destinados a informar, requerir colaboración, o concretar el principio de cooperación en el Poder Judicial de la Nación. Es decir que, en la práctica cotidiana, se vincula con situaciones donde el interés de las partes es secundario, pues de otro modo, podría darse el caso de formalizar la actividad, donde pesa más la carga de verificación que la formalidad intrínseca de su realización.

La explícita posibilidad que el art. 400 citado le otorga al letrado patrocinante para requerir informes y solicitar la remisión de expedientes ordenados en el juicio, se vincula con la producción de la prueba, y es obvio que a la parte que propone esa actividad le corresponde la carga de realizarla efectivamente. En todo caso, si el juez que recibe una petición de remitir un expediente interpreta que el pedido es improcedente, solamente podrá fundar la oposición en cuestiones de fondo, pero nunca en la formalidad como se implementa el acto.

---

<sup>209</sup>. CNPaz, en pleno, 1970/06/15, La Ley, 139-147.

<sup>210</sup>. CNCiv., Sala E, 1983/02/22, "P., I. A. c. S., E. R.", La Ley, 1983-C, 396 - ED, 103-534.

<sup>211</sup>. Alvarado Velloso, Adolfo - Palacio, Lino E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo 8, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 1994, p. 228.

En tal sentido, no se puede sostener que la comunicación entre magistrados sea una cuestión donde las formas se deban respetar, evitando que un abogado (letrado patrocinante) pueda dirigirse en forma directa al juez; porque de aceptar el planteo, el art. 58 del Código Procesal sería pura declamación.

De este modo, la actual redacción parece clara sobre la facultad de los abogados para firmar los oficios donde se requieran expedientes a jueces de la misma jurisdicción (no de distinta jurisdicción, porque en este caso se aplica la ley 22.172, o el exhorto, de acuerdo con el art. 131 primer párrafo, Código Procesal), en el sentido que la delegación en los funcionarios del juzgado lo es, *sin perjuicio de las facultades que se acuerdan a los letrados respecto de las cédulas y oficios, y de lo que establezcan los convenios sobre comunicaciones entre magistrados de distintas jurisdicciones* <sup>(212)</sup>.

En cuanto al deber de informar el diligenciamiento, una vez que se ordena, quien pide la prueba debe: *a) Confeccionar, firmar y diligenciar los oficios dentro del plazo de prueba* rigiendo al respecto la regla general del art. 384 primer párrafo del Código Procesal <sup>(213)</sup>; *b) Acreditar ante el juzgado la entrega del oficio* a tenor de la constancia o recibo que expide el organismo, entidad o escribano requerido. Esto se debe cumplir dentro del plazo de cinco (5) días, pero no por lo dispuesto en el art. 383 que está previsto para otra cosa <sup>(214)</sup> sino para que la parte contraria pueda realizar el control de cumplimiento.

Cuando la prueba informativa tenga por único objeto acreditar el haber del juicio sucesorio, los oficios dirigidos a bancos, oficinas públicas o entidades privadas podrán ser presentados en forma directa por el profesional actuante sin que sea necesaria la previa solicitud al juez en aquél proceso.

Le cabe responsabilidad disciplinaria al abogado si en la redacción del requerimiento se apartare de lo establecido en la providencia que lo ordena o de las formas legales. A quien diligencia el oficio deberá entregársele recibo cuando presente el pedido de informes en la repartición correspondiente y los respondes de éstas deberán remitirse en forma directa al tribunal interviniente en la causa con transcripción o copia del oficio que contestan (art. 400 párrafo final, Código Procesal).

## 5. Deberes y derechos del informante. Compensación

Una vez que llega el pedido de informes, todos los requeridos (en orden a las posibilidades de selección que establece el art. 396 mencionado) tienen cinco (5) días para negarse a contestar, pudiendo fundarse en causas justas de reserva, secreto o deber de confidencialidad. La oposición se debe hacer saber al juzgado por oficio que deberá ingresar dentro del plazo señalado contado desde la recepción del pedido.

Cabe sostener que la necesidad de hacer inversiones para cumplir con el requerimiento no es óbice ni impedimento para que se efectivice el informe, en cuanto la posibilidad de solicitar *compensación por los gastos extraordinarios* que provoque cumplir la diligencia, se pueden solicitar al presentar el informe (art. 401,

---

<sup>212</sup>. Gozáini, Oswaldo A., *La firma de los oficios en la reforma procesal*, La Ley, 2002-E, 1252.

<sup>213</sup>. Palacio afirma que el plazo para diligenciar es de cinco (5) días, usando a tal efecto, lo dispuesto en materia de plazos para el libramiento y diligenciamiento de oficios y exhortos (art. 383, Código Procesal) (Cfr. *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, cit., p. 669).

<sup>214</sup>. En el supuesto de que el requerimiento consistiese en la designación de audiencias o cualquier otra diligencia respecto de la cual se posibilita e contralor de la otra parte, la fecha designada deberá ser informada en el plazo de cinco días contados desde la notificación, por ministerio de la ley, de la providencia que la fijó (art. 383, parte pertinente, Código Procesal).

Código Procesal). Este es un derecho de las entidades privadas que no sean parte en el proceso, no así de quienes cumplen funciones públicas.

Sin embargo es una regla contradictoria, porque obligaría al particular a asumir un costo no previsto que, eventualmente, no podría recuperar si no advirtiera oportunamente del impacto económico que significa <sup>(215)</sup>.

La entidad privada a la que se pide informes, debe acompañar al momento de su presentación, los elementos de juicio en que funde su pedido de compensación por los gastos extraordinarios, pues de lo contrario el juez carecería de bases fácticas para resolverlo. El traslado que se dispone a las partes permite al juez resolver oyendo a todos los interesados, y en su caso, a determinar la procedencia o no de los gastos, y de la cuantía correspondiente <sup>(216)</sup>.

De todos modos, aun cuando la entidad privada que produjo el informe solicitado no justifique, a los efectos del pedido de compensación, los gastos extraordinarios en que ha incurrido, no puede negársele algún tipo de estipendio si la producción de aquél le exigió el despliegue de una actividad específica, ajena a las tareas desarrolladas habitualmente.

En los demás casos, la regla en la producción de informes es la gratuidad, salvo aquellas tasas o contribuciones que algunos organismos establecen como recaudos de admisión siempre que estén autorizados por la ley.

### **5.1 Deberes de las oficinas públicas**

El concepto de oficinas públicas no es muy adecuado para saber cuándo puede una entidad oficial volcar informes tomados de sus archivos. El criterio amplio es considerar como tales al Estado Nacional, provincial y municipal, empresas o sociedades del Estado, organismos autárquicos y descentralizados de cualquiera de ellos, incluyendo a las entidades interestaduais nacionales o internacionales, así como a entidades bancarias oficiales, nacionales provinciales o municipales (argumento art. 407, Código Procesal). Para aceptar este temperamento es necesario coincidir representación del Estado con cualquier oficina con ocupaciones públicas.

El criterio restringido puede adoptar como organismo público diferenciado al que tiene autonomía funcional y autarquía financiera. Recursos propios, económicos y humanos; poder de decisión independiente, serían condiciones para diferenciar al macro organismo público de aquél que, particularmente, debe producir el informe.

Por tanto –dice Castaños Zemborain- [...] “antes de admitir la producción de una prueba de informes, el juez debería examinar en cada caso, si la técnica de delegación descentralizante utilizada, ha generado, independientemente de la calificación empleada en la ley de su creación, un ente con la suficiente personería como para poder distinguirse del Estado Nacional, Provincial o de la Municipalidad. Como ello, es francamente imposible, bendito sea, entonces, el legislador que mantuvo el concepto de *oficina pública*” <sup>(217)</sup>.

---

<sup>215</sup>. Se ha dicho que si la entidad privada a la que se le solicitó el informe manifestó su costo altamente oneroso cuando ya había respondido parcialmente lo solicitado y el resto se encontraba en curso de producción, sus solicitantes no contaron con la posibilidad de desistir de tal prueba mediante la valoración oportuna de su costo (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 1998/02/26, "Onor S. R. L. c. Sextans", La Ley, 1998-C, 40).

<sup>216</sup>. A los efectos de fijar prudencialmente el importe correspondiente a la compensación de los gastos comprobados en que incurrió la entidad privada en la producción del informe solicitado, debe acudirse analógicamente al mecanismo previsto en el art. 165, párrafo tercero, del Código Procesal, atendiendo a razones de economía procesal y a que la doble instancia no constituye un requisito constitucional de la defensa en juicio (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 1998/02/26, "Onor S. R. L. c. Sextans" -citado-, La Ley, 1998-C, 40).

Ahora bien, instalados como reparticiones <sup>(218)</sup>, la autonomía de ellas impide requerir informes cuando es la misma entidad la que se encuentra en juicio. Por ejemplo, si el demandado es el Poder Ejecutivo nacional – Ministerio de Economía, no podría requerir que se pidan informes a quien se encuentra bajo su dependencia (en su caso, debiera ser ofrecido como prueba documental), siendo posible encaminarlo si el ente es un organismo autárquico (v.gr.: Agencia Federal de Ingresos Públicos AFIP-).

### **5.2 Deberes de las entidades privadas**

El deber de informar es propio y consustancial con la naturaleza de la prueba; la cuestión que suscitan es que una entidad privada puede quedar restringida a una simple organización, o a una compleja empresa. El archivo es estas pueden ser simples memorias de trabajo o el asentamiento de actas de reunión de directorio.

La diferencia no es baladí, porque puede ocurrir que cuando lo que quiere conocerse no fue percibido por los sentidos de una persona física determinada y consecuentemente registrado en su memoria, sino por los mandatarios, factores, dependientes, empleados, etc., de una organización de trabajo, que no han sido precisamente individualizados, pero que luego fueron asentados en la documentación, archivos, o registros contables, se trate o no de una persona jurídica, la única manera de conocer lo acontecido es recurriendo a la prueba de informes <sup>(219)</sup>.

### **5.3 Deberes de los escribanos con registro**

El que puede informar sobre hechos controvertidos del proceso que se indicaran claramente en el oficio, es el escribano con registro. Por supuesto que no es un permiso excepcional para convertir al notario en un testigo que declara por escrito fuera de la sede del tribunal, sino de acoplar los archivos que tiene con los de toda oficina pública.

Es decir, el informe es sobre los registros de escrituras, y no sobre el contenido de ellas, toda vez que el acta protocolizada representa aquello que se declara ante el funcionario y que él tiene ante su vista. La prueba es el documento, no el informe verbal; por eso, el informe consiste en volcar el asiento registrado y no en dar interpretaciones sobre los hechos.

En razón de ello, si un acta se compone del informe que hace un arquitecto relevando los daños que a una finca le produce la construcción en un predio lindero, no cabe confundir a la persona que perita con la del informante. Ello así, toda vez que el escribano se limita a transcribir -de los registros o archivos a los que tenga acceso- lo requerido con fidelidad, sin importar si los datos son verdaderos o falsos, ni hacer ningún estudio científico de ninguna naturaleza ni evaluación alguna. Por el contrario, lo que se le pide al perito es casualmente que ilustre al juez a través de la ciencia del conocimiento que obra en un objeto (que podría ser en algún caso el mismo registro), más allá de su simple expresión externa. Está claro que el informe está limitado exclusivamente a las cuestiones para las que está destinado: transferir de manera indirecta el conocimiento de un documento, registro o fuente de entidades públicas, privadas o escribanos de registro.

---

<sup>217</sup>. Castaños Zemborain, ob. cit., p. 931.

<sup>218</sup>. Rivas, Adolfo Armando, *Algunas reflexiones acerca de la prueba de informes en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Revista de Estudios Procesales, Rubinzal Culzoni, Rosario, N° 27, p. 56.

<sup>219</sup>. Giuntoli, *Algunas precisiones sobre la naturaleza jurídica de la prueba de informes*, cit., p. 154.



## CUARTA CLASE

### PRUEBA CIENTÍFICA

#### 1. Introducción

Las pruebas científicas son medios de prueba, y así deben considerarse en el aspecto de la producción efectiva; la diferencia está en el sistema de apreciación que, por el valor intrínseco de las conclusiones, justamente científicas (serias e irrefutables), no permiten utilizar estándares de libertad como en las demás verificaciones, porque se parecen demasiado a las antiguas pruebas legales. Es decir, no obligan a seguirlas, pero apartarse de ellas sin justificación razonable y fundada, puede ser un motivo de arbitrariedad o ilegalidad.

Por tanto, el primer problema a resolver estriba en ubicar con exactitud el plano de entendimiento sobre qué es y cuando es, prueba científica. Luego, es necesario resolver la aplicación de la actividad, y en su caso, establecer si el parámetro de lo pericial es adecuado o admite un desarrollo particular autorizado por el juez en cada caso concreto; el siguiente inconveniente es entablar la admisibilidad del medio de prueba en la línea de los mecanismos no legislados pero pertinentes o inadmisibles; y finalmente atender los problemas de interpretación y valoración de la prueba, con su impacto en la sentencia y la cosa juzgada.

#### 2. Concepto de prueba científica

Una prueba es científica cuando el procedimiento de obtención exige una experiencia particular en el abordaje que permite obtener conclusiones muy próximas a la verdad o certidumbre objetiva. El método o sistema aplicado trabaja sobre presupuestos a comprobar, y el análisis sobre la cosa o personas, puede ser racional y falible, o exacto y verificable. En el primer grupo, el ensayo sobre el origen de ciertas enfermedades puede ser cierto; en las matemáticas, el resultado siempre es cierto.

Para Marcelo S. Midón la noción de prueba científica remite a aquellos [...] "elementos de convicción que son el *resultado de avances tecnológicos* y de los más recientes desarrollos en el campo experimental, que se caracterizan por una *metodología* regida por principios propios y de *estricto rigor científico*, cuyos *resultados* otorgan una *certeza mayor* que el común de las evidencias" (el resaltado es propio) <sup>(220)</sup>.

Para Taruffo el uso en el proceso civil de las pruebas científicas exige acordar, previamente, qué se interpreta como tal, porque una cosa es la denominación como "ciencias duras" o "no humanas", tales como la física, la química, la matemática, la biología, la genética, etc., que por los conocimientos que proporcionan son relevantes para establecer, valorar e interpretar, hechos que deben ser probados, y que, por eso, no tienen problemas de admisión para que el juez ordene "de plano" que se emitan los informes técnicos; a diferencia de las ciencias humanas o "sociales", como la psicología, la psiquiatría, la sociología, la crítica literaria, la economía, la estética o la ciencia de las religiones donde, en todas ellas, el saber científico permite discutir las conclusiones porque, aun

---

<sup>220</sup>. Ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mar del Plata, 2007).

reconociendo que se trata de "ciencia", algunos sostienen que forman parte del sentido común y no de específicas áreas científicas (<sup>221</sup>).

Parece indudable que el aspecto más conflictivo está en el grado de influencia sobre la decisión judicial pues, cuando se acepta que la actividad probatoria tiene carácter reconstructivo dentro de un método especial de debate (bilateral y contradictorio) en el que el esfuerzo dialéctico de cada parte (carga de la prueba) es una pauta importante para determinar el resultado alcanzado, el peso de la ciencia comprobada supera ese esquema de discusión entre pareceres.

Dicho esto en el sentido de advertir que el mundo de la investigación científica gira en una órbita distinta a la que realiza el sistema judicial, aun cuando al tiempo de resolver se congreguen las experiencias; diferencia que es la que señala Taruffo al confrontar el proceso con la ciencia.

En efecto, dice el célebre procesalista italiano que entre ciencia y proceso existen relevantes diferencias que se deben tener en consideración si se desea comprender cómo la ciencia puede ser usada en el contexto del proceso. La ciencia opera a través de varios pasajes, en tiempos largos; teóricamente con recursos y fuentes ilimitadas, conoce de variaciones, evoluciones y revoluciones. Según la postura tradicional, la ciencia está orientada al descubrimiento, la confirmación o la falsificación de enunciados o leyes generales que se refieren a clases o categorías de distintos eventos. Al contrario el proceso se halla limitado a enunciados relativos y a circunstancias de hecho, seleccionadas y determinadas por criterios jurídicos, es decir, referidos a normas aplicables al caso concreto, de modo que el proceso –a diferencia de las ciencias de la naturaleza– se presenta con carácter *ideográfico*. En otras palabras, el proceso trabaja en tiempos relativamente cortos, con fuentes o recursos limitados y está orientado a la producción de una decisión tendencialmente definitiva sobre el específico objeto de la controversia (<sup>222</sup>).

La diferencia de métodos no impide el uso de la ciencia en el proceso, siempre y cuando, la ideología imperante sea la de obtener la verdad porqué, en caso contrario, al juez le resulta suficiente la opinión técnica que proviene de la pericia, como dictamen de quien tiene un conocimiento especializado. Dicho esto como válido para el proceso civil, porque en materia penal la medicina legal es un ejemplo claro de cuánto se utiliza la ciencia en el proceso.

### 3. Admisión y procedencia

La prueba científica tiene dos caminos posibles para ser admisible en el proceso civil. Uno es el de los medios de prueba no legislados (art. 378 segundo párrafo, Código Procesal); otro, transita en la senda de la prueba pericial que procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna *ciencia*, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 457 de igual ordenamiento).

Si el centro de atención se mide con la necesidad de prueba, el estándar a verificar se analiza con la regla del medio apropiado que corresponda según la ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos (art. 397, Código Procesal), y siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso (art. 378, Código Procesal). Además, no serán admisibles las pruebas manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias (art. 364, Código Procesal).

---

<sup>221</sup>. Taruffo, Michele, *La prueba científica en el proceso civil*, traducción de Mercedes Fernández López y Daniel González Lagier, p. 46, *passim*; también en "Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal", Universidad de Medellín, ps. 15 y ss.

<sup>222</sup>. Taruffo, *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, cit., p. 16.

Cabe advertir que en el régimen procesal de nuestro país (sin que haya diferencia entre los veinticuatro códigos procesales) impera el principio del libre convencimiento del juez, que opera excluyendo –por vía de principio– el recurso a reglas de la prueba legal, pese a que los grados de certeza exigidos van cambiando en las modalidades y tipos de procedimientos. Vale decir, en un proceso penal priva el derecho a la certeza moral o íntima convicción, en cuyo caso una prueba científica es posible, por ejemplo, si supera el test de afectar la libertad personal del encartado que se niega a prestar el cuerpo como objeto de prueba; mientras que en los juicios entre particulares, la certidumbre puede conformar con la derivación razonada de las pruebas obrantes sin necesidad de profundizar la investigación. En todo caso, la prueba científica debate en un conflicto entre ideologías, porque a un sector le basta con el convencimiento razonado (certeza subjetiva), y otro pretende que los hechos queden esclarecidos en su verdad jurídica objetiva.

Inclusive promediando el siglo XX (1952) René Savatier afirmó que [...] “no se debe creer que las técnicas sean necesariamente empleadas en beneficio de la verdad; pueden serlo también en pro del error o de la mentira. La técnica es, en sí misma, un instrumento moralmente neutro” (223).

Estas diferencias se consideran al tiempo de disponer la admisibilidad probatoria, teniendo presente que la prueba científica, sin ser específicamente una prueba pericial, responde en su práctica a éste procedimiento (por ser el modelo semejante) o al que el juez disponga conforme su leal saber y entender.

La procedencia de la prueba científica corresponde al de los medios no legislados, interpretando como tales a las pruebas que el Código Procesal no tiene prevista, sin abarcar a aquellas que pueden tener origen legal para situaciones concretas (v.gr.: El art. 4 de la Ley 23.511 que crea el Banco Nacional de Registros Genéticos, dice: “*Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. Los jueces nacionales requerirán ese examen al BNDG admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales*”).

Corresponde aclarar que cuando la práctica de la prueba no sea suficientemente correcta con el trámite de la pericia, el juez tendrá que ordenar las modalidades especiales, teniendo en cuenta que existen particularidades de la prueba científica que impiden mantener la singularidad de la técnica pericial.

Por ejemplo, en los tipos de pericia que el código autoriza, la llamada “*pericia simple*” es la que se produce en audiencia o mediante la emisión de un informe inmediato a la verificación de los hechos (art. 474, Código Procesal); este caso se muestra con la explicación de un resultado estadístico sobre datos matemáticos proporcionados en el expediente, etc. (224). Pero este tipo de procedimiento no es habitual, porque la práctica común exige conocer el objeto de prueba, evaluarlo, tomar muestras, ensayar sobre ellas, y tras un desarrollo completo, formular conclusiones.

Bien explica Falcón que cuando se trata de *prueba científica*, no hay un salto de calidad, sino de cualidad, que se compone de dos grupos de cuestiones. Un primer grupo está constituido por: a) Exámenes que requieren conocimientos científicos especiales de expertos, producidos mediante *experimentos*, o *la utilización de instrumentos de alta tecnología* (que pueden ser químicos, físicos, de

<sup>223</sup>. Savatier, René, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tomo VIII, Montreal, 1956, p. 618.

<sup>224</sup>. Falcón, *Prueba científica*, cit., XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

ingeniería, etc.). Estos exámenes que vemos ahora regularmente acompañando los exámenes médicos (resonancia magnética, tomografía computada, centellograma, etc.), tienen que ser realizados sobre elementos propuestos en el proceso. El otro grupo lo forman: b) las informaciones científicas sobre hipótesis, leyes o teorías científicas, pedidas a instituciones de la más alta calidad, capacidad y prestigio de investigación (art. 476, Código Procesal) <sup>(225)</sup>.

En síntesis, la admisión de la prueba científica es discrecional para el juez; pero admitida, tiene que saber que la dinámica de producción exige mayor fiscalización (bilateralidad) que el control facultativo de la prueba pericial, cuando sea este el camino que se adopte para la actividad.

#### 4. Límites para admitir la prueba científica

Con singular precisión destacó Morello que no todas son buenas para el avance y permisión de la prueba científica en el proceso civil [...] "porque, en pleno proceso de avances y contenciones, dudas y experimentación (clonación, tratamiento del Sida, etc.), además de no tener muchas veces una calidad autónoma y definitiva para crear certeza, en razón de esas causas a las que suman las que provienen de problemas técnicos o científicos de comprobación, es decir, aprehendida la cuestión desde el punto de vista de las ciencias con relación a sus propias fronteras y la incidencia que pueden tener sobre el campo probatorio, se agrava la tópica porque la lógica que siempre está presente, sufre, en la actividad, su propia transmutación, el avance de las <nuevas lógicas que representan fronteras móviles>, que cobran referencia ejemplar, precisamente, en la prueba hematológica y el HLA y el ADN" <sup>(226)</sup>. La potencial relevancia de la prueba científica para esclarecer el hecho o, para expresarlo mejor, "establecer la convicción sobre la verdad del hecho", no es, desde luego, absoluta.

Hay veces que la prueba científica viene impuesta por la ley, como cuando se trata de determinar la incapacidad de las personas, o respecto a la prueba de la filiación o nexo biológico, que de conformidad con lo previsto por el art. 253 del Código Civil, aun siendo admisibles todos los medios de prueba, no se sobreponen a la necesidad de una prueba biológica.

Sin embargo, el límite de la decisión personal (someter el cuerpo a la investigación científica) puede balancear la eficacia probatoria entre dos polaridades. O las presunciones que operan por aplicación del art. 4º, primera parte de la Ley 23.511, donde la negativa a someterse a la extracción de muestras obedece al temor fundado de que los estudios revelen una paternidad probable y el peso del indicio es directamente proporcional a la certidumbre que podrían arrojar esos estudios; o la justificación de la negativa a someterse al examen sanguíneo cuando la oposición tenga argumentos serios y debidamente justificados.

Es decir que para admitir prueba científica, o expresado en los términos como concluye el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, 195), respecto a que no corresponde hablar de prueba científica sino más bien de pruebas en las que se aplican tales conocimientos de disciplinas no jurídicas -por cuanto no corresponde privilegiar algunas ciencias en relación con las restantes-, la posibilidad de expulsión por rechazo al ofrecimiento, o por oposición a la dispuesta, puede llegar desde puntos de vista distintos.

Uno versa sobre la científicidad de la prueba, donde la elección depende del grado de verosimilitud fáctica que se pueda desprender del estudio, teniendo en cuenta los puntos de mayor o menor probabilidad que conduzcan a resultados ciertos o prevaletentes sobre una hipótesis (v.gr.: si el grado de confirmación es

<sup>225</sup>. Falcón, *Prueba científica*, cit., XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

<sup>226</sup>. Morello, *La prueba científica*, La Ley, 1999-C, 898.

del 70% la incertidumbre es del 30%, de modo que la probabilidad prevaleciente es alta, pero la duda no es menor ni insignificante).

Otro reparo es la moral implícita en la procedencia del estudio científico, ya sea por la etapa en la cual la ciencia se encuentra (experimentación, provisionalidad de las conclusiones), o bien por la afectación del principio del bien común que se altera cuando se permite probar pese a dicho estándar. En el primer caso, la tensión surge entre aceptar que la tesis en ensayo sea bastante para constituir una prueba científica que aun no está "aprobada"; o eliminar esa posibilidad mientras la prueba no alcance el grado de irrefutable. En el otro, la mirada se pone en la persona que tiene un interés jurídico superior que proteger, en cuyo caso, la admisión o rechazo de la prueba queda en el marco de las potestades jurisdiccionales.

La sumatoria indica que cualquiera que sea el valor que se atribuya a la prueba científica, ella podrá ser dispuesta en el proceso mientras cumpla los estándares y principios de la legalidad, licitud, admisibilidad, trascendencia y confiabilidad en los asertos.

## 5. Naturaleza de la prueba científica

La prueba científica como medio no legislado expresamente pero apto para resolver cuestiones de hecho controvertidos, en el proceso tiene manifestaciones muy importantes que asientan en el tiempo de la apreciación o valoración de la prueba.

Cuando se la considera como un medio *complementario*, las conclusiones se consideran conforme las reglas de la sana crítica; pero hay veces que, por la trascendencia de las afirmaciones, el desenlace puede llevar a que trabaje como una verdadera *prueba legal*.

Si es complementaria, la producción participa de las características de la prueba más adecuada y semejante (v.gr: pericial); pero una cosa es el trámite y otra la naturaleza, porque [...] "en realidad, la intervención de técnicas modernas, tanto en la formación de las pruebas como en el control de su veracidad, no da lugar a la creación de pruebas que no pertenezcan a las dos categorías fundamentales: los documentos y el testimonio" <sup>(227)</sup>.

De aplicar este criterio, la admisión de la prueba documental se acota al contradictorio eventual y, en suma, queda implícita en la valoración que se realice al dictar sentencia; pero si es documento, le falta producción para ser tal, en cuyo caso el enunciado se comprende en el espacio de la utilidad y trascendencia de la prueba, que lleva al campo de la idoneidad del medio para demostrar o confirmar los hechos que se encuentren controvertidos, y como éstos, aun son eventuales, dejan a la prueba científica a la espera de la contradicción y del poder de instrucción judicial.

No obstante, en el *common law* se entiende que la contraposición entre *law* y *fact* se justifica sobre todo en función de las distintas esferas de atribución del juez y del jurado, que consideran como una cuestión de derecho la admisión la valoración sobre la admisibilidad de la prueba que implique conocimientos científicos, los que quedan en manos del primero y no de las facultades del restante.

Indudablemente –dice Denti–, la valoración de los tipos de prueba documentales que han sido posible merced al progreso científico, requiere técnicas de interpretación que no tienen nada que ver con las tradicionales relativas a los

---

<sup>227</sup>. Denti, Vittorio, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, Ponencia General presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, 1972, p. 7.

documentos directos o indirectos. [...] "Si la reproducción de la huella de un pie, e incluso, la de una huella digital, pueden ser operaciones relativamente simples, la interpretación de los resultados de los métodos de análisis, particularmente complejos, pueden requerir el auxilio de nociones complementarias de no fácil obtención...Volvemos, pues, a subrayar que desde el punto de vista de la incorporación de la prueba al proceso, se permanece siempre en el campo de la prueba documental, en donde el problema fundamental, que es anterior a la valoración del juzgador, continúa siendo el de la autenticidad de la prueba; problema éste que en orden a los procedimientos ordinarios de verificación puede complicarse, pero no transformarse, por la complejidad técnica de la formación del documento" <sup>(228)</sup>.

Si, en cambio, se interpreta que la prueba tiene naturaleza testimonial también la cuestión se detiene en la etapa de admisión, respecto al control de veracidad que puede llegar de una prueba técnica que aporta, antes que un nuevo mecanismo, una forma diferente de conseguir verdades.

## 6. Producción de la prueba

El Código Procesal es suficientemente claro al establecer que la prueba no legislada se diligenciará aplicando por analogía las disposiciones de los medios probatorios semejantes, o en la forma que establezca el juez (art. 378).

La cuestión a dilucidar consiste en relacionar la actividad probatoria con la naturaleza de la prueba científica (que no es igual a prueba no legislada) teniendo presente lo dicho precedentemente respecto a considerar que ella puede estar en el carril de los documentos o de los testimonios.

En realidad, cualquiera sea el mecanismo, todos siguen el principio de utilidad y adquisición de la prueba, de manera que, antes que una cuestión de esencia, debe quedar resuelto el tema de la admisión y la forma como se desarrollará.

Ahora bien, la prueba científica tiene un método especial que depende de la práctica a realizar; no es incorrecto señalar que la prueba pericial sea el medio más semejante por el cual canalizar la producción, pero igualmente nos parece que son exigibles algunas pautas más. Si la correspondencia se traza respecto a la prueba documental, la cuestión primera es la autenticidad, y como la prueba científica es "resultado", solamente en la etapa de observaciones y/o impugnaciones se podrán ellas formular. Cuando el carril se encamina por el testimonio, la idoneidad del medio y el control de la práctica convierten típica la producción, con la salvedad que, tanto en la formación de la prueba (documental, testimonial o pericial) la fiscalización (control) es facultativo de la parte.

Para nosotros la prueba científica genera un valor probatorio muy vinculado con el rigor científico del método con el que sean tratados. Para que las conclusiones sean útiles y pertinentes, es preciso que el juez ordene prácticas complementarias que prevenga eventuales nulidades y aseguren el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos (art. 36 nciso 4º, Código Procesal).

Si la prueba científica no se aísla de la prueba pericial, puede ocurrir que la especialidad del medio quede atrapado en las redes de la experticia, caracterizada con la emisión de un dictamen simple de evaluación, o de conclusiones elaboradas después de la celebración <sup>(229)</sup>.

---

<sup>228</sup>. Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 8.

<sup>229</sup>. Recuérdese que el art. 471 (Práctica de la pericia) del Código Procesal dispone que: "La pericia estará a cargo del perito designado por el juez. Los consultores técnicos, las partes y sus letrados podrán presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que se consideren pertinentes"

Ello nos sugiere la necesidad de implementar un sistema probatorio distinto, que es factible merced al párrafo final del art. 378 del Código Procesal.

El sistema tiene que resguardar el objeto de prueba, de forma que la cadena de custodia debe garantizar que el camino que recorren los indicios o muestras, desde que se recogen hasta que se conocen los resultados se ha hecho en las condiciones de seguridad y de rigor adecuadas, lo cual permite asegurar que el indicio que se estudia en el laboratorio es el que se recogió en el lugar de los hechos y que las condiciones en las que se ha mantenido son las más adecuadas para llegar a buenos resultados.

La contrapericia es la posibilidad de realizar un doble análisis sobre una misma muestra por dos peritos diferentes y/o en dos Centros diferentes, esta es una garantía irrenunciable para el buen hacer de la Justicia, y una necesidad evidente cuando la prueba puede tener métodos de investigación alternativos.

De lo expuesto, estamos diciendo que son pruebas procesales que se pueden utilizar en el proceso merced a ciertos resguardos que no son totalmente insertos en la garantía de la defensa en juicio, sino en la legalidad del medio de prueba, de manera tal que para ser útil y efectivo, debe garantizar la seguridad<sup>(230)</sup>.

## 7. Valoración de la prueba científica

La utilización de la ciencia como medio de prueba destinado a verificar los hechos que las partes llevan al proceso, produce cierto temor sobre la influencia que pueda tener en el ánimo del juzgador al producir una convicción superior a los

---

<sup>230</sup>. En un logrado trabajo de síntesis sobre ésta problemática, ha dicho Berizonce que [...] "La bilateralidad se despliega en todos y cada uno de los estadios probatorios que conducen al dictamen de los peritos. Ningún elemento de hecho puede ser llevado válidamente a la decisión si las partes no han sido puestas en la posición de previamente conocerlo y discutirlo. La valoración judicial de las pruebas culmina el iter procedimental comprensivo de las anteriores etapas de admisibilidad y producción-adquisición, pero todos esos desarrollos están prefigurados sin excepción por la estricta observancia del contradictorio entre las partes. De ahí que los controles tendientes a evitar su infracción o menoscabo no se limiten a verificar la fundamentación del propio decisorio (criterios de racionalidad), sino que se articulan y operan como técnicas normativas en los estadios anteriores de la admisibilidad y de los procedimientos de formación de las pruebas, en buena parte dirigidos a garantizar *in itinere* su atendibilidad. Precisamente, los ordenamientos procesales y orgánicos vigentes estatuyen no solo sobre las condiciones y requisitos tendientes a asegurar la idoneidad de los peritos (art. 464 CPCN), sino también los procedimientos para su nombramiento como auxiliar judicial, su recusación y remoción (arts. 458, 465, 466, 470); la fijación de los puntos periciales en el juego del contradictorio de las partes y bajo el poder decisorio del juez (arts. 459, 460); la admisión de los consultores técnicos de parte (art. 458); el modo de practicar las operaciones técnicas (art. 471); la forma y contenido del dictamen y de los informes de los consultores técnicos (art. 472); las atribuciones del juez y de las partes a la vista del dictamen, para el requerimiento de explicaciones, la formulación de observaciones y aún la disposición de la práctica de otra pericia. Sin perjuicio de la posibilidad de que se soliciten informes o consultas científicas o técnicas, cuando el dictamen requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización (art. 476) y aún, que se ordene la ejecución de planos, exámenes científicos y reconstrucción de los hechos, como medidas auxiliares y complementarias (art. 475). En fin, una batería de previsiones orientadas todas ellas al logro del objetivo esencial, cual es asegurar la atendibilidad y el valor científico-técnico de la pericia y su pertenencia y utilidad para auxiliar al juez en el conocimiento de los hechos en debate, y con ello la justicia intrínseca de la sentencia. [...]. La potestad judicial de apartarse de las conclusiones periciales a condición de expresar los fundamentos de su convicción contraria, principio que la doctrina y la jurisprudencia han asentado pacíficamente desde antaño, nos conduce sin embargo al punto inicial de nuestra indagación: cómo puede el juez controlar la correcta aplicación de la ciencia en que se apoya la pericia o consulta y, en su caso, fundamentar su apartamiento (Berizonce, Roberto Omar, *Control judicial de la prueba científica*, Revista de Derecho Procesal, 2005-2, Rubinzal, Buenos Aires, ps. 157 y ss.).

estándares de la libertad probatoria, convirtiendo al resultado conseguido en casi una prueba legal.

Desde hace tiempo la doctrina reitera la distinción que se suele hacer entre el beneplácito que tiene la llamada "ciencia buena" respecto de la fluctuación que puede traer el opuesto o "ciencia mala", a cuyo fin se trae al estudio el caso *Daubert* fallado por la Suprema Corte federal de Estados Unidos en el año 1993, cuando establece las previsiones que han de tenerse para aceptar el dictamen técnico altamente especializado:

1º) Que respecto del conocimiento de que se trata, exista un consenso general por parte de la comunidad científica; es decir, se excluye su utilización cuando medien dudas acerca de su validez epistemológica.

2º) Que de alguna manera sea empíricamente verificable.

3º) Que, en su caso, se conozca el margen de error que lo condiciona.

4º) Que haya sido revisado por parte de un comité o consejo, de probada jerarquía científica.

5º) Que se haya publicado en revistas especializadas que aplican el sistema de control preventivo por parte de científicos especializados en la rama del saber de que se trate a fin de que certifiquen su valor científico (referato).

6º) Además, claro está, se requiere la condición de pertenencia que presupone la existencia de una relación directa con el caso (<sup>231</sup>).

Estos parámetros se establecen como una guía que persigue dar tranquilidad al que juzga sobre la seguridad del procedimiento científico aplicado y la garantía del resultado que consigue; pero el debate estricto se posiciona sobre el sistema de apreciación de la prueba, donde anida la libertad de consideración de todos los medios de confirmación, bajo reglas predispuestas como la "sana crítica", "la íntima convicción", "la apreciación en conciencia", "las máximas de experiencia", por citar solamente los usos más habituales de racionalización.

La prueba científica, estimada con el balance de confiabilidad que merece el método, a veces convierte las conclusiones en verdades incuestionables; en estos casos, posiblemente la prueba sea única y determinante; pero en ocasiones la evidencia científica admite cuestionamientos (ideológicos o de competencia) que tornan el dictamen complementario de las demás pruebas. En uno y otro caso, el sistema de apreciación es el mismo, pero el peso específico trasciende el mero asesoramiento.

Según Taruffo, cuando de la ciencia se hace un uso epistémico al igual que se realiza con la prueba, o sea el medio con el que en el proceso se adquieren las informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos, significa que en ambos se aportan elementos de conocimientos de los hechos que se sustraen a la ciencia común que se dispone. [...] "Por lo que se refiere a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista que aquí se sigue, no implica la negación de la libertad y de la discrecionalidad en la valoración del juez, que representa el núcleo del principio de la libre convicción, pero implica que el juez efectúe sus valoraciones según una *discrecionalidad guiada* por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional. Por decirlo así, el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón" (<sup>232</sup>).

---

<sup>231</sup>. Taruffo, Michele, *La prueba científica en el proceso civil*, en "Estudios sobre la prueba", Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, 2006, ps. 135 y ss. Cfr. Ferreyra de De la Rúa, Angelina - Bella, Gabriela María, *Prueba científica. Examen de ADN y otros análogos. Inspección corporal*, en "Prueba ilícita y prueba científica", AAVV (Director Roland Arazi), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 37.

Surge entonces el peso de la ciencia o de la verdad judicial prevalente, que puede asegurar el resultado verdadero con una mínima chance de error, que de existir, es justificable con las pautas de la razonabilidad y certeza objetiva. En los hechos, antes que una contradicción entre el sistema de la libertad para valorar la prueba y el criterio de la determinación anticipada de la convicción (prueba legal), en realidad es un contrasentido adoptar el estándar más inseguro, un verdadero disparate que sólo puede resultar del juego con las teorías.

En el procedimiento penal suele afinar la cuestión en resolver “*más allá de toda duda razonable*”, que por su cercanía con la exigencia de convicción plena que se pide para el uso de la prueba científica, puede tener íntima relación.

En efecto, el primer escalón que presenta trabajar con estándares de prueba muestra la asimetría entre la necesidad probatoria del proceso penal respecto al civil; por ejemplo, en el sistema judicial anglosajón, del que se importa la regla, la declaración de culpabilidad penal impone la prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*), sin que esté delimitada con precisión dónde está el límite de la incertidumbre. Se consiente sí que la sentencia no arroje “sombra de dudas”. En el proceso civil, el grado de seguridad es inferior pero no lo bastante errática como para sostener que carezca de veracidad suficiente o de evidencia preponderante (*preponderance evidence*), esto es, se exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia.

Inclusive, en materia de probabilidades científicas que arrojen convicción, existe otro nivel a ponderar que es una zona de penumbra entre la alta verosimilitud penal y la certeza civil, que se instala en la actividad probatoria que obtiene resultados claros y convincentes, habitualmente aplicado en la determinación de responsabilidades profesionales, o ante situaciones que se deducen de probabilidades y presunciones.

En cada caso, la fehaciencia de la prueba científica confronta con la posibilidad de duda que puede tener quien ha de resolver, contingencia que frente a la calidad del medio probatorio lleva a utilizar un nuevo estándar: el de la *duda razonable*.

Se regresa con ello a un punto de inicio donde el acento se tiene que poner en esclarecer si los sistemas de valoración de la prueba pueden regir con su impronta cultural en los mecanismos judiciales de apreciación científica. La racionalidad está siempre presente, con la comprensión que la regla de la sana crítica no se encuentra afectada; pero es menester ajustar el calibre de la prueba científica ante la calificada conclusión de sus trabajos sobre las cosas, las personas y los hechos. Podríamos afirmar que el único límite es la moral, las buenas costumbres y que no se afecte la libertad individual ni la dignidad de las personas.

En suma, como dice Morello [...] “dando en todos los casos motivación razonable y plausible, embretado el juez por líneas maestras que se dibujan en este esquema: 1º) si los hechos, científicamente establecidos, no son contradichos o impugnados, vendrán a ser determinantes y, virtualmente, vinculante para los jueces; 2º) éstos deben valorar razonablemente dichas pruebas, en relación con las restantes, reconociendo, si correspondiere, el valor de prueba científica; y cuando se expida por el rechazo o la devaluación, esa decisión se sustentará en razones existentes y de entidad que así los justifiquen. Empero, será siempre el juez el que expresará la última palabra sobre la procedencia y el mérito de la prueba científica, porque sólo él es quien juzga y decide” (233).

---

232. Taruffo, Michele, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie año XXXVIII, n° 114, México, 2005, p. 1297.

233. Morello, *La prueba científica*, La Ley, 1999-C, 899.

## 8. Revisión de los criterios probatorios

La decisión adoptada sobre la base de las conclusiones elaboradas por una prueba científica hace cosa juzgada como cualquier otra sentencia. Sin embargo, el relevamiento esencial y la influencia preferente que tiene para incidir en el juez, supone que la convicción aportada ha sido bastante y convincente. En consecuencia, el principio general es la no revisión de la prueba, y la inimpugnabilidad de la sentencia, cuando queda consentida y ejecutoriada.

Pero ¿qué sucedería si el trabajo científico adoptado por su evidencia preponderante renueva y cambia las conclusiones ante nuevos hallazgos? ¿No sería revisable la sentencia?

Es evidente que el problema asienta en la naturaleza de la cosa juzgada, porque en cuestiones de estado, por ejemplo, las pruebas biológicas fueron variando su índice de certeza en proporciones que fueron en aumento desde las pruebas de histocompatibilidad inmunogenética (HLA) hasta el reconocimiento actual hacia las pruebas de ADN.

Es cierto lo que afirma Marcelo Midón, al decir que [...] “en la vorágine del progreso y la tecnología, de dudas y experimentación, no es de profanos inferir que mañana, tal vez pasado, aparecerá una nueva técnica, más sobresalientes que las actuales...y cuando la verdad aparente es método generalizado y aceptado, debe ponerse coto cuando la ficción creada priva a alguien de aquello que compone su propia personalidad o compromete sus más elementales derechos. De lo contrario, so pretexto de conservar incólume el místico principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada, socavaríamos las bases sobre las que se apoya nuestro sistema. No tal solo pasaríamos por alto enhiestos derechos constitucionales o de jerarquía equiparada, léase el derecho a conocer la propia identidad (Convención sobre los derechos del niño, artículos 7 y 8), la dignidad, la libertad, el honor, etc., sino que además, por abdicar de la verdad, haríamos sucumbir a la buena administración de justicia que el Preámbulo (que la Corte dice operativo) impone afianzar” (234).

---

<sup>234</sup>. Midón, Marcelo S., *Pericias biológicas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, p. 217.

## LA PERICIA MÉDICA. BANCOS DE PRUEBA

### BANCOS PROBATORIOS

*Jesús Eduardo Cabrera Romero*<sup>235</sup>

#### 1.- Concepto.

Los bancos probatorios son instituciones que almacenan muestras u objetos tipos, con el fin de que en los juicios puedan compararse con esas muestras u objetos, otras muestras y objetos incorporados a las causas, con el fin de que se verifique la identidad de éstas mediante su confrontación con aquellas.

Lo ideal es que el Banco Probatorio se encuentre destinado sólo al uso forense y que se encuentre adscrito al Poder Judicial, pero ello no obsta para que la administración pueda crear instituciones con el mismo propósito o con uno doble: de auxilio a la justicia y servicio a la administración. (Los registros de hierros y señales para identificar el ganado, es un ejemplo de estos servicios administrativos).

Cuando se almacenan muestras, la clave para su utilidad en el campo probatorio radica en el cumplimiento de diversas exigencias: 1) que ellas sean bien recabadas o tomadas; 2) que la persona que la obtuvo esté capacitada para recogerla o tomarla; 3) que la incorporación de la muestra al inventario de la institución sea correctamente efectuada; 4) que la preservación de la misma sea perfecta, tanto en los sistemas y aparatos para mantenerla, como en los conocimientos de quienes pueden manipularla; y, 5) que la identificación sea auténtica, en el sentido de que haya certeza de a quién pertenece (lo que podría requerir que hasta la huella dactilar –si se tratare de humanos– quedara impresa en el contenedor de la muestra).

De las exigencias anteriores se colige, que la toma, incorporación y preservación corresponde a expertos, quienes no sólo la obtienen sino que la mantienen cumpliendo con los estándares que permiten preservarla (congelación, por ejemplo) así como con las medidas de seguridad que impidan su alteración o destrucción.

Todo este cúmulo de requisitos deben cumplirse para que el juez considere que lo almacenado es un ejemplar cierto y le otorga al sistema la seguridad que permite al juez considerar correcto el resultado de la comparación entre lo que consta en autos y lo que se encuentra almacenado.

Pero los Bancos Probatorios, también pueden tener depositados objetos y substancias originales de diversas clases, con el fin de que dentro de la actividad probatoria de un proceso, otros objetos y substancias puedan compararse con estos originales, y así surja para el juez certeza de la identidad de los traídos a juicio.

Los objetos y substancias originales, deben estar depositados en las instalaciones de los bancos probatorios, junto a una descripción escrita que

---

<sup>235</sup> Profesor de Derecho Probatorio. Miembro de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

establezca su procedencia, sus características y su condición innata de poder obrar en un proceso como patrón de comparación para objetos y líquidos similares, a fin de que pueda establecerse la identidad de los llevados a juicio.

En estos supuestos, quien maneja el Banco debe extender toda la documentación referente al objeto que guarda, con todo lo que sirva para identificarlo y demostrar su procedencia; e igualmente la institución deberá tomar todas las medidas para preservar en perfectas condiciones a estos bienes, y aplicar las medidas de custodia que impidan que empleados del Banco o terceros, interfieran con ellos.

Los Bancos Probatorios, en la recopilación de los elementos que son su contenido, así como en la custodia de los mismos, deben utilizar sistemas y tecnologías que permitan al juez dar eficacia probatoria a la confrontación del bien que constaba en el proceso, con el depositado y resguardado en el Banco Probatorio.

El Banco Probatorio debe aportar al juez en el plano abstracto, la seguridad de que lo almacenado es veraz y fiable, y que para las pruebas de confrontación, estos patrones –por sus características– tienen la capacidad de que se produzca un resultado adecuado y veraz.

La sola existencia del Banco Probatorio con un fin netamente forense, operado por el Estado y amparado por la presunción de legitimidad que éste impone a sus actos, otorga una credibilidad en abstracto, si es que la ley, reglamento o estatuto que rige al Banco, exige el cumplimiento de los requisitos antes apuntados.

## **2.- Credibilidad en abstracto**

Lo ideal es que estos institutos sean del Estado: 1º) por su costo que podría ser elevado en cuanto a la planta física para almacenar muestras u objetos, así como para su mantenimiento y seguridad; y 2º) porque siendo instituciones del Estado (preferentemente del Poder Judicial), las declaraciones escritas que en ejercicio de sus funciones otorguen los directores de estos Bancos, son auténticas y merecen fe hasta prueba en contrario; lo que informen a los tribunales será mediante documentos auténticos.

Cuando las partes solicitaren confrontar muestras u objetos con los almacenados, el Banco requerido judicialmente para que colabore con el cotejo, deberá, al aceptar la petición del tribunal, informar sobre el cumplimiento estricto de los requisitos señalados en el número anterior y siendo auténtica la información, ella se presume veraz.

Es más, como mayor garantía para la administración de justicia, cada Banco Probatorio debería tener un reglamento interno que regula la estadía de las personas dentro de los locales, así como las condiciones para el acceso a ellos, de manera que si tales reglas se cumplen, se minimiza la posibilidad de fraudes o falsificaciones con relación a lo almacenado.

Tales reglamentos internos, deberían a su vez obtener la mayor publicidad y, por tanto, ser publicados en los órganos oficiales que otorgan publicidad. Toda esta información contribuye a que exista credibilidad en estas instituciones, siendo lo ideal que estén destinados a servir al proceso.

## **3.- Diferencias con otros organismos**

Estamos denominando Bancos Probatorios a estas instituciones, para diferenciarlos semánticamente de los bancos de pruebas que utilizan los ingenieros,

donde se comprueba el buen funcionamiento de un equipo o de un aparato, mediante operaciones ajenas al proceso y al Poder Judicial.

También debemos diferenciar a estos Bancos –que como luego veremos pueden también contener otros elementos distintos a los ya apuntados– de los registros policiales.

Estos últimos contienen información criminalística que permite al Ministerio Público o a la Policía, investigar los delitos y sus posibles autores.

Se trata de antecedentes y otros datos que se cruzan y permiten conocer *modus operandi*, direcciones, asociaciones criminales, motes, identificaciones, etc, necesarias para el trabajo criminalístico de cualquier policía.

Los Bancos Probatorios básicamente se encuentran al servicio de la prueba procesal, contienen los puntos de referencia en principio indubitables, para que en una causa uno de los hechos controvertidos pueda ser verificado al comparar un elemento que cursa en el proceso, con otro que está almacenado en el Banco. Repetimos, su finalidad es probatoria, aunque alguna vez la administración pudiera prestar este servicio con un doble propósito, tal como lo hace el servicio de bibliotecas públicas, donde se efectúa el depósito legal, el cual permite cotejar la obra supuestamente plagiada con la depositada con indicación del autor; o con los servicios que graban y archivan los programas de radio y televisión. Por ello, creemos que estos Bancos deben estar al servicio de la justicia, sin que puedan alegar reserva o secreto para no prestar su colaboración al proceso, situación que sí puede ocurrir con los organismos de la administración que archivan y recopilan, no en función del proceso jurisdiccional.

#### **4.- ¿Cómo funcionaría el Banco Probatorio en caso de un juicio?**

Opinamos actúa en dos vertientes definidas: 1) mediante exámenes directos que realiza el Juez comparando lo que se produjo en el juicio con lo que se encuentra depositado (confrontación).

Estas confrontaciones no requieren ningún conocimiento especial, se trata de una clase de reconocimiento judicial (sensorial) al cual puede ir el juez acompañado de peritos auxiliares, o donde si lo necesita, se hace asistir con el propio personal del Banco, quienes podrán ser nombrados prácticos o peritos asistentes, según el alcance del reconocimiento judicial (inspección judicial o confrontación, como figuras distintas dentro de los reconocimientos judiciales).

2) Mediante peritajes, donde la confrontación la hacen expertos nombrados en la causa, quienes se trasladan a los locales de la institución (Bancos Probatorios) a realizar la comparación que exige conocimientos técnicos.

De nuevo, los funcionarios del Banco deberán prestar toda su colaboración con la prueba pericial.

Para lograr la colaboración del Banco, el juez que admite la prueba debe oficiar su práctica al Director del Instituto, sea un reconocimiento judicial, un peritaje y hasta otro medio como una fotografía judicial, por ejemplo, si fuere necesaria; y, pedir al Banco Probatorio, antes de la evacuación de la prueba, que informe, mediante oficio dirigido al tribunal, todos los datos a que nos referimos en el número 1 retro, para que el juez apunte la credibilidad que le merece al banco en relación a la probanza que se va a practicar; y además, para que las partes puedan controlar la prueba, investigando si el patrón que se va a utilizar en la confrontación, es veraz o es verosímil.

Debemos resaltar algo, en principio los Bancos Probatorios no son entidades periciales, como la Medictaura Forense o los Servicios de Metrología, cuyos servicios puedan ser utilizados en el proceso a fin de que dictaminen. Los Bancos

Probatorios no deben emitir dictamen alguno, ellos son locales utilizados por jueces y peritos para realizar comparaciones y establecer identidades, sin que sus funcionarios actúen directamente dentro del proceso.

Las partes o el juez nombran a los expertos que practicarán los exámenes, para lo cual se trasladarán a los locales de los Bancos Probatorios. Los funcionarios de estos institutos, auxilian a quien va a practicar la prueba. Luego, ellos no dictaminan.

Podría darse el caso de ser posible, que los Bancos enviaran las muestras al tribunal, bien en original o en copia certificada, de ser viable su reproducción, y que la confrontación judicial o pericial se realizare en el debate probatorio, sin necesidad de que el juez o el perito acuda a los locales del banco.

Bastaría –según los casos- que el tribunal recibiera una copia certificada de una grabación, emanada del Banco que la guarda, con la información sobre ella anexa, destinada a minimizar cualquier manipulación, para que con el objeto auténtico pueda practicarse la prueba.

Las leyes que rigen los Bancos Probatorios tendrían que prever esta posibilidad, que en algunos supuestos podrán llevarse a cabo mediante fotos de objetos almacenados, fotocopias de documentos, y otros medios semejantes de reproducción, y de existir una conexión electrónica entre Bancos y Tribunales, podría ser transmitida por esta vía.

Aunado a las dos vertientes ya señaladas, hay una tercera vertiente a la cual nos referiremos luego, ya que un tipo de información producto de la tecnología actual, la creemos posible, y uno de los soportes de ella estaría en el material almacenado, con el propósito de que sea utilizado judicialmente.

## 5.- Ejemplos

Hemos ido delineando a estos establecimientos, los cuales hasta el momento carecen en Venezuela de soporte legal como tales, aunque algunos órganos adscritos a la administración pueden estar regidos por leyes que permitan se les consulte en juicio, a fin de que aporten al proceso los datos, muestras o bienes acopiados, pero que en puridad de principios no son Bancos Probatorios, sino oficinas administrativas que en un concreto momento pueden obrar como Bancos.

Pero creemos conveniente, explicar el concepto con ejemplos.

Imaginemos un banco de ADN, incluso veámoslo desde una visión reducida.

Si se va a incinerar un cadáver, lo lógico es que una muestra de su ADN quede registrada y depositada, para garantizar a quien judicialmente vaya a inquirir la paternidad o la maternidad, pueda comparar su ADN con el del difunto.

La toma de estas muestras, debidamente mantenidas y custodiadas, deberán depositarse durante un tiempo equivalente al de la caducidad de las acciones de inquisición, para que si éstas se incoaren dentro del lapso de caducidad, se pudiese practicar la comparación.

De una manera más ambiciosa, tal vez una muestra general del ADN de los humanos, podrá acopiarse con fines de identificación de cadáveres, rastros de desaparecidos, etc.

En ambos ejemplos, de ser viable esta conservación del material genético, las muestras conformarían el Banco Probatorio, el cual, de ser posible, podrá ser reducido a información computarizada.

Veamos un ejemplo real. En Venezuela, quien va a obtener un permiso de porte de armas, tiene que permitir que su arma sea disparada en la Dirección de Armamento de las Fuerzas Armadas (DARFA) que otorga los permisos, a fin de que

quede constancia de las trazas que el cañón del arma deja en las balas disparadas, las cuales se almacenan y mediante un código se las conecta con una arma que queda plenamente identificada en las oficinas del DARFA.

Dicha arma, al quedar empadronada, queda a su vez vinculada a una persona identificada, quien fue permisado a usarla.

Si se encontraren en algún lugar balas, y sea necesario conocer qué arma la disparó, basta confrontar las estrías o marcas de la bala hallada, con las que debieron dejar los cañones de las armas registradas, y si ésta lo hubiere sido, de inmediato se podría seguir la historia del arma.

En el sentido expuesto, las reproducciones de las huellas de los cañones, compiladas por el DARFA funcionan como un Banco Probatorio, y los requisitos que creemos deben llenarse para darle eficacia probatoria a las pruebas que se apoyan en los Bancos, deberían ser observados por el DARFA.

## **6.- Inseguridad de los órganos administrativos que se convierten en Bancos**

El ejemplo del DARFA a su vez sirve para resaltar el peligro que corre la prueba en los entes administrativos que acopian legalmente datos, muestras u objetos. Como su labor primordial no es probatoria, las leyes que los regulan no toman en cuenta la importancia probatoria que tienen en un juicio y, por ello, ninguna de las exigencias lógicas que deben reunir estos elementos para probar, no están contempladas en la ley y, por lo tanto, la prueba apoyada en ellas, por lo regular, no merece credibilidad al juez, quien duda de la eficacia de lo depositado en el órgano de la administración, por falta de seguridades, ya que no hay procedimientos a cumplirse que garanticen esa credibilidad.

Por lo regular lo recopilado o registrado por la administración, recibe de ésta un trato cónsono con su función, que puede entorpecer la prueba que en ella se apoye.

Tomemos el caso de las huellas dactilares que registra la Oficina Nacional de Identificación (ONIDEX).

Enviar unos expertos a comparar huellas dactilares levantadas en algún lugar con las registradas en la oficina administrativa, a veces es engorroso por motivos del trabajo de la oficina, y ello puede actuar en detrimento de la prueba. Por ello, generalmente, los cuerpos policiales tienen sus propias fuentes dactiloscópicas.

La inseguridad en el manejo y organización del material, atenta contra el valor probatorio de estos falsos "Bancos" regentados por la administración, primordialmente para su uso, y ésta misma razón, aunada a la inconsistencia sobre la veracidad de algunos objetos, atenta contra las recopilaciones que a veces hacen los particulares.

Como la administración no persigue guardar muestras o datos con miras a futuros juicios, a ella no le es exigible que se tomen las seguridades en relación al material, que permiten al juez obtener certeza.

La administración defiende los intereses unilaterales del Estado, por lo que siguen las instrucciones de quienes los dirigen y de sus superiores jerárquicos, quienes muchas veces actúan de acuerdo a las concepciones políticas del momento.

Por otra, parte no siendo la finalidad de la administración, colaborar con la prueba judicial, por lo regular las leyes administrativas que rigen los órganos que pudieran acopiar muestras y objetos, no contemplan a los particulares la posibilidad de controlar lo que se almacene, ni procedimiento alguno para tal control. Es más, muchas leyes permiten que los soportes documentales sean destruidos o desincorporados.

Distinto es si el Banco Probatorio nace dentro del Poder Judicial, ya que es de suponer que los Bancos están a favor de la justicia, libres de influencias de los otros Poderes y proyectados como instrumentos para resolver litigios.

De allí que opinemos que los Bancos Probatorios –de existir- deberían ser parte del Poder Judicial, y regidos por una ley que los desarrolle.

Tal ley podría incluir disposiciones que regulen la actividad de otros órganos de la administración que recopilen, archiven y almacenen datos, muestras u objetos, a fin de adecuarlos a los requerimientos del proceso, con lo que lo acopiado adquiriría una presunción de credibilidad, que permita al juez y a las partes, creer en la veracidad y seguridad del material.

Fuera del ámbito administrativo, hemos conocido expertos, que prestaban sus servicios como peritos judiciales, y para ello guardaban los dibujos de las bandas de rodamiento de diversas marcas de neumáticos, o que tenían ejemplares de las letras impresoras de las diversas máquinas de escribir que estaban en el mercado. Pero en ambos casos, era la palabra de ellos, sin otra garantía, la que aseveraba que estos dibujos o tipos eran los correctos. La sola afirmación de los peritos en ese sentido, referido a objetos que sólo ellos conocían y vigilaban, no podía considerarse prueba auténtica de que los tipos de impresión de una máquina de escribir correspondieran a la marca y modelo que señalaban; y la misma falla existía con relación a los dibujos de las llantas.

Esta falta de certeza sobre la muestra o el objeto, minimiza sus valores probatorios para las comparaciones o confrontaciones judiciales, y es exactamente la certeza lo que garantiza la credibilidad de la prueba no sólo en abstracto, sino en concreto.

## **7.- Bancos y Registros**

En el ámbito administrativo, como se dijo, hay instituciones que fungen de Bancos Probatorios, pero cuya eficacia probática, por razones que también ya se expresaron, quedan sujetos a la apreciación del juez, quien si no confía en la seguridad de las muestras, tipos o bienes almacenados, podrá no valorar la confrontación o comparación que él o un perito lleven adelante.

Ello no significa que lo almacenado se pierda en relación al proceso, pero si que en el desarrollo de la adquisición de certeza por el sentenciador, respecto a las probanzas apoyadas en esos órganos administrativos, le surjan mayores dudas.

Los Bancos Probatorios destinados a la función forense, necesariamente tienen una estructura dirigida hacia el proceso, y por tanto sus contenidos deben estar revestidos de seguridades.

Podría pensarse que el sistema de registros y notarías públicas es una forma de desarrollo de Bancos Probatorios.

Queremos resaltar que el que existan organismos donde se elaboran pruebas de lo que en ellas acontece, no los convierte per se en Bancos Probatorios, ya que su finalidad primordial no fue recopilar material para ser utilizada en el proceso.

Los registros y notarías es cierto que guardan documentos, que expiden copias de ellos y que los mismos se producen en juicio, pero su función no es sólo formar pruebas, sino recibir manifestaciones de voluntad que a veces, como las contenidas en los documentos ad substantian actus, se convierten en requisitos de existencia o de validez del acto o negocio jurídico, por lo que operan en el ámbito del derecho sustantivo.

Otras veces su objeto es que los negocios o actos jurídicos adquieran publicidad, y en consecuencia sean oponibles a terceros, o que ello surtan efectos

a partir de una fecha, lo que también es ajeno al mundo probatorio, así sirvan de prueba en juicio de esos hechos.

Si bien es cierto que los Registros y Notarías tienen similitud con los Bancos Probatorios, ellos no responden a su esencia, la cual es netamente probatoria, y por lo tanto no los podemos equiparar con ellos.

### **8.- Informática probatoria**

La expansión de la informática y las bases de datos automatizados que pueden guardar imágenes de figuras, personas, cosas, etc, así como la existencia de redes telemáticas que propician el acceso exterior a las bases de datos, permiten que una diversidad de materia pueda ser incorporada a las bases de datos computarizadas y, por tanto, ser consultados y confrontados a distancia, mediante el acceso a dichas bases.

Así, una huella dactilar recabada, puede su imagen ser transmitida a la base para que sea comparada con la allí almacenada, y la computadora informara si son o no idénticas, practicando ella la confrontación. Esta operación, puede incluso realizarse desde la Sala de Audiencias de un tribunal, si es que éste con sus computadores, estuviere conectado a la red que conduce al Banco Probatorio, y con base en la comparación de imágenes, los peritos en presencia del juez y de las partes, podrían dictaminar sobre la identidad de la huella, si es que la máquina no la declara al superponer las imágenes.

La confrontación electrónica abre la posibilidad de la práctica de una prueba desde la propia Sala de Audiencias del tribunal donde se consigna y se transmite la pieza para ser comparada con el patrón, y donde el tribunal recibe una declaración escrita o gráfica de la existencia o no de la identidad solicitada.

### **9.- Bancos Probatorios para calcular indemnizaciones**

Pero la posibilidad de almacenar en las bases de datos, información de diversa índole, si ésta lo fuere por personal e instituciones especializadas, permite guardar datos para calcular diversos tipos de indemnizaciones.

Día a día pueden archivarse electrónicamente los índices económicos de determinada actividad, por ejemplo, la variable diaria de los insumos utilizados en la construcción, lo que permitiría al instante conocer los costos diarios en determinadas zonas del país, y así determinar los daños y perjuicios, relación y monto que efectuará la propia computadora; la cual, con un programa adecuado, podrá establecer tanto el daño emergente como el lucro cesante (en el ejemplo) en materia de construcción de viviendas, edificios, etc.

Por esta vía, muchas experticias complementarias del fallo en materia civil, mercantil, laboral, etc, devendrían en innecesarias.

Planteado así, la parte podría probar el monto de sus daños y perjuicios, remitiéndose a los índices de la base de datos, quien haría el cálculo por lapsos de tiempo, por zonas, etc.

Imaginemos una persona que quiere probar los daños que le causaron a una construcción cuya reparación demanda. El Banco Probatorio señalará en el período de tiempo que se le requiera el monto de los materiales de construcción, el salario promedio de los obreros, el valor de insumos necesarios, como la energía eléctrica, por ejemplo, y hasta podría realizar las proyecciones futuras sobre las variables verosímiles de estos costos, y así se determinaría el monto de la indemnización, sólo con la consulta informática, la que se efectuará de oficio o a instancia de partes, ya que éstas son los interesados en probar sus alegatos. A ellas sólo correspondería probar la existencia de los materiales de construcción.

Es de advertir que la labor de compilación de estos datos sobre una determinada actividad no es similar a la de un órgano estadístico, cuya finalidad única es usarse en la formación de estadísticas, o con fines históricos o científicos, tal como lo señala para Venezuela el artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley de la Función Pública de Estadística, estadísticas que se obtienen de censos, encuestas o registros administrativos (artículo 4 de la misma ley), y que por disposición del artículo 20 eiusdem: "no hará prueba ante autoridad alguna".

### **10.- Función en juicio.**

Debido al material que se almacena, hay Bancos Probatorios que pueden estar abiertos al público, ya que se trata de información general que puede ser conocida por todos.

Pero hay informaciones que atañen sólo a las personas, por corresponder a bienes jurídicos tutelados por la Constitución como son la protección a la vida privada, a la dignidad, confidencialidad, reputación, honor; o a la seguridad del país (secretos de Estado).

Estas informaciones, si no responden a secretos absolutos, sólo podrán ser obtenidos en juicio, por orden judicial.

Cuando las informaciones almacenadas son públicas, al alcance de cualquiera que desee consultarlas, el interesado podrá solicitar a quien administre el Banco Probatorio, la rectificación de un dato o la eliminación de lo que considere falso o inexacto (muestra, substancia, objeto, así como las circunstancias que se les atribuyen), y lo que decida el Banco podrá ser objeto de los recursos existentes en materia administrativa. Al fin y al cabo los Bancos al prestar su servicio a la justicia, ofrecen su material para cualquier proceso y por tanto cualquier persona potencialmente perjudicada puede solicitar la rectificación o eliminación.

Con relación a los archivos y registros que califican como secretos por contener datos relacionados con la vida privada, el honor, la seguridad interior o exterior del país, o a investigaciones criminales, sólo en juicio podrán ser conocidos sus contenidos, pues si bien son secretos, ello no los exime de ser consultados en juicio, ya que siendo la función del Banco proyectada hacia el proceso, sus muestras, objetos, datos, etc, existen para ser incorporados a los juicios, tomando las precauciones que garanticen la privacidad, no divulgación de secretos de Estado, lo concerniente a las investigaciones penales u otros secretos.

Como con toda prueba promovida, la contraparte del que la ofrece podrá oponerse si considera lo promovido manifiestamente impertinente o ilegal, pero con respecto a los vicios o fallas atribuibles al almacenamiento en el Banco Probatorio, por considerar la parte no promotora que el Banco no llevó ni cumplió con los requisitos enumerados en el Nro. 1 retro, tales argumentos no pueden ser ventilados dentro de la oposición a la admisión de la prueba. Dentro de los procesos regidos por la libertad de medios de prueba, cualquiera de los medios aquí referidos sería admisible, a menos que la prueba ofrecida se encuentre expresamente prohibida por la ley y por tanto su admisión devendría en ilegal.

Dentro del proceso regido por el principio de legalidad de medios, los cuales por lo regular contemplan las experticias y los reconocimientos judiciales como medios legales, sólo la confrontación electrónica, facilitado por peritos auxiliares, podría resultar ilegal, por no estar expresamente contemplada.

La existencia de una serie de requisitos a cumplir en la adquisición por el Banco de los bienes, substancias o muestras que va a almacenar, así como en su identificación y custodia, conlleva a que si dichos requisitos no se llenan, y tal hecho es comprobable en el juicio, la parte afectada por el medio, solicite la nulidad del mismo, ya que en este tipo de pruebas (confrontaciones judiciales o periciales)

hay un binomio inescindible entre el patrón o modelo y lo que con él se va a comparar, y si se exigen requisitos al patrón, y éste no los tiene, la prueba es nula, y ella podrá ser pedida fuera de los términos de oposición a la admisión de la prueba, ya que de esto no se trata.

Distinto es si recogida e identificada la muestra, substancia o el objeto dentro del Banco, estos son falsificados, alterados, sustituidos, cambiada la identificación, o resultan víctimas de cualquier actuación (intencional o no), producto o no del azar, que descompone la muestra, substancia o el bien almacenado. Ante estas modificaciones, el resultado que daría cualquiera de los medios a utilizarse en combinación necesaria con el Banco, sería inexacto y no respondería a la realidad, por lo que la parte perjudicada podrá impugnar la prueba, a fin de que se desestime, por ser el resultado falso, inexacto o inseguro.

Por los mecanismos de impugnación activa de cada legislación se ventilarían las afirmaciones para enervar el medio.

Hemos insistido que los Bancos Probatorios, que nacen de leyes y están destinados al proceso, en los medios con que actúan en conjunto, como confrontaciones judiciales o periciales, tienen per se, en el segmento que les corresponde atinente a la comparación, una credibilidad en abstracto, ya que su capacidad de contribuir con el medio (confrontación) y conducir un hecho a los autos no está discutida (credibilidad en abstracto), la cual ayudará a que el medio obtenga credibilidad en concreto, en el sentido de que los hechos que transporte el medio (confrontación judicial o pericial) a los autos, representa lo cierto. Se trata de un aporte serio.

Y esta credibilidad en abstracto, por su capacidad de conducir hechos al proceso, la extendemos no sólo a la confrontación informática, la cual científicamente es posible, y –además– que por máximas de experiencia se conoce en la actualidad las bondades de la informática y la telemática, por lo que las causas de impugnación son las antes señaladas si es que los datos se han alterado, falsificado o sustituidos.

Aunque en materia de informática y telemática, el real funcionamiento de las computadoras o de las comunicaciones, capaces de arrojar un resultado diferente al verdadero, también sería una causa de impugnación de la prueba, que disminuiría su eficacia probatoria.

Creemos que existe una diferencia en el ataque al medio, entre el almacenamiento de las muestras o bienes, que están cubiertas de requisitos a cumplir, y que hacen nula la prueba, si dichas exigencias no se cumplieron, y las transmisiones entre computadoras que pueden ser interferidas por los llamados hackers, o que por diversas razones pueden transmitir informaciones erróneas. En estos últimos casos la afirmación en juicio, mediante impugnación de estos hechos, al ser probados, harán perder la eficacia al medio, lo que consideramos distinto a la nulidad del mismo por incumplimiento de requisitos que debían llenarse.

La alimentación de la base de datos con falsedades, inexactitudes, alteraciones, sustituciones o conductas semejantes, conducen a la impugnación de la prueba, mas no a su nulidad, ya que son los requisitos de manejo cabal y buen funcionamiento de las máquinas los que abonan, si se incumplen, a la nulidad, y de ello no se trata cuando hay información fraudulenta.

Las impugnaciones a medios como la confrontación, que independientemente de quien la realice, tiene dos requisitos: el material a compararse y aquél con que se va a comparar, tiene como finalidad, destruir una apariencia, restar credibilidad al medio, enervar la exactitud de la réplica y en muchos casos permitir que se constate una nulidad por alteración de requisitos de validez, aunque entre impugnación y nulidad (como figuras distintas) pueden destacarse diferencias esenciales.

## **11.- Futuro**

Imaginemos que los Bancos Probatorios pueden acopiar sustancias químicas o biológicas, que permiten por comparación identificar los similares encontrados o levantados en el lugar de los hechos, así como tener descripción detallada de las máquinas nacionales o extranjeras que se comercian en el país, o un inventario de los cuchillos y otras armas blancas que se venden en un país.

El límite de lo que se puede recopilar está en la mente humana y en los espacios físicos necesarios; y por tratarse de un órgano básicamente forense, muy bien podría prestar auxilio a la investigación criminal.

Todo ello sin perjuicio que sus sistemas contengan los datos que permitan ubicar los grupos o unidades económicas y sus reales dueños.

Es más, pensando en un desarrollo de estas instituciones, con los datos archivados, sus interacciones, la posibilidad de programas (software) adecuados, hasta recreaciones virtuales podrían realizarse en estos institutos.

Hacia ellos creemos que el futuro está abierto.

## PRUEBAS BIOLÓGICAS

### PRUEBA ILEGAL, LEGÍTIMA e IRREGULAR

#### 1. Concepto de legalidad de la prueba

La obtención de la prueba, en cualquier tipo de procesos, para ser válida y permitir al Juez su valoración, debe lograrse por vías legalmente establecidas.

La legalidad no describe el medio o la fuente de prueba, sino el procedimiento como se consigue, por eso cuando se analiza la prueba ilícita, el problema no está en admitirla sino en resolver su aptitud como prueba de cargo. Por ejemplo: la confesión del imputado sometido a apremios ilegales es inadmisibles por la compulsión puesta en la actividad. Otro caso: la grabación subrepticia de conversaciones viola la intimidad de las personas, razón por la cual, el o los testimonios conseguidos no pueden servir como evidencia.

Sin embargo, la ilicitud de una prueba no impide, bajo ciertas circunstancias, que se lleve al proceso con el fin de acreditar hechos y circunstancias que pretenden justificarse con ella.

Picó i Junoy aporta como alusión del problema, el de la cinta magnetofónica en la que aparece recogida una determinada conversación interceptada por uno de los intervinientes, o un tercero bajo la autorización y supervisión judicial<sup>( 236 )</sup>. En este último caso se exige la existencia de una motivada resolución judicial que ponderando los intereses en conflicto, esto es, bajo la estricta observancia del principio de proporcionalidad, entienda que puede limitarse la vigencia del derecho al secreto de las comunicaciones. En consecuencia, la ausencia de *autorización judicial* o de *motivación razonable* en ella, determinan, irremediablemente, la ilicitud de la prueba obtenida.

#### 2. La doctrina del fruto de árbol venenoso

Obra en la especie la conocida doctrina del "fruto del árbol venenoso", por la cual la prueba obtenida violando garantías constitucionales, a pesar de la certidumbre que ofrezca, no puede ser válida ni tenida por legítima, por cuanto está viciada desde su nacimiento.

Con todo, el punto de partida puede variar conforme el ordenamiento jurídico que se analice, porque el modelo anglosajón parte de "exclusiones de prueba" por apropiación viciada; mientras que los sistemas de tradición romana aplican el régimen de "nulidades procesales"; en cambio, los que asientan su legislación en la doctrina germana, remiten a las potestades del Juez para determinar en cada caso concreto cuándo una prueba es ilícita<sup>( 237 )</sup>.

En consecuencia, para abarcar la cuestión desde una teoría general, es mejor comprender las diversidades en la medida que cada sector puede interpretar

---

<sup>236</sup> Picó i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 356.

<sup>237</sup> Cfr. Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 14ª ed. Librería ediciones del profesional Ltda., Bogotá, 2004, ps. 22 a 41. Picó i Junoy, Joan, *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, en Libro de Ponencias al XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, edición de la Universidad Libre, Bogotá, 2005, ps. 839 a 872.

los hechos con miradas diferentes. Para el *common law* la prueba "no existe"; para el *civil law* es nula, y para el sistema germánico es un tema de utilidad o aprovechamiento <sup>(238)</sup>.

Vale decir, la lectura es distinta, como lo son, también los parámetros. Cada uno de ellos contrae cuestiones de valoración independiente donde comienzan otras diferencias como la distinción entre "prueba ilícita" y "prueba ilegal"; la posibilidad de redimir el vicio cuando el imputado presta acuerdo explícito; la apreciación de la conducta del encartado, etc.

### 3. La conducta del imputado en el proceso

Una de las primeras incertidumbres que juegan en la especie se da con el esquema procedimental pensado para el enjuiciamiento penal. En él acontece una suerte de disparidad entre los criterios legales y el sentimiento popular de justicia.

Es cierto que la presunción o estado de inocencia es la máxima garantía del imputado, pero también lo es que ella necesita confrontar la conducta del imputado con las garantías que cuenta para su defensa.

Se trata de resolver si la pasividad absoluta del sospechoso puede tener consecuencias en el proceso penal cuando la prueba es insuficiente para abastecer fundadamente una condena, o si debe requerirse la colaboración del individuo en aras de obtener la verdad real que todo acto de justicia persigue.

En principio, la solución pacífica significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo, que acredite los hechos que suscitan la acusación y que ella sea ratificada en el juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad.

Debe quedar en claro, liminarmente, que el principio de inocencia tiene motivos constitucionales que prefieren no condenar en caso de duda razonable, antes que penalizar a un posible inocente.

Esto sólo sería suficiente para responder el interrogante; sin embargo, la falta de colaboración puede funcionar en un sentido distinto; en su caso, podría interpretarse que el imputado que no utiliza adecuadamente los principios y garantías que lo escudan, sea por su propia decisión o por falta de necesaria diligencia, no sufre cercenamiento en su derecho de defensa y el tribunal podría aplicar las consecuencias de su propia conducta.

Un ejemplo sería denegar el derecho al recurso de quienes, voluntariamente, no se presentan a la causa, prefiriendo su condición de prófugos de la justicia.

También cuando la negativa a someter el cuerpo a requisas o estudios, sin causa justificada, puede tomarse como una presunción en su contra.

---

<sup>238</sup> Pueden existir situaciones ambivalentes en estos casos, de manera que si la obtención ilegal de la prueba termina por no afectar al imputado, podría provocarse alguna confusión. Por ello: a) Es conveniente hablar de inutilidad o "inaprovechabilidad" de la prueba obtenida ilegalmente para evitar que si ella favorece al imputado, por el origen ilegal no se aplique en la investigación. Ello supondría perjudicarlo doblemente: primero al violar la garantía que origina la ilegalidad de la prueba, y segundo, al no permitir usar el medio obtenido que lo beneficiaría. b) Hay que resolver que ocurre con la prueba conseguida legalmente a partir de una prueba ilegal. Pues en estos casos debiera diferenciarse el nexo entre prueba ilegal y prueba legal que se torna impropia (por ejemplo, cuando de la confesión obtenida mediante apremios ilegales se llegan a determinar hechos incriminatorios; o en el caso de filmaciones logradas por el mismo imputado en forma sorpresiva, desde el cual se pretenden encontrar justificativos para el cargo penal).

En estos supuestos, cuando la prueba, aunque se realice legalmente se origina desde un medio ilegal y no existen fuentes alternativas que la validen (ejemplo, testigos que declaran sobre los hechos confesados), también esta nueva prueba formalmente legítima debe considerarse inaprovechable como elemento de cargo.

Desde esta perspectiva, más polémica, una prueba viciada *lato sensu*, podría aplicarse en el proceso si el imputado no colabora en demostrar su ausencia de responsabilidad penal (o civil) <sup>(239)</sup>.

#### 4. Prueba inconstitucional

Ahora bien, la protección procesal constitucional del derecho de defensa lleva a esgrimir como herramienta principal a la Norma Fundamental del Estado. Esta contiene numerosas garantías que implementan las reglas constitucionales del debido proceso, las que impiden obrar contra ellas en cualquier tipo de procedimiento.

El problema está en que las garantías no están todas enumeradas, de modo que a veces es necesario recurrir a la lectura constitucional de los derechos.

Desde esta perspectiva, los ciudadanos tienen derecho a no sufrir intervenciones de mera prospección en sus domicilios o en sus comunicaciones; pueden circular libremente sin ser objeto de indagaciones o controles restrictivos aleatorios; tampoco pueden ser filmados en sus actos personales sin tener conocimiento de ello; en suma, son "garantías" independientes y, al mismo tiempo, complementarias del derecho a la presunción de inocencia).

El presupuesto constitucional radica en prohibir el acopio de pruebas que vulneren las garantías; y se explana aún más, en la imposibilidad de valorarlas. Pero no siempre es tan amplia la cobertura legal que le priva de todo efecto).

Supongamos que se utilicen videocámaras en lugares públicos para prevenir la comisión de ilícitos, de modo tal que, toda persona resulta grabada en sus actos sin haber prestado autorización para ello porque, a ciencia cierta, no sabe que está siendo filmada.

Pensemos en la apertura de valijas por las aduanas de los países donde se ingresa; razonemos en los test de alcoholemia al conductor sorprendido en una probable infracción de tránsito; meditemos con la detención preventiva de personas sospechosas encontradas en un grupo o tumulto, etc.

---

<sup>239</sup> Es cierto que en el principio de inocencia confluye una idea común, donde se pretende evitar la condena irrazonable o arbitraria. Solo la confirmación de los cargos e imputaciones a través de la reunión de prueba permitirán fundar una sentencia. En materia civil esta idea –discutible– podría proyectarse en uno de sus principios: *la carga de la prueba*; según el cual, si alguien pretende un pronunciamiento favorable para sus intereses, deberá demostrar al Juez la razón y el derecho que le asiste.

La diferencia entre la prueba civil y la penal no existe, porque la producción es la misma y rige en ambos casos el principio de adquisición, según el cual la prueba que llega al proceso es de él y no de las partes. La distancia puede estar en el sistema de apreciación, y en los grados de certeza que se exigen. Por ejemplo, es diferente la regla de la íntima convicción para condenar respecto a la sana crítica.

*Como se observa, el principio de inocencia trabaja como un límite judicial. No se admite que la demostración de culpa o responsabilidad llegue y se confirme con la prueba del imputado. En caso de duda no hay condena. Es así, un principio cardinal que se implanta como regla del debido proceso actuando bajo la consigna de la seguridad jurídica.*

Pero esta conclusión no es igual en los procesos no penales.

Se dijo hace mucho tiempo que, si bien la carga de la prueba con perspectiva civilista no funciona en la esfera penal -instructoria- donde el principio de la verdad material u objetiva hace que el juez disponga de facultades para suplir la inercia de las partes, no es menos cierto que en la verdadera faz del juzgamiento, cuando el debate encuentra su plenitud, la iniciativa corresponde a los sujetos esenciales del proceso, que se encuentran ahora en igualdad de derecho. Por ello, llegado al plenario, la carga de la prueba debe -como regla- gravitar sobre las partes, carga que de no conseguir su objetivo se traduciría en que las alegaciones de parte no podrían ser tomadas en cuenta como base para la decisión (CNFed. Crim. y Correc., Sala II, 1981/07/02, "Martínez de Perón, María E. y otros", La Ley, 1981-D, 101 - ED, 94-707).

En todos estos supuestos hay un límite expandido y una regla para la valoración; v.gr.: no será lo mismo grabar aleatoriamente los actos de una persona que perseguirla sin orden judicial; tampoco será igual abrir una maleta en un límite fronterizo que leer un diario personal encontrado dentro de ella.

Por eso el punto central que queremos enfocar se dirige a la relación que existe entre las garantías constitucionales que nutren las libertades individuales, con las relaciones sociales que alimentan otras garantías de igual naturaleza fundamental, como la seguridad, el desarrollo, la protección jurídica; etc.

Vale decir, son varios los temas que llegan y distintas las perspectivas que se tienen. Nosotros dirigimos el estudio hacia las garantías que tornan inconstitucional la producción de una prueba; y cuál es el límite que se puede superar. Es decir, una cosa será permitir que la prueba se produzca y llegue a la etapa de ser valorada en cuyo caso habrá que estudiar el principio de proporcionalidad; y otra diferente es analizar si esa prueba puede o no llevarse a la etapa final

## 5. Clasificaciones

Consideremos como punto de partida que hay situaciones especiales que admiten adquirir pruebas violando garantías individuales, siempre y cuando la obtención se realice con previa autorización judicial.

Este placet tiene, a su vez, el límite de la razonabilidad y la justificación, de modo tal que la excepcionalidad del caso, comienza a elaborar distinciones en la prueba, como si fuera posible encontrar causales de justificación que disminuyan la ilicitud originaria a grados de tolerancia que disuadan su incorporación al proceso.

De este registro son las llamadas: a) pruebas irregulares; b) prueba ilegítima; c) prueba viciada y, d) prueba clandestina.

### 5.1 La prueba irregular

En la confrontación de intereses que se entrecruzan en esta problemática, a saber, el interés colectivo en esclarecer los hechos tal y como realmente ocurrieron al objeto de asegurar el orden jurídico, y el interés igualmente colectivo de la protección de los derechos individuales legalmente establecidos, se opta por el primero de ellos, pues el segundo se garantiza y preserva mediante la sanción civil o penal a quien haya obrado antijurídicamente.

Inclusive, algún especialista en materia probatoria como es Muñoz Sabate, llega a afirmar que la prueba en sí misma considerada tiene un carácter marcadamente metajurídico, como actividad de reconstrucción o descubrimiento de unos hechos que tiene por objeto trasladarlos a presencia judicial, por lo que sus resultados no deben medirse en términos de moralidad sino de verosimilitud (<sup>240</sup>).

Otros argumentan que la prueba vale por aplicación del principio "*male captum, bene retentum*" y algunos más lo fundamentan en otro brocardico romano: "*factum infectum fieri nequit*" según el cual lo hecho no puede devenir en un no hecho.

En nuestro criterio, el proceso judicial es un instrumento constitucional de resolución de conflictos. No es un simple procedimiento al servicio del interés de las partes, sino la salvaguarda de sus garantías y derechos fundamentales. Por eso, el método establecido desde el inicio mismo de las instancias tiene establecidos principios y presupuestos que aseguran el derecho de defensa en juicio, de modo tal que cuando alguno de esos principios o presupuestos se pretende retorcer o

---

<sup>240</sup> Muñoz Sabaté, Lluís, *Tratado de la probática judicial*, t. I, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 23.

claudicar ante otros principios que no son regulares ni eficaces, ni están al servicio de la Constitución y los hombres, pues esos principios no pueden aplicarse, tornando su utilización en actos procesales absolutamente ineficaces.

Así lo afirmó también Carnelutti, cuando sostuvo que si fue ilegal la adquisición (de la prueba), no podrá utilizar el documento; y si lo hiciere, además de ser penado por la usurpación, no podrá utilizar el documento; y si lo hiciere, además de ser penado por la usurpación, dolo o abuso de confianza que haya cometido para adquirirlo, el Juez no deberá darle mérito legal en favor del que lo haya presentado con tal abuso, por la regla de derecho de que *los hechos ilícitos no deben aprovechar a su autor* <sup>(241)</sup>.

En síntesis, si es nula la obtención material de este tipo de pruebas, será nulo e inaprovechable todo acto posterior que pretende basar su eficacia en la prueba ilegalmente adquirida.

### **5.2 La prueba ilegítima**

La distinción entre prueba ilícita y prueba ilegítima es del derecho italiano, donde se diferencia entre la vulneración de una norma material o procesal, respectivamente.

Cappelletti refiere a dos tipos de ilegitimidad en materia probatoria. La primera tiene lugar en el momento de creación y obtención de la fuente de prueba, y la segunda se produce en el momento de admisión y práctica de la prueba en el proceso. De acuerdo con ello, rechaza la validez de lo obtenido mediante el segundo tipo de ilegitimidad <sup>(242)</sup>.

Inclusive, la Corte Suprema de Justicia de la Nación suele establecer distancia entre las pruebas ilícitas según la obtención provenga de un elemento físico o corporal (v.gr.: estupefacientes hallados; documentación habida en el allanamiento, etc.); respecto de aquella que proviene directamente de personas a través de sus dichos (v.gr.: testigos).

Se sostiene así que, si la prueba ilícita consiste en un elemento físico, material o corporal, entonces habrá de perder para siempre todo su valor. Empero, si de testimonios se trata, como se hallan provistos de "voluntad autónoma", existirán mayores probabilidades de atenuar la rigurosidad de la regla de exclusión probatoria <sup>(243)</sup>.

En nuestra opinión, si bien desde un punto de vista dogmático el concepto de prueba ilegítima aparece claramente delimitado, su utilización en el marco de un ordenamiento jurídico resulta inoperante, pues lo esencial o relevante es la vulneración de derechos fundamentales, independientemente del momento *extra* o *intra* procesal en que haya tenido lugar, y del hecho de que se haya infringido además una norma de carácter material o procesal.

### **5.3 La prueba viciada**

Algunos autores acogen éste término para referirse a aquella prueba en que concurren una serie de circunstancias que afectan a la veracidad de su contenido pero sin tener en consideración para nada la forma como se ha obtenido. Lo destacable de este tipo de prueba no es la ilicitud o ilegalidad sino la veracidad o certeza de los datos fácticos que la misma aporta al proceso.

<sup>241</sup> Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, ed. Depalma, Buenos Aires, p. 201.

<sup>242</sup> Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, ed. Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 167.

<sup>243</sup> Cfr. Midón, Marcelo S., *Pruebas ilícitas*, 2ª ed. Cuyo, Mendoza, 2005, p. 40.

Esta modalidad suele darse en distintos medios que reportan una clara utilidad al proceso de descubrimiento de la verdad pero que no se pueden incorporar como medios probatorios por la ilicitud que vicia el acto de recolección probatoria.

El vicio es propio de los sistemas romanos, a diferencia del common law que toma a la prueba como inexistente. Mientras en el primero la regla es anular la prueba, en el restante no se tiene en cuenta porque se la excluye de inmediato.

Ahora bien, veremos más adelante que esta sutil distinción tiene trascendental importancia cuando pese a la nulidad o inexistencia aparente, la prueba se lleva al proceso a la etapa de valoración provocando su ingreso por la vía de los indicios.

#### **5.4 La prueba clandestina**

Prueba clandestina es aquella que se obtiene a través de un comportamiento oculto o de un acto realizado sin publicidad, es decir, aquella que se lleva a cabo de un modo solapado, infringiendo la intimidad o privacidad de las personas.

Es el modelo probatorio que nos interesa en particular porque toma la fuente de verificación a partir de un medio nunca previsto, como es la filmación subrepticia, y por eso requiere de particularidades definitorias para asegurar su utilidad procesal.

En efecto, la prueba adquirida con vicios formales o sustanciales no vale como tal aunque puede servir como indicio. Pero, es nula de nulidad absoluta y total cuando afecta los derechos constitucionales de las personas <sup>(244)</sup>.

¿Vale o no esta prueba? No hay reglas establecidas, a lo más, los criterios se parecen a los indicados en las demás pruebas clasificadas.

Ahora bien, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:

- Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);
- Si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente,
- Si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

### **6. Las garantías procesales y judiciales**

En este espacio se dan las garantías que tiene el justiciable para actuar dentro de un proceso judicial justo y equitativo.

---

<sup>244</sup> Emplazados a considerar la prueba de grabaciones subrepticias y tomar de ellas argumentos de cargo contra quienes aparecen filmados en actitudes que sugieren, mínimamente, sospechas que posibilitan la intervención judicial, cabe argüir que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por las leyes procesales, de modo que en ningún caso cabe considerar menoscabado el derecho que nos ocupa "cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda" (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre).

En los hechos juega el principio de bilateralidad y contradicción (todo proceso se implementa entre dos partes que alegan y replican procurando llevar certeza al Juez sobre la verdad de sus afirmaciones). Y en materia probatoria significa que las partes tienen derecho a producir prueba; controlar la que su contraria genere; evitar que se traigan materiales prohibidos o que sean pruebas superfluas o inútiles (en este último caso, trabajan las facultades judiciales de selección y ordenación).

Cada uno refleja una preocupación porque si se ponen trabas para la producción probatoria de cargo (o descargo), el field de la balanza se quiebra; si la prueba se produce sin conocimiento o control del acusado, también hay una crisis; cuando el material probatorio es tomado sin orden judicial, puede tornarse nulo, anulable o inexistente; y si esa misma prueba fue ordenada por quien no tiene facultades jurisdiccionales (v.gr.: orden policial) también hay una ilicitud o, al menos, una irregularidad que es menester declarar.

Por eso, el complemento de las garantías procesales son las garantías judiciales, mediante las que la prueba se ordena y fundamenta con el control judicial necesario a su licitud y pertinencia.

Ahora bien, si el eje de la discusión lo instalamos en las garantías que tiene el justiciable para adquirir prueba y lograr que el Juez quede persuadido con ella, tendremos que preguntarnos: ¿Cuál es la finalidad de la prueba? ¿Puede haber diferencias entre los objetivos de la prueba civil respecto de la prueba penal? Acaso ¿es razonable insistir con el argumento de una verdad formal que se aplica en los procesos civiles y una verdad material que afina en los procesos penales? ¿Es cierto que podemos consolarnos con una verdad jurídica objetiva?, ¿nos debemos resignar a que la verdad sea de imposible alcance en cualquier tipo de procesos?.

En nuestra consideración, hemos sostenido con disidencias algunos de estos planteos.

Supongamos que la verdad sea un compromiso del juez. Pues en este sendero es evidente que entre el Juez penal y el civil no hay diferencias notables en materia probatoria. Mientras se puede tolerar y hasta incitar al activismo judicial en los procesos civiles, promoviendo la iniciativa probatoria de oficio; en el proceso penal el Juez que promueve *per se* la producción de una prueba tampoco pierde imparcialidad; no creemos que con ello se cercene la presunción de inocencia. Por supuesto que esto es discutible, pero marca una línea divisoria.

### **6.1 Fuentes y medios de prueba**

Observemos el caso desde las fuentes y los medios de prueba, porque es diferente la forma como se captura e ingresa al proceso según sea el modelo procesal. Mientras el derecho anglosajón, a través del *common law* ha preferido la libertad del individuo y su derecho a la autodeterminación, sosteniendo la consigna que la libertad de cuerpo y alma es el derecho por excelencia de las personas; sin menospreciar la libertad individual, el *derecho continental europeo* que se ha transmitido a nuestros modelos americanos de enjuiciamiento, ha optado por el bienestar general, solapando sin afrentar, las garantías individuales.

Ello implica una polémica de carácter ético. La autonomía del individuo para tomar decisiones se ve contrastada con el deber del resto de la sociedad de usar su mejor juicio y habilidad para maximizar la eficacia de los medios y fuentes probatorios.

Por ello, los avances científicos y técnicos del momento actual permiten que en numerosas ocasiones el objeto de la prueba sea material biológico de procedencia humana. En estos casos se espera que el perito sea capaz de dilucidar de qué material se trata y/o cuales son las características genético-moleculares que

admitan señalar, con niveles de certeza que rayan lo absoluto, de que persona procede dicho material.

Aquí, por ejemplo, no hablamos de invasión alguna en la intimidad de alguien, sino del supuesto de una persona violada que deja rastros de piel humana en sus uñas al tratar de protegerse del agresor.

## **6.2 Las pruebas biológicas**

Tomemos este supuesto como base. En efecto, la pericia nos introduce en el umbral de la genética humana.

En la actualidad numerosos estudios vislumbran nuevos campos relacionados con la manipulación genética y múltiples conductas aparejadas a la misma significan un impacto en las conductas, obligando a resolver si son delitos tipificados en nuestro Código Penal, o faltas administrativas que merecen reprobación.

Como hemos adelantado el material biológico procedente de una persona convida actualmente múltiples posibilidades analíticas que pueden tener carácter de prueba en el ámbito judicial. Se ha indicado que el valor probatorio de estos estudios está en relación con el rigor científico del método con el que sean tratados.

Estos aspectos son:

a) *Reconocimiento y toma de los indicios de naturaleza biológica.* Esta debe hacerse por personas expertas e instruidas en estas tareas (Policía científica, Guardia Civil etc.), que dejen constancia escrita y fotográfica de la locación de estos en el lugar de los hechos.

b) *Conservación embalaje y transporte.* Son también de suma importancia tanto en sus aspectos prácticos como por el deber de control y custodia. En general las muestras biológicas se conservan bien cuando están desecadas mientras que la humedad y la colonización por hongos y gérmenes desnaturalizan y deterioran a las proteínas.

c) *Estudio científico de los mismos.* La recomendación N° (92) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre "Uso del Análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco "judicial", en ella se señalaba la importancia del control científico sobre los laboratorios en los que se realizaran estos estudios, su acreditación oficio la estandarización de las técnicas, los controles de calidad de los resultados o la elaboración y custodia de las bases de datos. No era una normativa vinculante pero venía a señalar la necesidad de que los diferentes países regularan a título particular este importante aspecto procesal.

Desde el punto de vista científico, los propios grupos que trabajaban en la investigación de ADN pusieron en marcha estas tareas de control de calidad del trabajo que realizaban. Así surgieron en EE.UU. y Canadá el TWGDAM (Technical Work Group for DNA Analysis and Methods) y el EDNAP (European DNA Profiling Group) en Europa, siendo el grupo japonés uno de los últimos en incorporarse muy preparados técnicamente y con gran sentido crítico.

d) *Cadena de custodia y contrapericia.* Las garantías científicas de la pericia, deben integrarse con las garantías jurídicas comprendiendo estas a la llamada "cadena de custodia" y a la contrapericia.

La cadena de custodia debe garantizar que el camino que recorren los indicios o muestras desde que se recogen hasta que se conocen los resultados se ha hecho en las condiciones de seguridad y de rigor adecuadas lo cual permite asegurar que el indicio que se estudia en el laboratorio es el que se recogió en el lugar de los hechos y que las condiciones en las que se ha mantenido son las más adecuadas para llegar a buenos resultados.

La contrapericia es la posibilidad de realizar un doble análisis sobre una misma muestra por dos peritos diferentes y/o en dos Centros diferentes, esta es una garantía irrenunciable para el buen hacer de la Justicia.

De lo expuesto, estamos diciendo que son pruebas procesales que se pueden utilizar en el proceso merced a ciertos resguardos que no son totalmente insertos en la garantía de la defensa en juicio, sino en la legalidad del medio de prueba, de manera tal que para ser útil y efectivo, debe garantizar la seguridad.

### **6.3 La prueba en la óptica del afectado o presunto autor del delito o del hecho que se le imputa**

No olvidemos que el encartado descansa en la presunción de inocencia, y en que el sistema probatorio no lo obliga a defenderse probando (como podría ser el caso del proceso civil) porque mientras no se demuestre la autoría, no podrá haber condena.

¿Qué ocurre cuando para probar es necesaria la intervención del afectado? ¿Qué sucede si debemos tomar muestras de piel o sangre para revelar la cadena de ADN y lograr así un resultado científico en el proceso?.

Hay enfoques simples como el control del alcoholismo del conductor, que no se puede resistir al análisis.

También se ha invocado la similitud entre la donación de la muestra y la declaración contra sí mismo, circunstancia que de ser cierta excluiría la obligación de colaboración. A esto ha contestado la jurisprudencia con el argumento de que el sospechoso o imputado al que se solicita la muestra sólo es "objeto material de la comprobación del ADN", hecho que conduce a un resultado que puede ser positivo o negativo, por lo que no es de entrada desfavorable para el sospechoso. Con el análisis se le da la oportunidad de demostrar su inocencia y desde luego "...no es equiparable a la declaración en contra que uno mismo que contempla la Constitución..".

En Argentina, la Corte Suprema en la causa *Vázquez Ferrá, Evelyn Karina* (30.09.2003) sostuvo que la cuestión relativa a la admisibilidad de una extracción compulsiva de sangre ordenada por el juez debía resolverse con arreglo a los principios generales que rigen la admisibilidad de las medidas de coerción en el proceso penal, tanto respecto del imputado como de terceras personas.

En tal sentido afirmó: *"Ciertamente, es un valor entendido que los derechos a la intimidad y a la privacidad, al igual que los demás derechos individuales que la Constitución Nacional garantiza, suponen límites a la averiguación de la verdad real en el proceso penal. Pero también lo es que la propia Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal en la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de la persona en aras de salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos.*

*"Ello es lógica consecuencia de aquel principio fundamental en virtud del cual los derechos y garantías que la Constitución consagra no tienen carácter absoluto, sino que la ley puede imponer restricciones a su ejercicio que guarden adecuada proporción con la necesidad de preservar los derechos de los demás y los intereses generales de la sociedad (artículos 14 y 28 del texto constitucional y Fallos: 300:67 y 700; 308:814, entre otros)".*

Una primera cuestión a resolver consiste entonces en establecer si la extracción compulsiva de una muestra de sangre, a pesar de la intromisión que supone en el cuerpo, la esfera privada y la libertad de la persona que la padecerá, es una de las medidas probatorias que, en virtud de la ponderación de intereses

señalada, podría ser autorizada para la averiguación de la verdad en el marco de un proceso penal.

Así, en un caso de características similares, al menos en relación al punto que ahora toca dilucidar, la Corte sostuvo que tales medidas no eran, en sí mismas, incompatibles con el texto constitucional (Fallos, 318:2518). En respuesta a los agravios introducidos, el Alto Tribunal dijo en aquella oportunidad, que no se observaba la afectación de derechos fundamentales como "la vida, la salud o la integridad física, porque la extracción de unos pocos centímetros de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen" (consid. 10°, fallo citado).

Y a ello agregó que: *"por no constituir una práctica humillante o degradante, la intromisión en el cuerpo que la medida dispuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley (arts. 178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en Materia Penal), pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia" (consid. 11°, segundo párrafo)*.

*"De más está decir que las mismas consideraciones referidas al ínfimo sacrificio que representa la medida frente a la trascendencia de los intereses a tutelar, justifican, asimismo, la restricción que una extracción compulsiva de sangre representa también para los derechos a la privacidad, la intimidad y la libertad del afectado. Con ello, sin embargo, apenas se ha establecido que la toma compulsiva de una muestra de sangre a una persona en el marco de un proceso penal no es incompatible con el respeto de los derechos constitucionales, en tanto guarde una razonable proporción con la necesidad de preservar el interés general en la investigación de la verdad y la aplicación de la ley penal (Fallos: 318:2518, ya citado, y 319:3370)*".

Pero cuando se trata de aplicar estos principios a otros supuestos, habrá que ponderar la necesidad y razonabilidad de la medida.

Recordemos que en la causa antes citada se investigaba la presunta sustracción de una menor de diez años a sus padres y su retención por parte del matrimonio imputado, la alteración del estado civil de la recién nacida mediante su inscripción como hija biológica y la consiguiente falsedad ideológica de los certificados de parto y nacimiento y del documento nacional de identidad (artículos 139, 2° párrafo, 146, 293 y 296 del Código Penal).

#### **6.4 La razonabilidad como regla**

Ahora bien, si bien es cierto que de lo expresado ninguna duda cabe respecto de la necesidad de la medida para el esclarecimiento de los hechos investigados, también es verdad que *su racionalidad depende adicionalmente de que la decisión de llevarla a cabo encuentre respaldo en una labor de pesquisa previa* que autorice fundadamente a sospechar que los imputados no son los padres biológicos de quien figura legalmente como su hija, y que podrían llegar a ser responsables de alguno de los delitos ya mencionados que se les ha imputado (cf. dictámenes de esta Procuración en los precedentes de Fallos: 318:2481 y 2518; 319:3370).

También es ponderable el grado de sospecha supera con mucho aquél que, conforme a criterios de proporcionalidad, legitima la perturbación ínfima e inofensiva que representa la extracción de unos pocos centímetros de sangre, y que, como enseguida se expondrá, en la doctrina y praxis alemanas, por ejemplo,

se satisface con la mera sospecha inicial que basta para la apertura de un procedimiento instructorio.

Por último, también se halla satisfecha la exigencia de que la injerencia en la integridad corporal del afectado guarde una razonable proporción con la gravedad del hecho investigado. La medida ha sido dispuesta para el esclarecimiento de delitos sumamente graves, como lo son la sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años, la supresión del estado civil, y diversas falsedades documentales en instrumentos públicos destinados a acreditar la identidad.

El derecho jurisprudencial comparado acompaña esta tendencia.

### **6.5 La prueba ilegítima en el proceso civil**

Veamos ahora qué sucede en los procesos civiles o de otra índole privada cuando se quiere aplicar este mecanismo probatorio. En este campo, la ilegalidad se relaciona con la ausencia de consentimiento, o la toma de muestras indiscriminadas que impactan con sus resultados, pero sin dar seguridad en los resultados ni vincular las conclusiones más allá del significado que obtengan como testimonio o indicio.

En conclusión, en las actuales circunstancias, el principio de la libertad individual queda sometido al deber de saber la verdad por los medios disponibles que el Juez persevere en su producción.

Si no hay consentimiento: habrá presunción en contra del renuente; si no hay colaboración: tampoco la extracción de muestras compulsivas encuentra limitaciones constitucionales.

Efecto necesario de esta apertura es la proyección que tienen los resultados para variar investigaciones debilitadas por la inseguridad de las conclusiones habidas; por eso, las pericias biológicas sacuden con sus revelaciones el efecto de la cosa juzgada, y admiten revisiones de sentencias logradas en base a metodologías superadas.

Todos estos planteos se explican y dan actualidad a uno de los aspectos quizás más polémicos e inciertos del derecho probatorio. Nos referimos a la apreciación de la prueba y los sistemas disciplinados en los códigos procesales.

Nos preguntamos ¿acaso la libre apreciación de la prueba, merced a la aplicación de la sana crítica, no se conmueve con la seguridad que aportan las pruebas biológicas? ¿no es un enfrentamiento entre la apreciación razonable y la seguridad que se transmite desde la prueba biológica, cual si fuera una prueba legal?.

## LA PRUEBA DEL DAÑO

### 1. Nociones generales

La prueba tiene dos acepciones teóricas. Se puede hablar de ella fuera del litigio y observar los efectos que produce en terreno de las relaciones jurídicas civiles en general (<sup>245</sup>), o vincularla directamente a la actividad que cumple en el proceso, permitiendo elaborar una exposición técnica acerca de como actúa y que significa para el Juez y las partes.

Nos ocuparemos de esta segunda posición para alentar desde ella las particularidades que ofrece la prueba en el derecho de daños.

Como punto de partida cabe interrogar ¿qué se persigue con la prueba? ¿descubrir la verdad?, ¿confirmar las versiones que las partes relatan en sus escritos de demanda y contestación?, ¿demostrar la razón de sus respectivas afirmaciones?, y en todo caso ¿qué importancia tiene para el abogado, el juez y las partes?. Bajo estos interrogantes se desenvuelven problemas tradicionales que la doctrina pretende resolver.

#### 1.1 El aporte de los hechos

El proceso civil se rige en nuestro sistema por el principio dispositivo, según el cual, la instancia se inicia y desarrolla a pedido de parte (*nemo iudex sine actore*); es el actor, en principio, quien aporta los hechos y ofrece la prueba para demostrarlos; también, le corresponde al demandado resistir la versión que trae el demandante, afirmando otros hechos, modificando los expuestos con una versión distinta, u oponiendo excepciones que impidan, obstaculicen o extingan la procedencia de la pretensión.

Estos hechos que las partes aportan, suelen calificarse como *constitutivos* porqué son la causa de pedir que trae el actor, y las razones que tiene el demandado para oponerse; son hechos *modificativos* los que dan una versión diferente a la que se afirma en la demanda; son *extintivos* los que cancelan inmediatamente la procedencia del reclamo (V.gr.: el pago documentado); y son *impeditivos* aquellos que alegan una causa jurídica que posterga el comienzo de la etapa probatoria por faltarle un elemento necesario para la debida integración del proceso (V.gr.: falta de legitimación; nulidades; excepciones; etc.).

Sin embargo estos hechos no son los que determinan el objeto probatorio, como veremos más adelante, toda vez que en la mentalidad del legislador pervive la idea de ver en el litigio una suerte de lucha entre partes con derechos contrapuestos, de tal forma que sólo los hechos donde exista esa contradicción deben ser probados, pues los que no se alegan, se admiten o reconocen, estarán fuera de la necesidad probatoria porqué respecto a ellos no hay controversia.

No interesa la duda del Juez en estos supuestos. Él no podrá apartarse del marco que las partes le proponen respecto a los hechos, e inclusive, a veces, del mismo derecho.

---

<sup>245</sup>. Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, editorial Cívitas, Madrid, 1996, pág. 15

Bien dice Montero Aroca que "el deber que se impone al juzgador de resolver no lleva al legislador a dejarle en libertad para investigar los hechos, sino que esa actividad se configura de modo reglado. Las reglas más importantes son que el juzgador no investiga, sino que verifica, que lo hace utilizando sólo los elementos probatorios que propongan las partes y que lo hace según un procedimiento preestablecido" ( <sup>246</sup> ).

### **1.2 La verdad: ¿un imposible?**

Si las partes a través de sus escritos ofrecen una versión de los hechos (cfr. Artículo 356 del Código Procesal que acepta la idea del relato como una versión), ¿puede creerse que esa es la verdad absoluta? ¿serán, acaso, meras afirmaciones acomodadas a su propia conveniencia?

Es cierto que la función primera que se asigna a la prueba refiere a descubrir la verdad, pero también lo es que aspirar tal concreción para un proceso impropio y sofista como el actual, resulta imposible o pura utopía; casi una ilusión ambiciosa pensada solamente como teoría aplicable.

La doctrina clásica advirtiendo el desatino procuró encontrar caminos que explicaran la pérdida del rumbo originariamente previsto, creyendo encontrar clases de verdad según el tipo de proceso.

Así, como no era posible aceptar que el proceso penal descubriera otros hechos que no fueran los reales, se pensó que era menester hallar la "verdad material" como única que autorizaba a disponer sobre la libertad de las personas. Mientras que el menor compromiso del proceso civil se conformaba con una "verdad formal", que era producto del resultado de la prueba de los hechos aportados por las partes. Una verdad jurídica, porque se apoyaba en reglas legales antes que en deducciones lógicas ( <sup>247</sup> ).

### **1.3 Finalidad de la prueba**

El criterio de considerar a la prueba como descubrimiento de la verdad fue puesto en duda, para entenderla como mecanismo de confirmación de las versiones que las partes ofrecen.

Es decir que se abandonaría la idea tradicional de investigación de la verdad para dar lugar a la verificación de lo afirmado. De este modo, el abogado desarrolla el rol principal, al tener que averiguar previamente para afirmar en su demanda la pretensión que promueve y obtener sentencia favorable si confirma el contenido de su postulación ( <sup>248</sup> ).

Para ser claros, al oponer los conceptos de averiguación y verificación no queremos decir que los términos estén contrapuestos, sino que tienen significados diferentes, pero que son indudablemente complementarios porque el prefijo latino "a" significa caminar hacia algo y verificar significa caminar hacia la verdad. Entonces, si averiguar significa caminar hacia la verdad, verificar significa presentar esa verdad ( <sup>249</sup> ).

---

<sup>246</sup>. Ob. cit., pág. 25.

<sup>247</sup>. Cfr. El magnífico trabajo de Kielmanovich, Jorge, sobre la verdad en el proceso, publicado en su libro, *La prueba en el proceso civil*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, págs. 35 y ss.

<sup>248</sup>. Gozáini, Oswaldo Alfredo, *Los hechos y la prueba*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, nº , editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 199 , págs. Y ss.

<sup>249</sup>. Salazar, Olman Orguedas: *Nuevos medios probatorios*, en *Derecho Procesal Moderno*, obra colectiva, editorial Pontificia Universidad Bolivariana, Colombia. 1987, pág. 299.

En suma, no hay verdad porqué nunca se sabrá si ella fue la que las partes propusieron; tampoco existe una verdad jurídica, porqué es un absurdo en sí mismo; menos aun agregarle el concepto de "objetiva", porqué es un atributo de la apreciación y no de la producción de las partes; en consecuencia, la prueba es una actividad destinada a lograr alguna certidumbre sobre los hechos controvertidos.

#### **1.4 La prueba como "cosa de partes"**

Siendo así, primero se averigua y después se verifica, con la necesaria advertencia de que la etapa de averiguación no constituye actividad probatoria, sino procedimiento previo, pero actividad procesal al fin.

En este sentido, "al juez no se le puede pedir que averigüe porque no es esa su misión; hay que darle o presentarle, esto es, afirmarle los hechos averiguados. Y hay que ofrecerle elementos que prueben que esa averiguación ha sido correcta. Realizar tal labor anteprocésal o preprocesal es función del particular o de la policía; normalmente, del primero en cuanto al proceso civil y de la segunda en cuanto al derecho penal..." ( <sup>250</sup> ).

La base de la doctrina estaría en la actividad exclusiva del abogado, y en el carácter pasivo de la función judicial. El Juez, asistiría al conflicto de intereses suscitados entre dos partes sin tener posibilidad de instruir oficiosamente, dado que de admitirse, quebraría el juego limpio que supone otorgar disponibilidad a los litigantes para confirmar cada uno el aserto que porta su pretensión. El activismo judicial, violaría las reglas de bilateralidad y contradicción.

Esta idea resume, en pocas líneas, un pensamiento típico del siglo XIX en el que se creía encontrar la eficacia del proceso civil en la glorificación del proceso acusatorio.

En este la dinámica procesal quedaba abandonada a la iniciativa de las partes y el juez intervenía no tanto para dirigir el debate, como para determinar el vencedor del mismo, como si fuera un árbitro encargado de designar un ganador pero sin participar en el juego.

#### **1.5 La prueba y la actividad del juez.**

Desde otra perspectiva, sin calificar a la prueba como un mero procedimiento de fijación normal de los hechos controvertidos, se la analiza circunscribiendo su finalidad al fin de producir en el ánimo del juzgador una certeza, no lógica ni matemática, sino psicológica sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados ( <sup>251</sup> ).

A las partes les corresponde asumir la demostración de los presupuestos de hecho contenidos en la norma sustancial en que fundan sus respectivas pretensiones (carga probatoria), sin perjuicio de la iniciativa personal que el director del proceso decida, ante la insuficiencia y en vista de arribar a la certeza necesaria para dictar una sentencia determinada.

Se inspira la idea en la posibilidad de otorgar al Juez impulso propio sin quedar restringido por el principio *judex debet judicare secundum allegata et probata a partibus*.

---

<sup>250</sup>

. Sentis Melendo, Santiago: *La Prueba*, editorial Ejea, Buenos Aires, 1978, pág. 58.

<sup>251</sup>. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 330.

La postergación del dogma sostenido en lo puramente dispositivo se debe a la preferencia por la dirección material del proceso (en oposición al criterio de dirección formal) con la cual el magistrado, una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo y el impulso del mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente, también de las maniobras dilatorias y retardatorias de alguna de las partes ( <sup>252</sup> ).

### **1.6 Síntesis de las opiniones**

Ambos temperamentos, como vemos, enfrentan el concepto de "pertenencia" del proceso; para los primeros, el litigio es una cosa privada, en tanto los segundos se definen como publicistas, desprivatizando el objeto del proceso.

El mecanismo inicialmente expuesto acentúa un criterio liberal e individualista, "en el cual todo se deja a iniciativa de las partes privadas, ya sea la determinación del objeto del proceso y del juicio, ya sea el impulso mismo procesal y probatorio" ( <sup>253</sup> ).

En cambio, agrega Cappelletti, el segundo es el sistema de inspiración más publicística, en el cual el Juez tiene poderes de intervención sobre el objeto deducido en juicio que queda sometido a la voluntad exclusiva y monopolística de las partes ( <sup>254</sup> ).

Resuelta la asignación (si se quiere, de política procesal) se arriba a un estadio más complicado. Ahora tendrá que decidirse la *carga probatoria* a la luz de los conceptos preasignados.

La comunidad de la prueba, que significa aprovechar en beneficio del proceso y no para el interés individual de las partes, la reunión del material probatorio, supone que el principio tradicional por el cual "el que afirma debe probar" tiene que resultar adecuado a la colaboración necesaria que debe obtenerse para el esclarecimiento de los hechos y la certeza jurídica imprescindible para arribar a una sentencia justa.

De esta manera, la carga de probar no puede constituir un esfuerzo agobiante, sino el producto de averiguaciones anteriores que en el proceso se confirmarán o demostrarán.

En síntesis, la visión individualista de la prueba se abandona por la solidaridad que proviene del principio de publicización, que privilegia la colaboración de las partes en la búsqueda de una solución real -no formal- del conflicto que los enfrenta ( <sup>255</sup> ).

## **ESQUEMA SINÓPTICO**

	verdad (material=proceso penal; formal=proceso civil)
<b>Función</b>	confirmación (se verifica)
	demostración (certeza)

## **La prueba**

<sup>252</sup>. Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, editorial Ejea, Buenos Aires, 1972, pág. 123.

<sup>253</sup>. Ob. Cit., pág. 130.

<sup>254</sup>. Ob. Cit., pág. 130.

<sup>255</sup>. Gozáini, Oswaldo Alfredo, *El proceso transnacional. Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992, Capítulo III.

quién prueba  
**Actividad** cómo prueba  
qué se prueba

El cuadro resume esta parte introductoria. La función de la prueba, idealmente, es encontrar la verdad, pero frente a la imposibilidad real para su descubrimiento, la doctrina elabora dos posibilidades: la verdad material en el proceso penal, y la verdad formal (jurídica y objetiva) en el proceso civil. Como ello resulta también un artilugio que no ofrece resultados útiles, se prefiere solicitar a las partes que verifiquen con la prueba las afirmaciones que alegan, y con ello, lograr que el Juez obtenga alguna certeza que será analizada de acuerdo con las reglas jurídicas de la apreciación de la prueba.

El segundo aspecto es la actividad. Estos son los puntos que continuarán el análisis. Instalados en el proceso judicial, y en particular en el juicio de daños y perjuicios. Es menester resolver quien debe probar; con qué elementos y técnicas disponibles y, fundamentalmente, que es lo que debe probarse, pues se verá que en materia de daños, no es bastante verificar que ellos se produjeron, sino también que han afectado directamente al actor en lo puramente visible (aspecto exterior-objetivo) y en el ámbito de sus sentimientos más íntimos (aspecto interior-subjetivo). Por esto mismo es que una vez más deben presentarse algunas reglas técnicas, necesarias e imprescindibles, como son los medios de prueba, la legalidad en la obtención y reproducción de la misma, y los principios incanjeables que dominan todo proceso (presencia del Juez, bilateralidad y contradicción y audiencia pública).

En síntesis, en lo siguiente se pretende responder al siguiente esquema:

- ¿Cómo fue? .....versión de los hechos
- ¿Quién puede reclamar? .....calidad de damnificado
- ¿Quién fue? ..... atribución de responsabilidad
- ¿Qué daños produjo? .... Calificación jurídica
- ¿Cómo afectan al actor? ... Prueba específica, objetiva y subjetiva. Prueba de la culpa
- ¿En cuánto lo afecta? .... Objetiva y subjetivamente. Prueba del daño y entidad del perjuicio.

## 2. Los hechos que deben probarse

Los hechos son aportados por las partes en los momentos que admite el principio de oportunidad (que tolera la incorporación de hechos nuevos después de trabada la litis entre partes). Esto es, con la demanda y su contestación.

En los procesos de daños el relato fáctico suele no ser absolutamente ajustado a las realidades sucedidas efectivamente, muy a pesar del reclamo que solicita el artículo 330 inciso 4º cuando establece que la demanda debe contener "los hechos en que se funde, explicados claramente".

Es lógico que las partes ajusten sus afirmaciones a la conveniencia de su posición en el proceso, por eso, los hechos son versiones de una misma realidad que se enuncian como afirmaciones a ser verificadas.

No obstante, la demostración es contingente, porque depende de las actitudes del demandado. Puede ocurrir que:

- El demandado se allane voluntariamente a las pretensiones deducidas en su contra, en cuyo caso, la prueba es innecesaria por ausencia de contradicción. El Juez debe controlar la regularidad del acto y la procedencia del mismo cuando no se afectan intereses superiores referidos al orden y a la seguridad jurídica.
- Si el allanamiento es parcial (por ejemplo, se admiten los hechos pero se cuestionan los montos reclamados), la prueba ha de versar sobre los puntos controvertidos.
- Cuando el demandado, a pesar de estar debidamente notificado, no comparece a estar a derecho, el actor puede optar entre continuar el proceso con los efectos que produce la "rebeldía", o en su caso, con las consecuencias que siguen a la ausencia voluntaria (incomparecencia). En ambos supuestos, y aun cuando el código establece que el Juez pronunciará sentencia según lo dispuesto en el artículo 356 (reconocimiento de los hechos pertinentes y lícitos) y el mérito de la causa, es conveniente producir la prueba sobre la entidad de la afectación, pudiendo valerse del silencio de la otra parte, para tener por acreditada la versión que relató sobre los hechos.
- En el caso que la resistencia no exista y la demanda sea admitida en toda su extensión, el Juez sólo debe calificar la cuestión jurídica, resultando innecesaria la etapa probatoria.
- Cuando algunos hechos afirmados se admiten como sucedidos por el silencio de la otra parte, la prueba sobre ellos es facultativa de la parte beneficiada con el efecto del mencionado silencio. No olvidemos que la contestación de la demanda es una facultad del demandado, pero opera como una carga con sanciones consecuentes cuando se produce.
- Si una parte afirma un hecho y la otra lo niega, esa dualidad provoca el hecho contradictorio que debe ser motivo de prueba. Si la oposición refiere a hechos intrascendentes, la prueba es facultativa porque no se trata de una cuestión esencial para resolver la cuestión de fondo. En este caso, se habla de hechos conducentes (esenciales) para la sentencia favorable.

En síntesis, la prueba recae sobre los hechos controvertidos y conducentes sobre los que el Juez apreciará la eficacia probatoria. Como los hechos son afirmaciones de las partes, puede concluirse, como ha dicho Carnelutti, que el objeto de la prueba no refiere a los hechos, sino a las afirmaciones, en la medida de que los primeros no se comprueban sino se conocen, mientras que las afirmaciones no se conocen pero se comprueban ( <sup>256</sup> )

## **2.1 ¿Cómo fue?: Hechos afirmados**

---

<sup>256</sup>. Montero Aroca, ob. cit., pág. 39.

El principio de oportunidad dispone que las partes deben exponer los hechos que quieran afirmar en los tiempos hábiles para ello. Sólo las alegaciones contenidas en los escritos serán tenidas en cuenta (*lo que no está escrito no está en el mundo*) y excepcionalmente podrán agregarse otros hechos cuando su importancia y trascendencia sirvan para esclarecer el objeto probatorio.

La incorporación de hechos, entonces, proviene únicamente de las partes. El Juez no puede agregar nada al marco litigioso que las partes le proponen, toda vez que sobre estos hechos afirmados y controvertidos recae la prueba.

Los hechos dominan el espacio comprometido al conocimiento judicial. Son ellos los que enmarcan el ámbito litigioso definiendo las cuestiones que son objeto de prueba.

La *necesidad probatoria* resulta cuando los hechos constitutivos de la relación procesal requieren verificarse ante la disparidad de versiones que llegan de los escritos de postulación y réplica.

Estos hechos se llaman *alegados* y la posibilidad de confirmarlos depende de que sean *útiles y conducentes*. De otro modo, no puede producirse prueba sobre hechos que no estén articulados por las partes en sus escritos respectivos (art. 364 del código procesal civil y comercial de la nación).

La *conducencia* de la prueba vincula las actividades necesarias para dar eficacia a los hechos que deben acreditarse, siendo éstos, principalmente, los controvertidos.

Del juego operativo que nutre la esencia del proceso advertimos como a cada alegación le corresponde una réplica, de forma tal que los *hechos alegados*, introducidos en los escritos de demanda, reconvención y sus contestaciones, deben probarse únicamente cuando estén controvertidos, es decir, afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra.

Por su parte, son *hechos conducentes*, esto es, pertinentes y útiles, los que inciden con suficiente importancia en el curso de la litis; sin adquirir esta calidad los que, estando contrapuestos no llevan mérito bastante para alterar el contenido hipotético del pronunciamiento definitivo.

Todas estas cuestiones están marcadas por los escritos de postulación y réplica, porque de allí surgen los presupuestos fácticos de la norma que se invoca como fundamento de las respectivas pretensiones, defensas o excepciones.

En sentido opuesto, puede prescindirse de producir la prueba que no es esencial, e inclusive aun, cumplimentada pero pendiente de agregación al expediente, si el juez considera que no la necesita para dictar sentencia.

Junto a estos hechos evidentes o de fácil demostración por contar con medios adecuados para verificarlos, existen otros hechos que completan el cuadro de afirmaciones, pero que se dan en la línea de los signos y posibilidades.

En ellos la prueba se da como resultado de la valoración (argumento del artículo 163 inciso 5° párrafo primero del código procesal civil y comercial de la nación).

## **2.2 ¿Quién puede reclamar?: Calidad de damnificado**

La pertenencia exclusiva del derecho es el dogma del individualismo. Solamente la relación directa e inmediata entre el daño producido y el sujeto afectado permite que éste reclame una indemnización resarcitoria.

La vinculación entre la persona y los derechos se extrema cuando se pretenden aplicar algunas presunciones legales, como son los casos de los artículos 1084 y 1085 del Código Civil, pues se ha sostenido que "no está en el orden natural

de las cosas que resulten afectados patrimonialmente por el fallecimiento de sus progenitores, los hijos mayores de edad y capaces; aun cuando puedan reclamar la indemnización de los daños que les podría haber significado tal fallecimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1079 del código citado, *acreditando la existencia del perjuicio cuyo resarcimiento persiguen*" ( <sup>257</sup> ).

Igual sucede cuando el reclamo lo formulan los padres de la víctima, quienes aparentemente, no estarían encuadrados en las previsiones del artículo 1084 del Código Civil, debiendo por ello demostrar el perjuicio sufrido por todos los medios de prueba disponibles.

El dilema de la presunción merecería mayores comentarios, pero centrando el enfoque al tema de la legitimación procesal en el juicio de daños, se persigue que sea precisamente el damnificado el que reclame. Por ello, en el marco legal recién citado, puede habilitarse a la concubina, o a toda otra persona que pruebe haber sufrido un daño resarcible.

De este modo, al desvincular la acreditación del derecho que tiene quien reclama, permitiendo en su lugar, que pruebe el daño que potencialmente recibe y que le daría derecho indemnizatorio, se modifica sustancialmente la polémica acerca de saber si la legitimación es "jure proprio" o "jure hereditatis".

Actualmente existe este replanteo. La idea consiste en abandonar este dualismo (legitimación del individuo con daño personal y directo) para centrar la noción del derecho a la reparación patrimonial en un derecho de daños. Precisamente, la variable se instala en el hecho antes que en la persona que lo produce. Es decir, producido el daño debe repararse, sin importar tanto quien reclama, aunque sea ello ineludible.

Para la legitimación procesal representa un importante cambio, porque el criterio tradicional observa que, únicamente tienen derecho a la indemnización, quienes sufren una lesión en sus derechos subjetivos o en bienes jurídicamente protegidos que le pertenezcan, de suerte que el accionante pueda ser considerado un damnificado en sentido jurídico y no solo de hecho.

De aceptarse el novedoso temperamento, que proviene de una pujante corriente jurisprudencial, la atención central no estaría en los derechos subjetivos sino en los intereses afectados, sean directos o indirectos ( <sup>258</sup> ).

Es que siendo el daño la lesión a un interés jurídico, y definido el interés como la facultad de actuación en la esfera propia de la persona, para la satisfacción o goce de las necesidades humanas, vale decir, para la consecución de bienes jurídicos, cabe concluir que este instituto, además de cohonestar al damnificado con el resarcimiento, determina la extensión de la tutela judicial al fijar el límite de la pretensión indemnizatoria ( <sup>259</sup> ).

En pocas palabras, el movimiento que produce el derecho de daños en torno a la obligación de probar es menos exigente respecto al daño en sí mismo, pues no se reclama la demostración del perjuicio individual y concreto, mientras quede demostrado el perjuicio sufrido con la amplitud que sostiene el objeto de la verificación.

---

<sup>257</sup>. CNFed., Civil y Comercial, Sala II, diciembre 12/997, en Rev. La Ley, 1998-B, pág. 877.

<sup>258</sup>. Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires la Suprema Corte sostiene que la legitimación para obrar le corresponde a quien resulta titular de la relación jurídica sustancial en que la pretensión se sustenta, prescindiendo de su fundamento; sin embargo, en su nueva composición, ocupó entre los habilitados a tramitar un proceso contencioso administrativo a quienes ostentaran un "interés legítimo" (en el caso "Rusconi" se tuvo como parte al "vecino"), modificación técnica que muestra la trascendencia operada.

<sup>259</sup>. Gozáini, Oswaldo Alfredo, *¿Quién tiene legitimación para reclamar por los disturbios que suceden en el fútbol profesional?*, Revista de Daños nº 2, editorial La Ley, Buenos Aires, 1999, pág.

Es decir que el motivo a probar puede concernir a cualquier repercusión patrimonial en el bien comprometido y quedar verificado con la elasticidad de la prueba misma, la cual puede aceptarse aun al margen de una certeza absoluta.

Claro está que la extensión que se propicia incide en la atribución de responsabilidad pero no supone acordar una indemnización por daños y perjuicios sobre la base de simples conjeturas, sin que medie la prueba indispensable del perjuicio real y efectivamente sufrido, pues no es suficiente la mera mención imprecisa de esperanzas y consecuencias, imposibles de valorar.

### **2.3 ¿Quién fue?: Atribución de responsabilidad**

El régimen procesal establecido para la presentación de la demanda obliga a individualizar al sujeto pasivo indicando su nombre, apellido y domicilio. Es la tradición que sigue la estructura litigiosa que enfrenta personas con derechos opuestos, antes que posiciones disímiles que pueden encontrar fórmulas de acercamiento sobre la base del mismo derecho aplicado.

En materia de daños y perjuicios es común desplazar entre los sujetos pasivos enunciados un sinnúmero de responsabilidades que no se discriminan, dejando que esta tarea sea propia de la función jurisdiccional y un producto natural que se espera de la apreciación de la prueba.

Por ejemplo, la jurisprudencia admite que "si bien la responsabilidad que liga a los coautores de un hecho ilícito es de carácter solidario (conf. artículos 1081 y 1109, Código Civil) y el damnificado no está obligado a investigar la mecánica del hecho que lo perjudica, tal circunstancia no impide que si se demuestra la culpa exclusiva de uno sólo de aquellos, la responsabilidad deba ser atribuida únicamente a éste, con la consecuencia necesaria de la exculpación de los restantes" ( <sup>260</sup> ).

Queda en claro así que al actor le basta con indicar a quienes pretende demandar, y que al Juez le corresponde establecer el grado de responsabilidad de cada uno. Sin embargo esta tarea no es automática, pues depende de la prueba que el interesado haya logrado.

La prueba sustantiva, que difiere como anticipamos de la actividad probatoria en sí misma, cobra relevancia en la especie, porque aquella pretende establecer quien tiene el derecho y las correlativas obligaciones. Mientras que la segunda es una etapa necesaria para el esclarecimiento de los hechos y persuadir al Juez sobre la verdad de lo afirmado.

Por eso se indica que "solo demostrando la existencia de cierto hecho o acto se obtendrá el reconocimiento jurídico y el derecho sancionará el derecho subjetivo y la correlativa obligación o relación jurídica de que se trata. Dicho en otros términos, con la demostración de esos supuestos se gana la eficacia del derecho o de la situación jurídica. Es posible que el hecho o acto exista y, por tanto, el derecho se tenga (o la relación jurídica esté configurada), pero sin demostrar esa existencia aquel derecho se mantiene ineficaz; la eficacia se logra con la prueba" ( <sup>261</sup> ).

En materia civil, la responsabilidad surge del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de las consecuencias, lo cual conduce a señalar la necesaria relación que debe realizarse para establecer la relación causal y el grado de culpa o dolo respectivo.

Cuando el daño reclamado se vincula con las afectaciones íntimas (daño moral), no es necesaria la prueba directa, sino que el Juez debe apreciar las circunstancias de hecho

<sup>260</sup>. CNCiv., Sala H, mayo 15/996, Rev. La Ley, 1996-E, pág. 270.

<sup>261</sup>. Peñailillo Arévalo, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil*, editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, pág. 3.

y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada del sujeto pasivo.

#### **2.4 ¿Qué daños produjo?: Calificación jurídica**

La individualización del agente productor del daño porta la idea de hacerlo responsable, precisamente porque el principio impuesto es que tanto la violación genérica (V.gr.: comisión del hecho ilícito) como el incumplimiento preciso (V.gr: inejecución de obligaciones contraídas) genera el deber de responder a otro.

Este, a su vez, cuando formula la pretensión, debe argumentar el daño padecido y diferenciar la fuente generadora de la responsabilidad civil (a diferencia de la responsabilidad penal, que es de acción pública).

De esta manera, quien demanda debe calificar jurídicamente cada petición en particular y probar, oportunamente, la relación entre los hechos que motivan la acción y el derecho que la sostiene (artículo 377, segundo párrafo, del Código Procesal).

Existe una pauta que orienta esta labor de interpretación del daño y que facilita la argumentación probatoria de cada rubro demandado.

En efecto, la regla parte de la base de estimar que la demanda de daños sostiene un incumplimiento a un deber legal. Quien lo hace debe responder, inclusive, en supuestos donde no podría ser responsable por faltar una condición jurídica determinada (por ejemplo, por no ser el dueño o guardián de la cosa; la actuación involuntaria de un sujeto inimputable; etc.).

Es decir, el actor indica que tal o cual es quien debe indemnizar el daño por ser el autor responsable del perjuicio cuya indemnización solicita. En esta tarea, que involucra además de la identificación del demandado, el rubro concreto que califica (daño emergente, lucro cesante, daño moral, pérdidas e intereses, etc.), es menester probar la ilicitud del obrar, la inexistencia de causales de exculpación, el riesgo creado, entre otros motivos objetivos que generan el factor de atribución.

Claro está que así como se deben confirmar los factores objetivos, es ineludible acreditar la culpa o el dolo del autor.

En conclusión, podemos compartir la síntesis de Tanzi-Alterini (h.) cuando sostienen que "la determinación de los rubros de la cuenta indemnizatoria, adquiere especial relevancia en lo que a la demanda de daños se refiere....Cuando un sujeto, a través de la demanda, solicita un *quantum* indemnizatorio de manera correcta y adecuada a los principios jurisprudenciales sobre el tema, sumado a los requerimientos particulares de cada caso y a los fundamentos jurídicos de la pretensión, es probable que ésta tenga como correlato una sentencia favorable" (262).

#### **2. 5 ¿Cuál es la relación causal?: Prueba objetiva y subjetiva**

Cuando al Juez se le indica que el sujeto demandado es responsable debe probarse esa relación de causalidad entre el hecho y la persona. De esta manera se propicia que la carga que pesa sobre el actor (quien tiene el interés preciso al perseguir de ese demandado un resarcimiento específico) sea para acreditar el dolo o la culpa (factor subjetivo) y la calidad de la conducta reprochable (ilicitud; negligencia; riesgo; etc.).

---

<sup>262</sup>. Tanzi, Silvia Y. – Alterini, Juan M., *La demanda de daños*, editorial Carpetas, Buenos Aires, 1999, pág. 76.

Esta es una prueba de naturaleza objetiva porque persigue acreditar un hecho esencial en la relación jurídica y constitutivo de las cuestiones que deber ser objeto de demostración.

Ya hemos señalado que, si bien es cierto el actor puede no investigar la mecánica del accidente y demandar a todos a quienes estime responsables, también lo es que a él le basta demostrar el daño por todos los medios que tenga a su alcance, inclusive, valerse de la colaboración espontánea o provocada (principio de colaboración entre las partes para la obtención de la prueba) del demandado, quien puede estar en mejores condiciones de llevar al proceso el esclarecimiento necesario sobre la producción del evento ( <sup>263</sup> ).

En suma, el actor debe demostrar que el sujeto pasivo a quien atribuye responsabilidad es quien debe responder.

El esfuerzo siguiente ocupa a un aspecto subjetivo de la prueba, o mejor dicho, del daño padecido.

Se trata de verificar que las sumas reclamadas en concepto de resarcimiento no son exageradas ni imprudentes, aun cuando pueda eximirse de un probable abuso de derecho introduciendo la frase *"o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse en autos"*, que cuenta con el manto permisivo que trae el artículo 165 del Código Procesal.

Cuando el daño es objetivamente comprobable, por ejemplo, cuando la culpa es contractual, no existen demasiados inconvenientes para resolver el monto principal de la condena.

El problema surge en el área extracontractual donde se aplica el principio de equidad consagrado en el artículo 1069 del Código Civil ( <sup>264</sup> ).

## **2.6 ¿Cuál es el valor del daño?: Prueba objetiva y subjetiva**

Este es uno de los problemas más complejos a resolver, debido a que se trata de dar un precio al daño que, en definitiva, constituirá el importe de la indemnización.

Cuando se tratan de daños patrimoniales la dificultad es mínima en la medida que se puede ponderar con suficiente exactitud y dar un juicio justo entre el valor reclamado y el valor resarcido.

Por ejemplo, el daño emergente tiene una pauta objetiva a considerar en los accidentes de tránsito, toda vez que sería irrazonable otorgar por el ítem "gastos de reparación del vehículo" un concepto equivalente al de adquirir un automóvil nuevo.

Pero si el resarcimiento se justifica con las pruebas tradicionales (V.gr.: documental, testimonial y pericial) la oposición del demandado debe necesariamente probarse en contrario por éste, ya que esas circunstancias

---

<sup>263</sup>. "Si bien el derecho positivo no ha receptado la opinión mayoritaria de la doctrina nacional en el sentido de que la sola presencia de la infracción dañosa genera una presunción relativa de culpa que desplaza la carga de la prueba hacia el accionado, de modo tal que éste debe probar su no culpa o el caso fortuito, ello no constituye un obstáculo para que en función del marco normativo que nos ofrece el Código Procesal, se pueda exigir una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos que hacen a la controversia" ( CNCiv., Sala D, mayo 12/992, en Tanzi-Alterini, ob. Cit., pág. 197).

<sup>264</sup>. "Los jueces al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola, si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable". También el artículo 907 del mismo ordenamiento permite que: "Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima".

constituyen hechos invalidantes, impeditivos u obstativos a un derecho afirmado por el actor

Igual sucede con otros rubros como la "depreciación del automotor" donde no procede la reparación, si el demandante no acredita que el precio obtenido por la venta eventual del rodado fuera inferior al que se podría conseguir de no haberse producido el accidente. Es decir, se trata de equivalentes probatorios donde la medición es precisa y objetiva, por lo cual la prudencia judicial queda marginada por la carga de la prueba. Esto es que si el actor prueba el daño causado y los valores estimados o reclamados, el Juez no podría apartarse de tal congruencia económica.

Hay puntos intermedios, tal como ocurre en la "privación del uso del vehículo" porque la imposibilidad de utilizar el automóvil por un tiempo determinado no implica, necesariamente, la existencia de perjuicios resarcibles a favor del quien los reclama. Por ende, éste debería demostrar su procedencia en forma fehaciente o, cuanto menos, brindar parámetros que permitan asegurar la conformación de un perjuicio que exceda las meras molestias o padecimientos que la carencia de un vehículo pueda ocasionar para quien tiene cierta expectativa de contar con el mismo (<sup>265</sup>).

Es verdad que la privación, por sí misma, es un perjuicio; pero también lo es que la magnitud del gravamen queda circunscripto a la estimación razonable y fundada que el actor realice, y a la apreciación objetiva de la prueba sobre este punto en particular.

Las variables y manifestaciones del punto son demasiadas para contarlas en una reseña como la que formulamos, bastaría agregar como ejemplo otro caso donde las dudas no se esclarecen con la contundencia probatoria. Así, cuando se demanda el resarcimiento por violación de una caja de seguridad, la configuración y cuantía del daño no podrá extraerse de una prueba directa, sino de *presunciones* que varían en cada caso en particular, pues exigir del peticionario una demostración rigurosa e inequívoca de la veracidad del contenido de la caja, implicaría hacer recaer sobre él una carga cuyo cumplimiento es impracticable (<sup>266</sup>).

En cambio, lo atinente a la prueba de la afectación sobre la sensibilidad humana tiene dos cuestiones que es preciso resolver anticipadamente.

Cuando la vida humana se pierde, se dice que el menoscabo lo sufren otros a quienes les asiste el derecho a ser resarcidos por la pérdida de esa vida truncada.

Por otro lado, se piensa que la vida tiene un valor en sí misma y que la indemnización que se otorga a sus sucesores tiene carácter "*iure hereditatis*".

Asimismo, cuando los daños los sufre una persona, también la doctrina se posiciona en dos direcciones: quienes afirman que toda afectación constituye un perjuicio indemnizable patrimonialmente en la medida que se acredite el daño sufrido; y quienes sostienen que el daño a la persona está referido al menoscabo que se produce en los derechos de la personalidad, como un derecho resarcitorio diferente al menoscabo patrimonial (<sup>267</sup>).

La dialéctica que surge de las ideas confrontadas se refleja en la ciencia procesal como un ejemplo de la falta de articulación que tiene el proceso respecto a la evolución constitucional.

---

<sup>265</sup>. CNCom., sala A, diciembre 30/998, Rev. La Ley, 1999-B, 558.

<sup>266</sup>. CNCiv., sala A, diciembre 7/996, Rev. La Ley 1999-B, 825

<sup>267</sup>. Cfr. Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, tomo 2 C, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1q994, pág. 38.

En efecto, la persona humana no puede continuar el rumbo que visualizó el individualismo, aquél que en materia probatoria circunscribe la indemnización a la demostración cabal y precisa del daño a un derecho subjetivo. Actualmente, el hombre existe y co-existe en pacífica convivencia.

Sostiene Fernandez Sessarego que "...el derecho ha sido imaginado por el hombre para que cumpla el rol social de proteger a cada persona humana, en armonía con el interés comunitario, a fin de que pueda realizarse plenamente en cuanto a ser libre que proyecta y realiza su vida en el tiempo. La tutela de la persona humana, en su dimensión coexistencial, es incuestionablemente, la misión esencial y básica del derecho.....Se suele aludir, por ello, a un personalismo que se constituye al mismo tiempo como un solidarismo jurídico, en un pertinaz afán por encontrar un justo equilibrio entre la más amplia tutela que se debe dispensar a la persona y el interés social que le alcanza y comprende en tanto ser coexistencial..." ( <sup>268</sup> ).

Evidentemente, sostener un tránsito tan copernicano para la jurisprudencia tradicional, significaría cambiar el sentido de la indemnización para tornar de resarcimiento a la ejemplificariedad. Lo cual supone, al mismo tiempo, despojarse del individualismo propio del sistema procesal que tutela los derechos subjetivos para observar la dimensión del daño en torno a la sociedad donde se produce y genera efectos disvaliosos.

Pero este no sería el punto específico de estas meditaciones. Se trata solamente de advertir que la prueba en los daños sobre las personas tiene estas situaciones que condicionan la suerte de una reparación indemnizatoria.

Por eso se sostiene que para la fijación del "quantum" del daño moral debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado. No es necesario que guarde relación con el daño material, pues no se trata de un accesorio a éste ( <sup>269</sup> ).

La prueba sobre la afectación es totalmente indirecta, al punto que se sostiene en factores subjetivos que, evidentemente, tornan dificultosa la ponderación judicial.

Ahora bien, la apreciación pendula entre las dos posiciones antes dichas someramente. Mientras algunos sostienen que no se trata de cuantificar el dolor humano en base a la situación económica de la víctima, sino de elaborar pautas medianamente objetivas que conduzcan a un resultado equitativo. Otros indican que en nuestro derecho se reparan los sufrimientos provocados por el dolor en todas sus manifestaciones humanas legítimas, siempre que exista sobre ellos prueba directa que trasciendan la mera estimación del sinsabor o fastidio por los malestares sufridos.

En materia de responsabilidad contractual, el reclamo por daño moral es indispensable que se abastezca con la prueba del perjuicio directo, en razón de que no se puede confundir la inquietud propia del mundo de los negocios con el derecho a un resarcimiento legítimo ( <sup>270</sup> )

---

<sup>268</sup> . Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, editorial Normas Legales, Trujillo (Peru), 1995, pág. 82

<sup>269</sup> . CNCom., sala B, setiembre 8/997, Rev. La Ley, 1999-B, 849.

<sup>270</sup> . CNFed. Civil y Com., sala III, octubre 2/997, Rev. La Ley, 1999-B, 809.