

Adolfo Alvarado Velloso

Profesor de Derecho Procesal

LA PRUEBA JUDICIAL

(Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)

Rosario

2007

Sumario:

1. El concepto y su relación con el vocablo *prueba*
2. Los problemas filosófico-políticos de la confirmación procesal
 - 2.1. Política legislativa en cuanto a la confirmación procesal
 - 2.2. Actividad del juzgador en la etapa confirmatoria
3. Los problemas técnicos de la confirmación procesal
 - 3.1. Objeto (qué puede ser confirmado)
 - 3.2. Tema (qué debe ser confirmado)
 - 3.3. Fuente (de dónde se extrae la confirmación)
 - 3.4. Incumbencia (quién debe confirmar): sistemas.
 - 3.5. Medios (cómo se confirma)
 - 3.5.1. En general
 - 3.5.1.1. Comprobación
 - 3.5.1.2. Acreditación
 - 3.5.1.2.1. Instrumento
 - 3.5.1.2.2. Documento
 - 3.5.1.2.3. Monumento
 - 3.5.1.2.4. Registro
 - 3.5.1.3. Mostración
 - 3.5.1.4. Convicción
 - 3.5.1.4.1. Confesión
 - 3.5.1.4.2. Juramento
 - 3.5.1.4.3. Peritaje de opinión
 - 3.5.1.4.4. Testimonio
 - 3.5.1.4.5. Indicio y presunción
 - 3.5.2. En particular
 - 3.5.2.1. "Prueba" de confesión
 - 3.5.2.1.1. Requisitos
 - 3.5.2.1.2. Retracción
 - 3.5.2.1.3. Valoración judicial
 - 3.5.2.1.4. Absolución de posiciones
 - 3.5.2.2. "Prueba" de documentos
 - 3.5.2.2.1. Requisitos
 - 3.5.2.2.2. Valoración judicial
 - 3.5.2.3. "Prueba" de peritos
 - 3.5.2.3.1. Requisitos
 - 3.5.2.4. "Prueba" de testigos
 - 3.5.2.4.1. Requisitos
 - 3.5.2.4.2. Valoración judicial
 - 3.5.2.5. "Prueba" de informes
 - 3.5.2.5.1. Requisitos
 - 3.5.2.6. "Prueba" de indicios y presunciones
 - 3.5.2.6.1. Requisitos
 - 3.5.2.7. "Prueba de inspección ocular"
 - 3.5.2.7.1. Requisitos
 - 3.6. Procedimiento (cuándo se confirma)
 - 3.6.1. Etapas
 - 3.6.1.1. Ofrecimiento
 - 3.6.1.2. Aceptación
 - 3.6.1.3. Admisión
 - 3.6.1.4. Producción
 - 3.7. Etapa de alegación
 - 3.7.1. Evaluación por las partes
 - 3.7.2. Evaluación por el juzgador
 - 3.7.2.1. Sistema tasado
 - 3.7.2.2. Sistema convictivo
4. Conclusiones finales

1. EL CONCEPTO DE CONFIRMACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL VOCABLO *PRUEBA*

Al igual que otras muchas palabras que se utilizan habitualmente en el Derecho, el vocablo *prueba* también ostenta carácter multívoco y, por tanto, causa equivocidad al intérprete y extraordinaria perplejidad al estudiante.

En efecto: si castizamente el verbo *probar* significa *examinar las cualidades de una persona o cosa* y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa —y a salvo su tercera acepción vulgar de justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa, con razones, instrumentos o testigos— parece que es, al menos, excesiva la extensión que desde antaño se ha dado en el derecho a la palabra *prueba*. Y así, se la usa con diversos significados que muestran entre sí claras diferencias sustanciales que no pueden ser toleradas por la inteligencia media.

Una rápida visión panorámica por la doctrina autoral nos muestra que hay quienes le asignan a la palabra *prueba* un exacto significado científico (*aseveración incontestable* y, como tal, *no opinable*), en tanto que muchos otros —ingresando ya en el campo del puro subjetivismo y, por ende, de la opinabilidad— hablan de:

- *acreditación* (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de
- *verificación* (es comprobar la verdad de algo), y de
- *comprobación* (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de
- *búsqueda de la verdad real*, de *certeza* (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de
- *convicción* (resultado de precisar a uno, con razones eficaces, a que mu-
de de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etcétera.

En estas condiciones, haciendo un uso extensivo del vocablo que, así, resulta omnicompreensivo de muchos significados que ostentan diferencias de matices que se exhiben tanto como sustanciales cuanto levemente sutiles, los códigos mezclan el *medio* (y el *resultado*) de la *prueba pericial*, por ejemplo, con el *medio confesional*, el *documental* con el *testimonial*, etcétera, y —para mayor confusión— no otorgan paralelamente al juzgador reglas claras para efectuar una adecuada valoración acerca de lo que en realidad puede obtenerse como resultado confiable con cada uno de tales medios, que se muestran siempre harto disímiles entre sí.

Insisto en ello: la experiencia judicial enseña que la *confesión* ha dejado de ser la *prueba por excelencia*: ¡cuántos padres asumen la autoría de delitos cometidos por sus hijos, confesándola espontáneamente para salvarlos de una segura prisión que admiten cumplir por amor o como deber emergente

de la paternidad!¹ O, inmoralmemente, ¡cuántas personas aceptan ir a la cárcel por dinero que le abonan los verdaderos autores de los delitos imputados y que aquéllas confiesen haber cometido en homenaje a concretar un vil negocio!²

Y con estos ejemplos de rigurosa actualidad, ¿puede decirse seriamente que esta “prueba” es segura a punto tal de erigirse en la más eficaz de todas las “pruebas” (la *probatio probatissima*)?

El derecho procesal penal acepta desde hace ya muchos años que la confesión no es un *medio de prueba* —cual lo sostienen alegremente todos los procesalistas civiles— sino un *medio de defensa* que puede o no esgrimir el imputado a su exclusiva voluntad...³

Otro ejemplo de la relatividad del “medio probatorio” puede verse en el *testimonio de terceros*: ¿hay algo más cambiante y menos convincente que la declaración de un tercero procesal que muchas veces se muestra teñida de clara o de velada parcialidad? O, sin llegar a ello, sujeta a un cúmulo de imponderables que resultan por completo ajenos al juzgador?

Para demostrar tal relatividad, recuerdo que en el año de 1880, el codificador procesal de Santa Fe —en la Argentina— legisló en norma todavía vigente:

“La admisibilidad de la prueba testimonial no puede ser objeto de controversias. Los jueces deberán decretar *siempre* el examen de los testigos, sea cual fuere su opinión al respecto”⁴.

¿Y qué decir de la tan fácilmente posible adulteración de documentos escritos o de registraciones fotográficas o visuales, de fotocopias, etcétera?

Como se ve, el tema es de la mayor importancia y exige una adecuada explicación.

En el plano de la pura lógica, cuando una *afirmación* cualquiera (el cielo es azul, por ejemplo) es *contestada* (negada: por ejemplo, el cielo no es azul) por alguien, pierde de inmediato la calidad de *verdad definitiva* con la cual pudo ser expresada y se convierte, automáticamente, en una *simple proposición* que requiere ser *demostrada* por quien desea sostenerla⁵.

No puede escapársele al lector —dados los alcances de la ciencia actual— que, por otra parte, *existen afirmaciones científicas definitivamente incontables*: por ejemplo, la existencia de la *ley de gravedad*, la rotación del planeta alrededor del sol, etcétera⁶.

¹ Personalmente, conozco más de un caso en que así ocurrió.

² Varios son los casos de los que informa la historia de la mafia estadounidense.

³ Lamentablemente no puede decirse lo mismo en el campo del litigio civil pues allí se mantiene —claro que inconstitucionalmente en algunos países, como luego se verá— la *confesión provocada* por medio de la absolucón de posiciones.

⁴ ¡Cómo estaría de desprestigiada esta *prueba* que fue menester ordenarle a los jueces desde la propia ley que no juzgaran acerca de su bondad antes de disponer su producción!

⁵ Eso es, precisamente, una *tesis* y una *antítesis*.

⁶ Cuántas cosas se han superado después de la absurda muerte de Giordano Bruno, mártir

Adviértase que si se lanza un objeto hacia el cielo, por ejemplo, inexorablemente caerá: una o un millón de veces (en rigor, tantas cuantas se arroje el objeto). Esto permite la formulación de una *ley física* cuya existencia se probará *siempre*, en *todo tiempo*, en *todo lugar* y por *toda persona*, sin admitir jamás la posibilidad de la existencia de opiniones encontradas acerca de ella.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, si se desea verificar el movimiento de la Tierra: Galileo Galilei ya no podría tener contestatarios⁷...

de la libertad ideológica, sacrificado por el oscurantismo medieval en el año de 1600 y en el *Campo dei fiori*, por desconocer y contradecir la afirmación de Tolomeo que, repitiendo la teoría aristotélica, sostenía que la Tierra era el centro del universo y que un ángel la hacía girar sobre su propio eje cada veinticuatro horas y a su alrededor daban vueltas el sol y los demás planetas entonces conocidos. El delito de Bruno, por el cual fue condenado por la Santa Inquisición, consistió en sostener que el Sol era el centro del universo...

⁷ En el año de 1635, el gran catedrático de matemáticas de la Universidad de Padua fue juzgado por el Tribunal de la Inquisición –convertido a la sazón en el grande y máximo defensor de la fe– por haber sostenido fundadamente la revolucionaria tesis que ya había sostenido el polaco Copérnico, otra vez en franca contradicción de la tesis de Tolomeo.

Vale la pena leer el reconocimiento de *su error* por parte de Galileo, pues ello posibilita la plena comprensión del problema que estoy relatando y que ya he mencionado largamente y con detalle en mi librito *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio* ((ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2005). Resta agregar que fue firmado de rodillas en el gran salón de la Inquisición y en presencia de todos los Cardenales del Santo Oficio, gracias a lo cual se le perdonó la vida y sólo se le condenó a tres años de reclusión y a rezar una vez a la semana los siete salmos penitenciales. El texto con el que cuento de ello es el siguiente:

“Yo, Galileo Galilei, hijo del difunto Vincenzo Galilei, florentino, de edad de setenta años, comparezco ante este Santo Tribunal y de rodillas ante Vuestras Eminencias... juro que siempre he creído, creo y, con la ayuda de Dios, creeré en el futuro todo lo que sostiene la Santa Madre Iglesia Católica, Apostólica y Romana. Mas, dado que tras una prohibición absoluta que me fue impuesta judicialmente por este Santo Oficio para que abandonara por completo la falsa opinión de que el Sol es el centro del mundo y permanece inmóvil mientras la Tierra no se halla en el centro y se mueve, y para que no defendiera y enseñara de ningún modo, ni de palabra ni por escrito, dicha doctrina, y tras serme notificado que esa doctrina era contraria a las Sagradas Escrituras, yo escribí e hice imprimir un libro en el que discutía esa doctrina ya condenada, y aduzco en su favor argumentos de mucha fuerza, sin ofrecer a la vez su refutación, y por esta causa el Santo Oficio me ha declarado vehemente sospechoso de herejía (¡otra vez la *sospesa vehementi*!), es decir, de haber sostenido y creído que el Sol está en el centro del universo e inmóvil y que la Tierra no está en el centro y se mueve. Por eso, como deseo borrar de las mentes de Vuestras Eminencias y de la de todos los cristianos creyentes esta grave sospecha, que razonablemente habéis concebido contra mí, con sincero corazón y no fingida buena fe, abjuro de los errores y herejías dichos, y los maldigo y detesto, como en general a todas las demás sectas que de algún modo sean contrarias a lo que dice la Santa Madre Iglesia, y juro que en el futuro jamás volveré a decir ni a afirmar nada que pudiera dar origen a similares sospechas. Al contrario, lo denunciaré ante este Santo Oficio o al Inquisidor Ordinario del lugar. Además, juro y prometo cumplir y observar en su integridad cuantas penitencias me sean impuestas y cualesquiera otras que se me impongan por este Santo Oficio. Así Dios me ayude y estos Santos Evangelios que con mi mano toco. Yo, Galileo Galilei, he abjurado, jurado y prometido obligándome a lo que arriba digo y, en prueba de la verdad de ello, con mi propia mano suscribo el presente documento de mi abjuración, que he recitado palabras por palabra en Roma, en el Convento de Santa María Supra Minerva, en este día del 22 de junio de 1633”.

La historia cuenta que, al retirarse del lugar y visiblemente alterado por lo que acababa de hacer, golpeó el piso con su pie y exclamó: *jeppure, si muove!* (¡Y, si embargo, se mueve).

En ambos casos, hay una *prueba científica* acerca de la proposición.

Compare ahora el lector estos resultados definitivamente incontestables con el que arrojan cuatro testimoniales acerca de un mismo hecho: la experiencia judicial demuestra hasta el hartazgo que, aun si los testigos obran de buena fe, darán versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas (recuerde el lector la magnífica obra de Marco Denevi “*Rosaura a las 10*”⁸ y comprobará cuán exacta es esta afirmación).

Y es que, además de que cada testigo es *él y sus propias circunstancias* (su salud, su cultura, su educación, su inteligencia, su agudeza mental y visual, su poder de observación, etcétera), resulta que un testigo puede ver un hecho desde un ángulo diferente al que ocupa otro para ver el mismo hecho (esto es corriente en el ámbito judicial cuando –desde cuatro esquinas de una misma bocacalle, por ejemplo– cuatro personas presencian un accidente de tránsito. Interrogadas testimonialmente al respecto, presentarán siempre versiones que pueden ser muy diferentes y que –esto es importante de destacar– pueden ser *todas reales* aunque luzcan antagónicas).

Y es que son *subjetivamente* reales, toda vez que en tanto uno vio el choque desde el norte, por ejemplo, otro lo vio desde el sur. Y parece obvio señalar que, en tales circunstancias, ambos testigos vieron de verdad cosas realmente diferentes.

Esta enorme diferencia conceptual existente entre los diversos “medios de prueba” hace que la más moderna doctrina se abstenga de utilizar dicha palabra *prueba* y prefiera el uso del vocablo *confirmación* (significa *reafirmar una probabilidad*): en rigor, una afirmación negada se *confirma* con diversos medios que pueden generar *convicción* (no *certeza* o *crédito*) a un juzgador en tanto que no la generan en otro.

De tal modo, no necesariamente se confirma siempre con prueba científica (o prueba propiamente dicha) que no admite opinabilidad alguna.

Ya se verá más adelante cuántas implicaciones técnicas tiene la adopción de la palabra *confirmar*, dándole a ella el amplio sentido que en el derecho ha tenido hasta ahora la palabra *probar*.

2. LOS PROBLEMAS FILOSÓFICO - POLÍTICOS DE LA CONFIRMACIÓN

Varios y disímiles son los problemas que muestra el tema cuando se pretende conocerlo en toda su extensión.

El primero de los principales de ellos –filosóficamente, el más importante y, políticamente, el más contradictorio– tiene que ver con la asignación del papel que le toca cumplir al juzgador respecto de la actividad de *confirmar los hechos*: se trata de determinar *a priori* –desde la propia ley– cuál debe ser su actuación procesal en cuanto a la búsqueda y captación de los hechos

⁸ La novela está diagramada sobre la exclusiva base de distintos testimonios, ninguno de los cuales concuerdan entre si.

litigiosos.

El segundo de los problemas aludidos tiene que ver con los *deberes y facultades* que los jueces *deben o pueden* ejercitar durante el desarrollo de la etapa confirmatoria.

Los trataré a continuación.

2.1. LA POLÍTICA LEGISLATIVA EN CUANTO A LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

Analizando la actividad que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria (o *probatoria*, en el lenguaje habitual), la doctrina y las diferentes leyes han establecido parámetros muy disímiles en orden a la filosofía que inspira al legislador de una normativa dada.

En otras palabras: son distintas las respuestas que pueden darse en cuanto a la tarea que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria, debatiéndose acerca de si le toca

- *verificar* los hechos, o bien si debe
- *comprobarlos*, o
- *acreditarlos*, o
- *buscar la certeza de su existencia* o
- *la verdad real de lo acontecido en el plano de la realidad* o, más simplemente,
- contentarse con *lograr una mera convicción* acerca de los hechos controvertidos en el litigio (advierta el lector la correspondencia existente entre estas posibles actividades y las referencias efectuadas en cuanto al concepto de prueba en el número anterior).

Por cierto, entre cada una de tantas inocentes palabras –que se presentan como equipolentes en el lenguaje diario– existe diferencia sustancial.

En rigor, un mundo de distancia que separa inconciliablemente a quienes practican el *autoritarismo*⁹ procesal (clara muestra de *totalitarismo político*) –que los hay, y muchos– de quienes sostienen que el proceso no es *medio de control social* o de *presión* sino que es *garantía de libertad* en un plano constitucional.

Esta separación conceptual no es novedosa, ya que tiene profundas raigambres en la historia, tanto antigua como reciente. En la actualidad, los bandos antagónicos se hallan claramente configurados: por un lado existe una decidida vocación popular (claro producto de la inseguridad reinante en nuestros países) –sostenida por numerosos medios de información¹⁰– que pregonla la

⁹ Se entiende por *autoritario* lo que se funda o apoya exclusivamente en la autoridad. Pero también refiere al que abusa de su autoridad o la impone a todo coste. De donde viene *autoritarismo*, que menciona al abuso de autoridad o a la existencia de sumisión total a ella.

¹⁰ Convertidos hoy en jueces definitivos de las conductas de los hombres al amparo de la notable ineficiencia del Poder Judicial cuyos pronunciamientos, además, condiciona grave-

necesidad actuar de inmediato y de castrar al violador, matar al homicida, cortar la mano del ladrón, aumentar las penas de los delitos de moda, hacer que no haya excarcelación, etcétera.

Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidaria*, generadora del *solidarismo penal*¹¹ y éste, a su turno, del *solidarismo* o *decisionismo*¹² *procesal*, y se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más *activos*, más *viriles* (en el decir de algún estudioso), más *comprometidos con su tiempo*, con la Verdad y con la Justicia.

En contra de esta posición existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, de la del orden legal vigente en el Estado en tanto ese orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución.

En otras palabras: los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales.

A esta posición filosófica que se muestra antagónica con el *solidarismo procesal* (no quiere ni admite castrar ni matar ni cortar la mano de nadie *sin el previo y debido proceso legal*) se le da el nombre de *garantista* o *libertaria* (por oposición a la antagónica, claramente *totalitaria*).

No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la Justicia, la Verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la Verdad?

Pero no se trata de abandonar o sustituir esas banderas para siempre sino – así de simple– de no colocarlas por encima de la Constitución (ruego recordar que los códigos procesales nazi, fascista y comunista soviético pretenden un juez altamente comprometido con la filosofía política imperante en el

mente.

¹¹ Se entiende por ser *solidario* el mostrar o prestar adhesión o apoyo a una causa ajena, idea de la cual surge el *solidarismo*, considerado como una corriente destinada a ayudar altruistamente a los demás. La idea se ha impuesto hace años en el derecho penal y, particularmente, en el derecho procesal penal, donde existen autores y numerosos jueces animados de las mejores intenciones que, solidarizándose con la víctima de un delito, tratan de evitarle a ella un estado de *revictimización* que podría operar, por ejemplo, con sólo enfrentarla al victimario. Este movimiento doctrinal y judicial se ha extendido también hacia los procesalistas que operan en el campo de lo civil, donde ha ganado numerosos y apasionados adeptos. Reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata –nada menos– que de ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal o peor defendido, etcétera. Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esta forma, vulnera la igualdad procesal.

¹² Se entiende por *decisionismo* el movimiento formado por ciertos jueces solidaristas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente.

gobierno del Estado. Y ruego también recordar en qué y cómo terminaron los países que todo ello proclamaban...!)¹³.

Recuerde el lector que la *Inquisición española*, por ejemplo, procurando la Verdad y con la confesada vocación de hacer Justicia a todo trance, institucionalizó la *tortura* como adecuado método para lograr los fines que se propusiera...

El *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces – insisto que comprometidos *sólo con la ley*– declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos y lograr a la postre el mantenimiento de la paz social.

Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento...

Como se ve, el tema es reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas antagónicos de enjuiciamiento: *inquisitivo y dispositivo*, que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesa civil.

En efecto: reitero acá que los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de *mayores poderes instructorios*; a tal punto, que se ha llegado al glorioso extremo de sostener algún autor la irrelevancia del debate procesal cuando al juez actuante –sin escuchar previamente a aquél contra quien se dirige la pretensión (¿!) y que ha de sufrir de inmediato los efectos de la respectiva orden dirigida contra él– *le parece que quien pretende tiene directamente la razón* (... se habla de la existencia de *indicios vehementes*...).Y por ello, aconsejan doctrinalmente otorgársela sin más (por ejemplo, en lo que denominan como *medidas auto-satisfactivas*, que serán oportunamente objeto de otro estudio).

En cambio, los procesalistas penales –que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no sólo con sus patrimonios)– exigen cada día con más fuerza ¡que se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez!

En fecha relativamente reciente –1998– ha comenzado la vigencia de un nuevo código procesal penal en la Provincia de Buenos Aires (Argentina) que, enrolado en un claro sistema acusatorio, *prohíbe bajo pena de nulidad que el juez decrete oficiosamente medios de confirmación!*

¹³ Hay autores que ironizan con esta afirmación y me imputan que, con ella, pretendo instaurar la mentira y la injusticia en el proceso. Nada más alejado de la realidad. Lo que afirmo es que el juez, por buscar el valor puramente subjetivo de la justicia –que siempre ha de procurar– no debe dejar de cumplir la fundamental función que deben realizar todos los jueces, que consiste en tutelar efectivamente los derechos prometidos en la Constitución y en la Ley y, con ello, posibilitar el mantenimiento de la paz en la convivencia social.

Extraño movimiento conceptual éste que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende *penalizar cada vez más al proceso civil, se civiliza cada vez más el proceso penal...*¹⁴

2.2. LA ACTIVIDAD DEL JUZGADOR EN LA ETAPA CONFIRMATORIA

El tema merece una aclaración previa: en toda esta obra, el capítulo que aquí desarrollo es el que mejor permite explicar cómo se ha llegado a una situación de crudo enfrentamiento doctrinal, toda vez que ahora cabe definir y ampliar o limitar la actividad de los jueces en cuanto a la tarea de confirmar procesalmente.

Para que se entienda cabalmente el tema, es menester recordar muy brevemente la historia de los sistemas de enjuiciamiento que ya explicado en otra oportunidad¹⁵.

Durante casi toda la historia del Derecho –en rigor, hasta la adopción irrestricta del *sistema inquisitivo* como perverso método de enjuiciamiento, admitido políticamente y justificado filosófica y jurídicamente durante casi ¡seiscientos años!– se aceptó en forma pacífica y en todo el universo entonces conocido que al juzgador –actuando dentro de un sistema *dispositivo*– sólo tocaba establecer en su sentencia la *fijación de los hechos* (entendiéndose por tal la definición de aquéllos acerca de los cuales logró durante el proceso la *convicción de su existencia*, sin que preocupara en demasía a este sistema si los así aceptados coincidían *exactamente* con los acaecidos en el plano de la realidad social) y, luego, aplicar a tales hechos la norma jurídica correspondiente a la pretensión deducida.

La irrupción del sistema inquisitivo generó entre sus rápidamente numerosos partidarios una acerba crítica respecto de esta *posibilidad de no coincidencia* entre los hechos aceptados como tales en el proceso y los cumplidos en la realidad de la vida social.

Y esta fue la causa de que la doctrina comenzara a elaborar larga distinción entre lo que los autores llamaron la *verdad formal* (la que surge de la sentencia por la simple fijación de hechos efectuada por el juez a base de su propia convicción) (específica del *sistema dispositivo*) y la *verdad real* (la que establece la plena y perfecta coincidencia entre lo sentenciado y lo ocurrido en el plano de la realidad) (propia del *sistema inquisitivo* pues, a la postre, antaño se sabía que la verdad era fuente de poder y eficiente instrumento de dominación)¹⁶.

¹⁴ ¿Cómo puede comprender este desfase un alumno de Derecho? ¿Cómo explicarle que el juez de lo penal, que maneja derechos no disponibles, *no puede salir a probar a favor de una de las partes* en tanto que el juez de lo civil, que habitualmente sí maneja derechos disponibles, *no sólo puede sino que debe salir a probar a favor de una y en contra de otra de las partes procesales*? ¿No se ve que esto, además de ilegítimo, es absolutamente esquizofrénico?

¹⁵ Ver cita en nota # 7.

¹⁶ Últimamente, distinguido docente de Derecho Penal –Ricardo Juan Caballero, *La Justicia*

Por supuesto, la función del juzgador cambia radicalmente en uno y otro sistema:

a) en tanto en el primero el juez sólo debe buscar –con clara imparcialidad en su actuación– el otorgamiento de *certeza* a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos aceptan acerca de cuáles son los hechos discutidos), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida,

b) en el segundo el juez actúa –comprometiendo su imparcialidad– como un verdadero *investigador* en orden a procurar la *Verdad* para lograr con ella hacer *Justicia* conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor, convirtiéndose así en una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud...

El tema no sólo es fascinante. Es preocupante. Gravemente preocupante.

Quienes aconsejan adoptar legislativamente la figura del *juez investigador* lo hacen partiendo de la base de que la Verdad y la Justicia son *valores absolutos*.

El asunto no es novedoso: el pensamiento griego se ocupó largamente de él al plantear los problemas axiológicos, entre los cuales cabe recordar uno de los de mayor importancia: ¿puede decirse que los valores de la vida *valen por sí mismos*, esencialmente, o, por lo contrario, que valen tan sólo porque *alguien los valora*...?

En otras palabras: los valores, como tales, ¿son *absolutos* o *relativos*? (Una puesta de sol o la *Gioconda*, por ejemplo, ¿son absoluta y esencialmente bellas o son bellas relativamente para mí, que las encuentro bellas, en tanto que pueden no serlo para otro?)

Traído el problema al terreno judicial parece fácil de resolver. En efecto: piénsese en un juzgador justiciero que, con rectitud y honestidad de espíritu, hace todo lo que está a su alcance para llegar a la *verdad real* de los hechos sometidos a su juzgamiento.

Y, después de ardua búsqueda, cree haber logrado esa verdad –en rigor, *la Verdad*, única y con mayúsculas– y, a base de ella, emite su fallo, por ejemplo, *absolviendo* al demandado o reo.

Adviértase que esta óptica muestra a la Verdad como un valor absoluto. De tal modo, *la Verdad es una e idéntica en todo tiempo y lugar y para todas las*

inquisitorial, (ed. Ariel Historia, 2003)— ha efectuado notable aporte a la ciencia procesal, al desentrañar el auténtico sentido histórico de la palabra *real* cuando adjetiva al sustantivo *verdad*. Utilizando al efecto una óptica diferente a la tradicional, afirma él que en tiempos de las primeras monarquías absolutas no existía el hoy conocido *estado de inocencia* sino una obvia *presunción de culpabilidad* emergente de la mera imputación efectuada por el propio rey –con inspiración divina, naturalmente– y que esa afirmación era nada menos que la *verdad real*: la *verdad del rey*, no la afirmación que coincide con la realidad de la vida. Por tanto, la búsqueda de la verdad real por parte del juez que actúa inquisitivamente, tiene el único objeto de hacer coincidir el resultado de objeto investigado con lo querido por el rey. Tal cual ocurre hoy, sólo que la coincidencia no se produce con el querer real sino con la voluntad del mismo juez que ha efectuado la imputación!

personas por igual.

Piénsese también en que ese fallo es impugnado por el demandante o acusador perdidoso y, así, elevado el asunto a un tribunal superior donde también hay juzgadores justicieros, con igual o mayor rectitud y honestidad de espíritu que el juez inferior. Imagine ahora el lector que tales juzgadores, después de ardua búsqueda, creen haber llegado por ellos mismos a la *Verdad* –otra vez con mayúscula– que, lamentablemente, no coincide con la que había pregonado el inferior... Y, de tal manera, revocan su sentencia y, en su lugar, *condenan* al demandado o reo.

Y parece obvio destacar que la *segunda Verdad* debe primar por sobre la *primera Verdad*, por simple adecuación lógica del caso a la verticalidad propia de los estamentos que integran el Poder Judicial, en el cual *la Verdad* será sólo la que declare el último juzgador previsto como tal en el sistema de que se trate....

Lo primero que se le ocurrirá al lector –de seguro– es que lógicamente no pueden coexistir *dos Verdades antagónicas* acerca de un mismo tema, a menos que, en lugar de ser *la Verdad*, ambas sean la simple *verdad* de cada uno de los juzgadores (en rigor, *sus verdades*, que pueden o no coincidir con la *Verdad*).

Adviértase que, desde esta óptica, la verdad es un *valor relativo*. De tal modo, lo que es justo para uno puede no serlo para otro o lo que fue justo en el pasado o aquí puede no serlo en el presente o allá¹⁷.

En otras palabras, hay *tantas verdades como personas pretenden definir-las*¹⁸ (recuérdese, por ejemplo, que Aristóteles justificó la esclavitud...

¹⁷ La aseveración de la relatividad del concepto de *verdad* es bíblica y lo que allí se cuenta está vigente hasta hoy inclusive.

El *Evangelio* de Juan (18, 33-38) relata el siguiente diálogo ocurrido cuando Poncio Pilatos interroga a Jesús privadamente:

“... Pilatos entró de nuevo en el Pretorio, llamó a Jesús y le dijo:

- ‘¿Eres tú el Rey de los judíos?’ Jesús respondió:

- ‘¿Dices esto por ti mismo o te lo han dicho otros de mí?’ Pilatos contestó:

- ‘¿Es que soy yo judío?’

- ‘Tu pueblo y los sumos sacerdotes te han entregado a mí. ¿Qué has hecho?’ Jesús le dijo:

- ‘Mi reino no es de este mundo. Si mi reino fuera de este mundo, mis súbditos lucharían para que no fuese entregado a los judíos. Pero mi reino no es de aquí’. Pilatos le dijo:

- ‘¿Luego, tú eres Rey?’

- ‘Tú lo dices’ respondió Jesús. ‘Yo soy Rey, yo he nacido y he venido al mundo para esto, para dar testimonio de la verdad; todo el que es de verdad, escucha mi voz’. Pilatos le dijo:

- ‘¿Qué es la verdad?’

¹⁸ Esta afirmación es de total obviedad. Si *verdad* es la exacta correspondencia entre la realidad y el pensamiento, resulta difícil –por no decir imposible– alcanzarla con la sola y pura actividad de razonar. Y ello por varias cuestiones que *condicionan* al hombre en esa tarea: 1) *sus sentidos*: quien carece de ellos no tiene la facultad de percibir. Pero, además, los hombres no los tienen desarrollados de idéntica forma, lo que origina diferentes grados de percepción; 2) *su cultura*: la formación intelectual y espiritual que genera una capacidad

¿Quién piensa lo mismo hoy?).

El problema ejemplificado excede el marco de una explicación lineal del tema. Pero sirve para comprender cabalmente que la *simple posibilidad de que el juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior* muestra que *la verdad* (así, con minúscula) es un *valor relativo*.

Si esto es correcto –y creo firmemente que lo es– ¿cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante *el deber de buscar la verdad real*...? ¿Cuál es la lógica de tan imprudente imposición?

Sin embargo, exactamente eso ha ocurrido en casi todas las legislaciones procesales (civiles y penales) del continente con el auspicio de importantes nombres de autores de prestigio que, increíblemente, continúan pontificando acerca de la necesidad de brindar más y mayores potestades a los jueces para buscar esa Verdad, a todas luces inalcanzable...

Soslayando momentáneamente la exposición, debo decir aquí y ahora que ese continuo otorgamiento de mayores facultades a los jueces ha convertido a muchos de ellos en *normadores primarios*, alejándolos del formalismo propio del sistema de la dogmática jurídica, donde deben actuar exclusivamente como *normadores secundarios* (creando la ley sólo cuando ella no está preordenada por el legislador).

Y esto ha traído enorme desconcierto en los justiciables, que se enfrentan no con un sistema que permite prever las eventuales soluciones de los jueces, sino con una suerte de realismo absolutamente impredecible, en el cual cada juzgador –no sintiéndose vinculado a orden jurídico alguno– hace literalmente lo que quiere... Cual el cadí¹⁹.

Sentadas estas ideas básicas para la plena comprensión del tema, sigo adelante con su explicación.

Es dato conocido por todos que la serie procesal comprende cuatro pasos: *afirmación, negación, confirmación y alegación* (o evaluación o conclusión).

Se sabe también que el desarrollo de tal serie sigue un orden estricta y puramente lógico, por lo que resulta *invariable* (no puede comenzar con la etapa de *negación* o con la de *confirmación*, por ejemplo) e *inmodificable* (en orden a mantener los principios que hacen a la existencia del *debido proceso*, no puede eliminarse alguna de dichas etapas, lo que desgraciadamente

de conocimiento diferente entre los distintos hombres; 3) *su lenguaje*: la clave de la comunicación humana está en la *lengua*, claro producto social que posibilita la comunicación entre los hombres (repárese que un individuo puede aprender solitariamente a caminar. Pero no puede hacer lo mismo con el habla). En la actualidad vamos en camino de dejar de entendernos para siempre; 4) *su inteligencia*: nueva obviada. Es precisamente en este campo donde existen las más extraordinarias desigualdades; 5) *sus pasiones, instintos y deseos e inclinaciones*, todos claros condicionantes de la facultad de percibir; 6) *la sociedad en la cual vive*: el hombre piensa de acuerdo al lugar, al momento y a la gente con la cual convive. Es decir, la cultura general media lo condiciona nueva, severa y definitivamente.

Tan diferentes son *las verdades de los hombres* que Terencio sostuvo que *la verdad engendra el odio*... Igual ocurría en *La Celestina* (acto segundo): *mal me quieren mis comadres porque digo las verdades*...

¹⁹ Juez musulmán que interviene con amplias potestades en las causas civiles y religiosas.

ocurre en la Argentina, donde se sacrifica la *seguridad jurídica* para lograr –ilusoriamente– mayor celeridad procesal..!).

En razón de que el objeto del proceso es la *sentencia*, en la cual el juzgador debe *normar específicamente* (aplicando siempre la ley preexistente o creándola al efecto en caso de inexistencia) el caso justiciable presentado a su decisión, parece obvio señalar que debe contar para ello con un adecuado conocimiento del litigio a efectos de poder cumplir con su deber de resolverlo.

Por cierto, todo litigio parte siempre –y no puede ser de otra manera– de la afirmación de un *hecho* como acaecido en el plano de la realidad social (por ejemplo: le vendí a Juan una cosa, la entregué y no me fue pagada; Pedro me hurtó algo), hecho al cual el actor (o el acusador penal) encuadra en una norma legal (...quien compra una cosa debe abonar su precio; el que hurta...re...). Y, a base de tal encuadramiento, pretende (recuerde el lector que –lógicamente– no puede haber demanda civil ni acusación penal sin pretensión) el dictado de una sentencia favorable a su propio interés: que el juzgador condene al comprador a pagar el precio de la cosa vendida o a cumplir una pena...

Insisto particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) sin *hechos afirmados* que le sirvan de sustento.

De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idéntica a lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado *en el presente* debe analizar hechos que se dicen cumplidos *en el pasado*.

Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en tanto éste puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido –y, por ello, los muestra y glosa– el juzgador debe *encuadrarlos necesariamente en una norma jurídica* (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para *lo futuro*, declarando un derecho y, en su caso, condenado a alguien al cumplimiento de una cierta conducta.

En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el *presente* los hechos acaecidos en el *pasado* y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el *futuro* para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales.

3. LOS PROBLEMAS TÉCNICOS DE LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

De lo precedentemente explicado se desprende ahora la extrema importancia del tema en cuestión: la ley debe regular con todo detalle

- *qué puede* ser confirmado (*objeto* de la confirmación),
- *de dónde debe extraerse* la confirmación (*fuentes* de la confirmación),
- *qué debe* ser confirmado (*tema* de la confirmación),
- *quién* debe confirmar (*incumbencia* de la confirmación),

- *cómo* ha de hacerse la confirmación (*medios* de confirmación),
- *cuándo* y *dónde* ha de hacerse la confirmación (*procedimiento* de la confirmación).

Todo ello será explicado a continuación.

3.1. EL OBJETO DE LA CONFIRMACIÓN (O DE LA PRUEBA) (*QUÉ PUEDE SER CONFIRMADO*)

Ya he recordado recién que todo litigio supone, esencialmente, *la afirmación de un hecho* ocurrido en el plano de la realidad social.

Por tanto, el objeto de la confirmación *será siempre un hecho* susceptible de ser confirmado.

Con esta aseveración queda fuera del campo confirmatorio todo lo que sea *ley en sentido formal* y a partir de la fecha de su vigencia (es decir, toda norma que ha cumplido el trámite constitucional relativo a su sanción, promulgación y publicación).

Tal ley se supone conocida por todos –sin admitir prueba en contrario²⁰– y, particularmente, por el juzgador, para quien rige en este aspecto la regla procesal *iura novit curiæ* (el juez conoce el derecho).

De este modo, constituyen *verdaderos hechos* a los fines confirmatorios todas las expresiones de la *ley en sentido material* no formal: las resoluciones generales no publicadas en el Boletín Oficial respectivo, las ordenanzas municipales, los convenios colectivos de trabajo, los usos y la costumbre, etcétera y, por supuesto, la ley extranjera en cualquiera de sus formas.

Claro está: esto que *puede ser confirmado no siempre debe serlo*. Para elucidar sobre qué debe versar la confirmación, hay que desarrollar el punto siguiente.

3.2. EL TEMA DE LA CONFIRMACIÓN (O DE LA PRUEBA) (*QUÉ DEBE SER CONFIRMADO*)

Ya se ha visto que –en el desarrollo de la serie procesal– la etapa confirmatoria viene después de la correspondiente a la de negación por el demandado (o imputado) de los hechos afirmados por el actor (o acusador).

Si ambos contendientes están de acuerdo acerca de la existencia de los hechos afirmados (es decir: no hay negación de ellos y, por tanto, no hay *hechos contradictorios*), se acostumbra a decir entre los procesalistas que miran exclusivamente a la pretensión civil que no hay *controversia*, de modo que la *cuestión es de puro derecho* y, por ende, *nada hay que confirmar en*

²⁰ Cód. Civil argentino, art. 20.

el respectivo proceso.

Obviamente, no puede ocurrir cosa similar cuando la pretensión es penal, respecto de la cual el imputado no tiene carga de contestar al ampararse sólo en su *constitucional estado de inocencia*.

A este supuesto de *no controversia* quedan legalmente equiparados en innumerables leyes procesales los casos referidos a *contestación evasiva y admisión tácita de hechos por falta de negación específica*. Por cierto, lógicamente quedan equiparados a los de esta especie los *hechos admitidos* y los *hechos presumidos por la ley*.

Por lo contrario, si en la etapa pertinente hubo negación, de entre todos los hechos que en general son susceptibles de ser confirmados, en el caso concreto habrán de serlo sólo y exclusivamente los *hechos controvertidos* (son los hechos afirmados por una parte y negados por la otra).

Puede ocurrir también a veces que, maguer no existir negación en el caso y, por ende, no haber hechos controvertidos acerca de los cuales tenga que recaer la tarea confirmatoria, *el actor deba confirmarlos del mismo modo que si hubieran sido negados*: esto ocurre siempre que:

- a) esté comprometido el *orden público* (por ejemplo, en los litigios que versan acerca de cuestiones de estado de familia). Doctrinalmente, este supuesto se conoce con la denominación de *cuestión de demostración necesaria*;
- b) haya *respuesta en expectativa* de los defensores de ausentes, de los herederos de un causante, del curador de un insano, etcétera, a quienes la ley autoriza a no negar hechos (que obviamente no pueden conocer por boca de sus defendidos) y permite que efectúen una negativa genérica sólo para provocar el contradictorio.

En ambos supuestos, la confirmación debe ser efectuada del mismo modo que si hubiera mediado negativa expresa respecto de la pretensión deducida.

De tal forma, se da la denominación de *tema de confirmación* a lo que la parte que afirmó un hecho *negado* (o de *demostración necesaria*) *debe confirmar aquí y ahora* para que su pretensión quede expedita al momento de ser sentenciada por el juzgador.

Sin embargo, y no obstante haber sido negados en la etapa respectiva de un proceso, hay varios tipos de hechos respecto de los cuales se acepta uniformemente en la doctrina que son insusceptibles de ser confirmados: los *evidentes*, los *normales*, los *notorios*, los *presumidos por la ley* y los *negativos*.

En otras palabras, no importa al efecto si son negados o no en la respectiva etapa procesal: tales tipos de hecho están *exentos de confirmación*, por las razones que seguidamente se verán en cada caso.

a) *Hechos evidentes*

Son los conocidos por *todos* los integrantes de una sociedad dada y que, por ende, integran el conocimiento propio del juez producido por el diario vivir

como integrante de aquella. Por ejemplo, nada hay que justificar para sostener que durante el día se tiene mejor visión que por la noche, en la cual los objetos en general se ven con mayor dificultad, o que en el invierno hace más frío que el verano (por supuesto, es tema de confirmación la alegación contraria).

Esta afirmación no contradice otra anterior: cuando referí que el juez no puede hacer valer su *conocimiento personal* del hecho litigioso queda obviamente excluido todo lo que el juez puede conocer y conoce como cualquier otro hombre –y todos los hombres– por el sólo hecho de serlo²¹.

b) *Hechos normales de convivencia*

En una sociedad dada, son los que conforman un nivel medio generalizado de comportamiento entre los coasociados, que permite al juez –que también lo practica y lo observa en sus propias relaciones sociales– aceptarlo como *conducta normal del grupo social*.

Y es que cuando cualquier hombre observa que algo se verifica siempre de la misma manera en todos o en el mayor número de casos, aplica ese resultado de *generalidad* a todo supuesto acerca del cual deba emitir opinión, entendiendo que es altamente posible que ocurra en particular lo que siempre acontece en general.

Casi todos estos hechos aparecen casi siempre como *presumidos por la ley*: la *buena fe* en las relaciones humanas, la *finalidad lucrativa* de los actos de comercio, la *capacidad* de la persona adulta, etcétera. Pero en nada empece al concepto la circunstancia de que alguna ley no los presuma.

c) *Hechos notorios*

Son los conocidos y aceptados pacíficamente por muchas personas (no por *todas*, como el hecho *evidente*) en una cultura, sociedad o medio determinado. Por ejemplo, el horario de la rueda de negocios en pleito entre corredores de Bolsa; la ubicación de un hospital en pleito entre médicos que trabajan en él y relacionado con un daño allí producido; etcétera.

Hasta aquí parece clara la conceptualización²² y la utilidad de esta clasificación fáctica, que tiene en mira el no hacer pesar sobre el incumpliente el incumplimiento de una carga confirmatoria, posibilitando así la dispensa judicial de tal inactividad. En otras palabras: si se niega un hecho y luego no se confirma por quien lo invocó, el juez puede tenerlo por confirmado so capa de que, para las partes, es *hecho notorio*.

Pero el tema acerca del cual cabe reflexionar no es *si el hecho notorio lo es para las partes sino si lo es para el juzgador*, quien debe tenerlo o no por

²¹ Es importante insistir en este concepto. No se trata de que el juez traiga a colación su conocimiento personal *como testigo* de los hechos litigiosos sino de que aplique lo que sabe por la simple circunstancia de ser ciudadano del lugar. Así, si alguien afirma que Argentina está en Sudamérica y su contrario lo niega, no hará falta informe alguno de la Oficina Cartográfica del lugar para tener por acreditado tal extremo del pleito...

²² Realmente no lo es sino que se presenta como ambiguo y con contenidos no siempre comprensibles. Se trata de un concepto tomado de antiguos brocárdicos romanos y traídos al relativamente moderno derecho procesal, donde se acepta sin mayor rigorismo técnico.

confirmado.

En efecto: ¿por qué debe saber un juez el horario de la rueda de la Bolsa de Comercio o la ubicación de un inmueble dentro del ejido municipal?

Si no lo sabe y, por ello, el propio juez concurre a constatar tal horario o tal dirección, se aparta de los deberes que puede ejercitar en un sistema acusatorio, siendo ilegítimo lo que haga al respecto en razón de violar con ello su propio deber de imparcialidad. Y si no hace, ¿cómo lo sabe?

Estas preguntas determinan que el tema referido a esta clase de hechos no sea pacífico en la doctrina. Hay quien opina –y creo que con razón– que han sido instituidos doctrinal y jurisprudencialmente en el sistema inquisitivo que nos rige como un medio para evadir y superar el límite investigativo que fija la falta de controversia acerca de la existencia de un determinado hecho. De tal forma, y por la vía de la invocación a este tipo de hecho, el juez puede hacer valer su propio saber personal respecto de tema que se halla vedado para él en orden a lo debatido y confirmado en el litigio. Y esto no es jurídicamente bueno y conspira contra toda idea de imparcialidad judicial.

d) *Hechos presumidos por la ley:*

Son los que la ley admite como ciertos, aceptando (presunción *juris tantum* o *relativa*) o no (presunción *jure et de jure* o *absoluta*) prueba en contrario.

Por ejemplo: es *matrimonial* el hijo nacido durante el matrimonio o hasta trescientos días después de disuelto; la *concepción de un hijo* se produce entre los trescientos y los ciento ochenta días anteriores al nacimiento; etcétera.

d) *Hechos negativos:*

Son los que importan la alegación de una omisión o de una calidad o cualidad negativas.

Por ejemplo,

- la afirmación de que una letra de cambio no fue presentada al cobro por su tenedor (afirmación de *omisión*), o
- la afirmación de que alguien no es integrante de una asociación cualquiera (negación de *calidad*), o
- la afirmación de que alguien no es buena persona (negación de *cualidad*).

Como fácilmente puede ser comprendido, el hecho negativo no admite un medio de confirmación *directo* –no puede ser percibido lo que no existe– sino sólo *indirecto*, mediante la confirmación de un hecho positivo que descarte lógicamente al negativo (insisto: no puedo probar que soy soltero pero sí que soy casado, con lo cual descarto la soltería).

Todos estos supuestos, aunque afirmados y negados en la controversia, quedan –y siempre deben quedar– exentos de toda confirmación procesal directa por parte de quien los afirmó como sustento de su pretensión.

No obstante, pueden ser confirmados indirectamente a través de la acreditación de la existencia de *hechos positivos* que necesariamente los excluyen,

cuya carga confirmatoria puede variar en cada caso y que generalmente pesa o debe pesar sobre la parte que lo invocó (no sobre la que lo negó).

Por ejemplo, nada puede confirmar el marido que impugna una filiación matrimonial afirmando no haber tenido cohabitación con su mujer durante el tiempo que ley presume que se operó la concepción (hecho negativo), cosa que si es sencillo para la mujer ya que para ella es un *hecho positivo*.

Igualmente, nada debe confirmar quien afirma que no le fue presentada al cobro una letra de cambio porque le resulta materialmente imposible hacerlo²³. En cambio, bien puede acreditar tal circunstancia el tenedor, con sólo presentar testigos al efecto.

3.3. LA FUENTE DE LA CONFIRMACIÓN (O DE LA PRUEBA) (DE DÓNDE SE EXTRAE LA CONFIRMACIÓN)

En la doctrina contemporánea, no son muchos los autores que refieren a este tema y, cuando lo hacen, parecería que alguien confunde el *origen* (persona, cosa o lugar) donde puede ocurrir el interesado para procurarse el conocimiento de un determinado hecho, con el *mismo hecho que se procura confirmar*. Basta efectuar una simple lectura de alguna obra que trate el tema para advertir sin más la veracidad de este aserto.

Tal vez por eso es que la mayoría de los autores no desarrolla el tema, abordándolo tangencialmente al explicar cuáles son los *medios de confirmación*.

A mi juicio, conviene detenerse en la formulación del concepto de *fuentes* toda vez que la cabal comprensión del fenómeno permitirá al estudioso distinguir entre *medio* y *fuentes* de confirmación.

Una simple reflexión acerca del tema posibilita distinguir lógicamente entre

²³ Esto ha sido denominado desde antaño en la doctrina como *prueba diabólica*. No obstante ello, hay leyes que ignoran el problema y que, por ende, generan una carga confirmatoria que no puede ser cumplida en los hechos, con las consecuencias que de ello se derivan. Adviértase la entidad del problema señalado: si yo afirmo que *no soy deudor* o que *el deudor no me pagó* o que *no cometí el delito que se me imputa*, por ejemplo, no puedo confirmarlo de manera alguna pues es imposible percibir directamente lo que no existe.

Y cuando las leyes generan una carga confirmatoria de este tipo, resulta claro que es de *cumplimiento imposible*.

En esta línea legislativa está, por ejemplo, el Decreto-Ley 5965/ 63 (incorporado al Código de Comercio de Argentina) que, al establecer la posibilidad de que una letra de cambio se emita con la *cláusula sin protesto*, añade en su artículo 50: "...Esta cláusula no libera al portador de la obligación de presentar la letra de cambio en los términos prescritos ni de dar los avisos correspondientes. *La prueba de la inobservancia de los términos incumbe a quien lo invoca en contra del portador*".

¿Cómo puede hacerlo? ¿Y si el documento es pagadero a la vista? Y si, además, debe ser pagado en el domicilio del acreedor, cosa que es corriente en la operatoria bancaria actual?

- la *persona que declara* (fuente del conocimiento que deja llegar a la comprensión del hecho) y
- la *declaración que la misma persona hace ante un juzgador* acerca de ese hecho (*medio* por el cual se confirma).

Y esta diferenciación logra que el intérprete pueda ver distintas condiciones o requisitos en ambas ideas: en tanto que, por ejemplo, el *testigo* –como *fuentes*– tiene que mostrar un mínimo de capacidad (edad, no insania, etcétera), de comprensión inteligente y de conocimiento del hecho (de lo contrario, no sería *fuentes*), su declaración debe exhibir una clara ajenidad respecto del litigio y ajustarse estrictamente al deber de decir la verdad...

Así las cosas, la confirmación de un hecho cualquiera debe ser buscada por el interesado en las siguientes posibles fuentes:

- 1) las *personas físicas* que lo conozcan y puedan declarar acerca de su existencia en el plano de la realidad social. Tales personas son las *propias partes litigantes* y los *terceros ajenos a ellas* y, por ende, no interesados en el resultado final del litigio.

Sus declaraciones son aportadas al proceso por diferentes *medios*, que luego se explicarán y que se distinguen según que la declaración la efectúe la propia *parte litigante* (*confesión*) o un *tercero* que, a su turno, puede ser simple conocedor de hechos (*testimonio*) o capacitado para emitir una opinión fundada acerca de alguna ciencia, técnica, industria, arte, etcétera (*peritaje*);

- 2) las *personas jurídicas*, (que, obviamente, no pueden *declarar*) respecto de las constancias que se hallan registradas en los libros que la ley les ordena llevar en debidas condiciones. La aportación confirmatoria se hace por el medio conocido como *expedición de informes* que, al igual que los anteriormente citados, explicaré más adelante;

- 3) los *documentos* (utilizo por ahora el vocablo en su más absoluta generalidad, aunque luego se verán mejores precisiones sobre su concepto) en los cuales las partes han dejado plasmado un hecho al cual han asignado relevancia jurídica para lograr la eventualidad de acreditar su existencia en el futuro.

La aportación confirmatoria se efectúa por el medio conocido como *documental* (o instrumental), no importando por ahora si el respectivo documento pertenece o está en poder de las partes o de terceros. Tampoco importa mucho para cierta doctrina que tales documentos sean instrumentos públicos o privados, anotaciones escritas no firmadas, fotografías o cualquier tipo de registración similar, facsímiles, mojonos, etcétera: a todos les otorga el mismo tratamiento y, así, las leyes, resultan final y ferrozmente confusas para el intérprete...;

- 4) los *lugares, cosas o personas* que pueden ser captados por los sentidos del juzgador para producirle convicción acerca de algún hecho referente a ellos.

La respectiva aportación confirmatoria es el *reconocimiento* que el propio juzgador debe hacer de tales personas, cosas o lugares por la vía del

medio conocido como *inspección ocular*
Ya veremos todo ello desde otra óptica...

3.4. LA INCUMBENCIA DE LA CONFIRMACIÓN (O DE LA PRUEBA) (QUIÉN DEBE CONFIRMAR)

Si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio, es menester proporcionarle legalmente reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra.

Pues bien: el problema de determinar a quién le incumbe aportar al proceso la confirmación de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra (itero que esos son los *hechos controvertidos*) es tan antiguo como el derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos.

Parece ser que en los juzgamientos efectuados en los primeros períodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado —luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser confirmados— convocaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí a quién le incumbía hacerlo sobre la exclusiva base de *la mejor posibilidad de confirmar* cada uno de los hechos controvertidos.

De aquí en más pesaba en el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atribuido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar.

Llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba que carecía de *hechos* (en rigor de verdad, de confirmación —o prueba— acerca de esos hechos) o de *norma* que pudiera aplicar clara y directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso dejando subsistente el conflicto que lo había originado.

A este efecto, decía *non liquet* —no lo veo claro²⁴— y, por ello, se abstenía de emitir sentencia (si bien se piensa ese *no juzgamiento* es lo que se conoce doctrinalmente con el nombre de *sobreseimiento*).

Pero en algún momento de la historia fue menester cambiar la pauta relativa a la *mejor posibilidad o facilidad de confirmar* pues ella estaba —está— conformada por criterios de *pura subjetividad* y, por ende, de *total relatividad*: adviértase que lo que puede resultar fácticamente sencillo de hacer para uno puede ser imposible para otro.

Cuando el pretor dejó de establecer en cada caso concreto a quién incumbía la tarea de confirmar a base de la facilidad que tenía para hacerlo y se gene-

²⁴ *Nihil habere quod liqueat*: no sacar nada en claro.

ró una regla de carácter general, la cosa cambió: ahora, la incumbencia de “probar” (confirmar) comenzó a pesar exclusiva y objetivamente en cabeza del propio actor o pretendiente (en rigor, quien había *afirmado el hecho litigioso* y no del que lo había negado, por sencillo que le resultara “probar” lo contrario). Y ello quedó plasmado en el brocárdico *el que afirma, prueba*, de uso judicial todavía en la actualidad.

A mediados del siglo XIX, el codificador argentino advirtió el grave problema que entraña la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet* y decidió terminar con ella. Y así, estableció en el art. 15 del Código Civil que

“Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”.

Otro tanto ha ocurrido en casi todos los países de América latina.

No obstante tal disposición, el problema se mantuvo idéntico hasta hoy, pues la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de *carencia de norma* pero dejó irresuelto el supuesto de *carencia de hechos* o, mejor aún, de *carencia de prueba acerca de esos hechos*.

Y ello porque la regla que establece que *el que afirma, prueba* resultó incompleta por su excesiva latitud²⁵. Otro tanto ocurre respecto del llamado *hecho negativo*²⁶.

Ya que, según se ve, el problema no fue resuelto por el codificador, la doctrina procesalista ha debido encarar el tema y buscar su solución a base de pautas concretas y de pura objetividad.

Para ello se han sustentado diversas teorías, defendidas y criticadas con ahínco por los estudiosos que se han ocupado del tema.

Y entre ellas, comenzando por reiterar algunas de las ya mencionadas al presentar el problema, se ha dicho que incumbe la carga confirmatoria:

- a) al *actor* en todos los casos, pero le otorga esta calidad al *demandado* en cuanto a sus excepciones;
- b) a *quien afirma un hecho* y no al que simplemente lo niega;
- c) al *actor* respecto de los hechos en que se basan sus pretensiones, y al *demandado* en cuanto los que justifican sus excepciones;
- d) a *quien alega un hecho anormal* respecto del estado habitual de las cosas, ya que la normalidad se presume lógicamente;
- e) a *quien pretende innovar* en una relación cualquiera, entendiendo con ello que lo que se modifica es la normalidad;
- f) a *cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la*

²⁵ Y es que –como ya se ha visto en el texto– hay hechos que no pueden ser confirmados: cuando yo afirmo en un proceso; por ejemplo, que *soy soltero* y ello es negado por la contraparte, no hay forma de acreditarlo. Por lo contrario, podrá hacerse respecto de los otros estados civiles (casado, viudo, divorciado, separado) con la mera exhibición de la partida respectiva, pero nunca de la soltería.

²⁶ Ver la nota 23.

norma jurídica que le es favorable (esta tesis ha sido recibida y es norma expresa en la mayoría de las legislaciones contemporáneas). En rigor de verdad, si se comprende sistémicamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a qué atenerse;

- g) *a quien busca lograr un cierto efecto jurídico;*
- h) *a quien tiene interés en que un hecho afirmado sea considerado como verdadero;*
- i) *a quien afirma un cierto tipo de hecho*, que luego explicaré con detenimiento.

En general, nada de ello ha servido para hacer sencilla la regla de juzgamiento implícita en la determinación de la incumbencia de la carga de confirmar. Antes bien, todas las tesis reseñadas han sido desinterpretadas por la jurisprudencia, generando así algunas veces un caos evidente que resulta imposible de soportar.

A mi juicio, la mejor forma de explicar el tema se ha logrado a partir de la aplicación de la pauta citada precedentemente en el punto f), generadora de reglas que cubren todos los supuestos fácticos susceptibles de ser esgrimidos en un proceso, dejando con ello definitivamente erradicada la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet*.

Tales reglas indican que debe tenerse en cuenta el tipo de *hecho* que se afirma como sustento del encuadre o implicación jurídica que esgrime el pretendiente en su demanda o quien se defiende en oportunidad de deducir excepciones.

Debe quedar claro ahora que se entiende por *hecho* la *acción y efecto de hacer algo* o, mejor aún, *todo acontecimiento o suceso susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de un derecho u obligación*.

Así concebido, un hecho puede ser producido por la *naturaleza* (granizo, inundación) o por el *hombre* (contrato, daño).

Reiterando: a los efectos de esta explicación, el *hecho* puede ser:

- a) *generador del derecho o de la responsabilidad* que se afirma en la demanda como fundante de una pretensión cualquiera, y
- b) *eximente de responsabilidad o demostrativo de la inexistencia del derecho* pretendido, que se afirma como fundamento fáctico de una excepción cualquiera.

Y, ahora sí, ya se puede explicar que debe confirmar quien alega la existencia de un *hecho constitutivo*, de un *hecho extintivo*, de un *hecho invalidativo*, de un *hecho convalidativo* o de un *hecho impeditivo*, no importando al efecto que sea el actor o el demandado quienes lo hayan invocado. Veamos qué es cada uno de ellos.

- a) *Hecho constitutivo:*

Es el que sostiene todo pretendiente al imputar responsabilidad o demandar

la declaración de un derecho con basamento en ese específico hecho, del que afirma que emerge el efecto pretendido.

Por ejemplo, se sostiene en la demanda la existencia de un préstamo de dinero que no ha sido devuelto, o la comisión de un ilícito civil generador de responsabilidad aquiliana o, en términos similares, que ha transcurrido el plazo necesario para que la posesión pueda derivar en derecho de propiedad o para declarar la prescripción liberatoria, etcétera.

Caso de *ser negado* el hecho constitutivo, debe ser confirmado por el propio pretendiente y nada debe hacer al respecto el demandado que simplemente lo ha negado.

Si la confirmación es convincente para el juez, ganará el pleito el actor. Caso contrario, lo perderá sin que el demandado haya realizado tarea alguna al respecto;

b) Hecho *extintivo*:

Es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o evitar la declaración del derecho pretendido a base del hecho constitutivo, pues implica por si mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho.

Por ejemplo, el demandado sostiene al oponer excepciones en la etapa de negación que ha pagado la obligación cuyo cumplimiento le reclama el actor o que la posesión alegada fue interrumpida, etcétera.

Caso de *ser alegado* este tipo de hecho, debe ser acreditado exclusivamente por el propio excepcionante, con lo cual se releva de toda carga confirmatoria al actor respecto del hecho constitutivo alegado por él.

En otras palabras: si el excepcionante afirma haber pagado el mutuo alegado por el actor, debe confirmar dicho pago. Y, nótese bien, en este caso nada debe confirmar el actor en cuanto al hecho constitutivo por él alegado, toda vez que no se justifica lógicamente la afirmación de un pago sin reconocer implícitamente la existencia del préstamo que tal pago extinguió.

Así, toda la tarea confirmatoria pesará en el caso sobre el excepcionante, quien ganará el pleito en el supuesto de lograr la respectiva confirmación y lo perderá en el caso contrario (y, así, ganará el actor aunque nada haya hecho en el campo confirmatorio).

Como se ve y se ratificará luego, en el juego de posibles confirmaciones se trabaja siempre sólo sobre el último hecho afirmado en la cadena de *constitución, extinción, invalidación y convalidación* antes referida;

c) Hecho *invalidativo*:

Es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho constitutivo o un hecho extintivo del hecho constitutivo alegado para fundar la respectiva pretensión.

Por ejemplo: si Pedro sostiene que contrató un mutuo con Juan, afirmando que éste recibió el dinero y que no lo devolvió oportunamente (*hecho constitutivo*) y, a su turno, Juan afirma que pagó a Pedro tal dinero (*hecho extintivo*).

vo), el mismo Pedro puede alegar ahora que el pago se hizo indebidamente a un tercero (*hecho invalidativo*) y que, por ende, no lo recibió; por tanto, como quien paga mal debe pagar dos veces, espera ahora la condigna condena a su favor.

Este tipo de hecho debe ser confirmado por quien lo alega. Caso de no hacerlo (y sólo este hecho, ya que el constitutivo se encuentra exento de confirmación –pues es lógico presumir que quien pagó es porque debía– y que el hecho extintivo también está exento de confirmación –ya que si se afirma que el pago es inválido es porque se reconoce el hecho de haber sido realizado–) ganará el pleito el que alegó el último hecho implícitamente aceptado: el del pago, al que se tendrá como existente).

d) *Hecho convalidativo*:

Es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho invalidativo de un hecho extintivo de un hecho constitutivo.

Por ejemplo, si en el caso recién relatado, Juan reconoce haber pagado a un tercero y afirma que, a la postre, éste entregó el dinero al propio Pedro –con lo cual recibió finalmente su acreencia– parece claro que la invalidez del pago ha quedado convalidada.

De modo similar al expresado antes, aquí Juan habrá de confirmar sólo el hecho convalidativo, quedando todos los demás fuera de la tarea confirmatoria. Y resultará con ello que ganará el pleito si logra hacerlo y lo perderá en caso contrario.

(Sé que a esta altura de la explicación ella se asemeja grandemente a una suerte de extraño trabalenguas. Pero insisto con la buscada repetición de palabras pues creo que de tal forma ayudo a que el lector fije definitivamente el concepto);

e) *Hecho impeditivo*:

Es el que afirma una parte sosteniendo la ausencia en el hecho constitutivo o en el hecho extintivo de alguno de los requisitos generales que son comunes a todas las relaciones jurídicas (por ejemplo, la capacidad de las partes, la libertad con la cual fue expresado el consentimiento –cuando éste es necesario– la existencia de vicios del consentimiento, la ilicitud de la causa obligacional, etcétera).

Similarmente, es el que refiere a la ineficacia del *proceso como medio* para debatir en él la pretensión (por ejemplo, se afirma que el juez actuante es incompetente, que el actor carece de personalidad, que la demanda es oscura, etc.).

La carga de confirmar este tipo de hecho pesa exclusivamente sobre la parte que lo invocó.

Con toda esta compleja elaboración para determinar con precisión a quién incumbe la carga de confirmar en el proceso, se ha llegado a establecer desde la propia ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos suficientes confirmatorios productores de convicción.

En efecto: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, un buen peritaje que responde al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de confirmar. No le hace falta hacer esa indagación.

En cambio, si el juez carece de elementos confirmatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de confirmación (ver *supra*, # 2.2.) y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía confirmar determinado hecho y no lo hizo.

Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió confirmar su afirmación y no lo hizo*, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento *non liquet* como su propia actuación confirmatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio.

Sostuve antes que las reglas de la *carga de la prueba* constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de confirmar sin *de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio*.

Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo para lograr parámetros de pura objetividad a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegurando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años.

Al comienzo, y sin entender bien el concepto de *carga*, alguna jurisprudencia la hizo pesar *sobre ambas partes por igual* (¿!).

Por ejemplo, durante la década de los 60 rigió en la Argentina una ley que congelaba todas las locaciones de inmuebles urbanos e impedía actualizar el monto del alquiler a menos que el inquilino *tuviera suficientes medios de fortuna (u otras propiedades) como para poder pagar un canon liberado*. Este precepto –que en la jerga tribalística se denominó como de *inquilino pudiente*– generó una ola de pleitos en los cuales el actor debía lograr del juez la plena convicción de la *pudencia* del inquilino, cosa que no era fácil de hacer. Como en rigor de verdad se trataba de una “*prueba*” *diabólica* por el carácter local de los diversos Registros de Propiedades con que todavía cuenta el país, algunos jueces comenzaron a imponer una suerte de extraña inversión o complementación de la carga confirmatoria, sosteniendo que la *pudencia* era un hecho que debía ser acreditado *por ambas partes por igual*.

Por cierto, el argumento reñía con la técnica procesal y, sobre todo, con la

lógica²⁷.

Con posterioridad, conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa *ética de la solidaridad* entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación.

A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribal²⁸, por lo que merece ser sepultada en el olvido.

Sin embargo, actualmente tal doctrina ha ido mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de confirmar

Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse *posmodernista*, algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado.

En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones – haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países– y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia confirmatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la *facilidad* o de la mejor *posibilidad de “probar”*.

Con estos alcances es que se habla hoy de las *cargas dinámicas probatorias* que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato.

Para que se entienda adecuadamente la seriedad de la crítica, debo recordar que hay códigos en América latina que nada establecen en cuanto al

²⁷ Recuerdo ahora que al momento de juzgar un magistrado una de dichas causas sosteniendo esta tesis, fue interrogado por otro juez –que quería hacerle ver las dificultades propias del problema– acerca de cómo debía ser resuelto un pleito en el que la misma idéntica carga pesara por igual sobre ambos contendientes sin que ninguno de ellos hubiera logrado cumplirla. Y el interrogado respondió muy suelto de cuerpo: pues... ¡lo empatan! ¡Como si ello fuere posible!

²⁸ Y es que nadie comienza un pleito con alegría y despreocupación, como quien sale a pasear por el campo en día festivo. Por el contrario, se realizan previamente muchas conversaciones –e intimaciones– para tratar de evitarlo. Cuando ya el pretendiente –acreedor, por ejemplo– está seguro de que no logrará una autocomposición con el resistente –deudor, que en el ejemplo afirma que pagó– no tiene más remedio (recordar que ésta es la última alternativa pacífica) que concurrir al proceso (para ello, debe pagar honorarios de abogados y carísimas tasas de justicia), donde el deudor, ahora demandado, vuelve a oponerle la misma tenaz oposición que antes, afirmando haber hecho –por ejemplo– un pago que no existió en la realidad de la vida...

Como puede aceptarse fácilmente a esta altura del relato, el actor piensa con visos de razonabilidad comprensible en destruir para siempre a su demandado y deudor impenitente. En tales condiciones, ¿cómo puede serle exigido que colabore solidariamente con su enemigo y, que si no lo hace, se considere que ha caído en inconducta procesal?

tema en trato. En los lugares donde ello ocurre (por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, Argentina) es la sola doctrina la que se encarga de explicitar a quién incumbe la tarea de efectuar la confirmación procesal.

Por tanto, si un juez sostiene algo diferente, no viola el texto expreso de la ley y puede imponer la incumbencia confirmatoria que se le ocurra.

Y así, con indudable actitud justiciera, alguna jurisprudencia comenzó a sostener, *en el momento mismo de sentenciar un recurso de apelación* —es decir, después de que el proceso terminó— que *si bien no fue adecuadamente confirmado por el actor el hecho constitutivo de la imputada responsabilidad aquiliana, ello carecía de importancia en la especie pues la respectiva carga* (cabría preguntar ¿de qué?) *correspondía a la contraparte y, por tanto, al nada haber acreditado ésta, debía acogerse sin más la pretensión demandada* (¡!).

En otras palabras: quien así sentenció el pleito *varió a su voluntad las reglas del juego a las cuales se ajustaron los contrincantes durante todo el proceso. ¡Sólo que lo hizo después de que el juego terminó!* Y esto parece de ilegitimidad manifiesta por más que pueda ser justa la solución dada al caso.

Pero hay lugares donde ocurre exactamente lo contrario a lo hasta aquí relatado.

Por ejemplo, en el CPC de la Nación Argentina, en cuyo artículo 377 se establece con absoluta claridad que:

“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que indicare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...”

Resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las *cargas dinámicas “probatorias”* no puede coexistir con la norma pretranscrita, por cuya razón creo que no es menester insistir abundando en el tema.

En definitiva: la ley —y sólo la ley, nunca la jurisprudencia— es la que regula todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del *onus probandi* a discreción y una vez que el pleito ha finalizado.

En otras palabras y recurrentemente: *cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó*, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es actitud tramposa sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!

Reitero conceptos para fijarlos en el lector: como se ha visto hasta aquí, el tema en tratamiento relativo a la *incumbencia confirmatoria* —que habitualmente se estudia con el nombre de *carga de la prueba*— no es en sí mismo un tema propio de la confirmación procesal sino que es, en esencia, una *clara regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuan-

do carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto.

Finalmente: se sostiene en doctrina que las reglas de la carga confirmatoria no pueden ser alteradas por las partes, so pretexto del orden público que domina la legislación procedimental.

No coincido con tal afirmación. Antes bien, he sostenido antes de ahora que *no hay orden público procesal en materia transigible* y, que el principal creador de normas procesales debe ser el propio litigante. Por lo demás, no creo que nada pueda evitarlo en un régimen constitucional en el que está permitido todo lo no expresamente prohibido por la ley.

Hasta aquí me he ocupado del tema desde una óptica propia de la pretensión civil. Veamos ahora si los conceptos ya expuestos pueden o no aplicarse al campo de lo penal.

Afirma la doctrina generalizada –computo aquí a la mayoría de los autores que imponen actualmente opinión jurisprudencial en los diferentes países de nuestro continente– que el concepto de *carga “probatoria”* (confirmatoria) ha fracasado al ser transportado al proceso penal, donde –antes que de *cargas*– cabe hablar de *deberes funcionales administrativos* del Ministerio Fiscal (pues no cabe afirmar jurídicamente que el fiscal sea titular de un interés interno en antagonismo con el del imputado. Por ello es que nunca puede decirse que el órgano de la acusación resulta vencido cuando no prueba la imputación pues el interés de la sociedad está en el castigo del culpable y en la represión del delito en tanto exista, precisamente, un culpable) y de *deberes jurisdiccionales* del juez en los sistemas inquisitivos consagrados legalmente en casi toda América latina.

En esta tónica, tales autores se manejan exclusivamente con el sintagma *in dubio pro reo* y exigen ingenua e ilegalmente la colaboración del propio imputado, a quien sí hacen soportar una especie de *minicarga probatoria* que le permita *ayudarse* a salir con bien del proceso!.

El tema entraña notable gravedad.

En la Relación (*Exposición de Motivos*) del Proyecto de Código para Italia de 1930 se dijo:

“Sagrado e inviolable es, sin duda, el derecho de defensa. Ciertamente indiscutible el principio de que al imputado no se le puede considerar culpable antes de la sentencia irrevocable de condena. Pero que se lo haya de conceptuar *inocente* mientras se procede contra él por serle imputado el delito, es una tal enormidad, una tan patente inversión del sentido común, lógico y jurídico, que no se puede admitir ni aun como forma retórica. Mientras hay un proceso en curso, no hay ni culpable ni inocente sino únicamente imputado. Sólo en el momento en que recaiga sentencia se sabrá si es culpable o inocente”²⁹.

Como es fácil de comprender, estas posturas se explican sólo si forman la

²⁹ Esto no podría decirse seriamente al día de hoy...

glosa de un sistema inquisitivo. Pero resultan por completo inexplicables en un proceso de corte acusatorio puro.

D ahí que crea que nada empece a aplicar literalmente los principios que regulan la carga confirmatoria en proceso penal donde el Fiscal –parte acusadora– actúa como representante de la sociedad toda, con obvio interés jurídico en erradicar la actividad delictiva y, así, mantiene una actitud procesal antagónica con la del imputado³⁰.

Por supuesto, descarto totalmente que el juez pueda llevar adelante por sí mismo la pretensión punitiva de la sociedad y que esté facultado para producir personalmente medios de confirmación que hacen al cargo imputado.

Finalmente: el *principio o estado de inocencia* que se encuentra ínsito en la cláusula *in dubio pro reo*, no juega cuando existe carencia de medios de confirmación (a la que se aplican las reglas del *onus probandi*) sino –todo lo contrario– cuando hay suficientes elementos de confirmación que, no obstante, no logran forjar la convicción de culpabilidad en la mente del juez.

3.5. LOS MEDIOS PARA CONFIRMAR

(CÓMO SE CONFIRMA)

Habitualmente, en los códigos y leyes procesales se menciona como *medios de prueba* a los conocidos desde antiguo como:

- *documentos* (o prueba *documental*),
- *confesión* (o prueba *confesional* o de *declaración de parte*),
- *testimonio* (o prueba *testimonial*),
- *pericia* (*rectius*: peritaje) (o prueba *pericial*),
- *informes* (o prueba *informativa*),
- *presunciones* (o prueba *presuncional* o *indiciaria*) y

³⁰ Por supuesto, descarto –en homenaje a la seriedad con la cual deben emitirse los argumentos jurídicos– que el fiscal es *una parte procesal* y, como tal, *parcial*. Durante varias décadas, los argentinos hemos repetido como clara obviedad y hasta el cansancio las enseñanzas de ilustre maestro: *el fiscal es la parte imparcial del proceso penal...* sin advertir que ello no es más que una *contradictio in terminis*.

En efecto: sostener que *hay una parte imparcial* es negar por el adjetivo la esencia del sustantivo. Es como decir *lo bueno malo* o *lo bello feo*.

Quien actúa como fiscal puede ser *objetivo* y no tener *interés personal* en lograr una condena (en otros términos: ganarle a su contrario: el acusado) pero debe ostentar siempre *interés funcional* (base elemental de la acusación).

Claro está que todos estos dislates se dan exclusivamente en el sistema inquisitorio. En el acusatorio puro, y con un sistema de *oportunidad* y no de estricta *legalidad* para decidir si se hace o no la acusación, por lo contrario, no se justifica en modo alguno el *carácter de imparcial que debe ostentar la parte procesal*.

Simplemente, no acusa si cree que no debe hacerlo pues perderá el litigio!

- *reconocimiento* (o prueba de *inspección ocular*).

Estudiando los contenidos que se esconden detrás de las palabras recién mencionadas cuando las utiliza la ley, se advierte que ellas no resultan suficientes para lograr la cabal captación de los conceptos que involucran, generándose así nueva multivocidad y, por ende, más equivocidad, lo cual es necesario evitar a toda costa.

En esa tarea, la mejor doctrina actual ha intentado sistematizar adecuadamente dichos conceptos, luego de advertir que el juez, para tomar contacto con los medios de confirmación que le presentan las partes, tiene que:

- *ver* (en rigor, *mirar*) experimentos, análisis, documentos, registros, informes, etc. y, también, personas, lugares y cosas,
- *oír* (en rigor, *escuchar*) declaraciones de partes y de terceros, y
- *razonar y deducir o inferir* hechos desconocidos a partir de hechos conocidos para poder *presumir*.

Pero, además, no todo lo que ve, oye y razona tiene o puede tener objetivamente la misma entidad confirmatoria.

Por eso es que, con el declarado propósito de intentar que el lector comprenda cómo funciona un *verdadero sistema procesal* con pautas directrices de absoluta objetividad que hagan *previsible* (máxima seguridad para las partes) el eventual resultado del litigio, dicha doctrina explica la *confirmación procesal* enumerando sus distintos posibles *medios* que, en general y enunciados conforme al grado de eficacia confirmatoria que ostentan, se denominan:

- de *comprobación* (producen *certeza*),
- de *acreditación* (producen *verosimilitud*),
- de *mostración* (producen *percepción*) y
- de *convicción* (producen *probabilidad*).

Por cierto, huelga aclarar que no se trata aquí de imponer en forma caprichosa y absurda denominaciones exóticas al lector desprevenido, sino de sistematizar adecuadamente los conceptos para que, una vez repensados y comprendidos, pueda continuar utilizando los nombres convencionales empleados desde antaño para los *medios de prueba* –si así lo desea y goza persistiendo en el error– pero diferenciando adecuadamente ahora a cada uno de ellos frente a todos los demás.

Veamos a continuación los distintos medios, primero en general y desde la óptica aquí propuesta y, luego, en particular a partir de los parámetros conocidos y aceptados desde antaño por las leyes.

3.5.1. LOS MEDIOS DE CONFIRMACIÓN EN GENERAL

3.5.1.1. LA COMPROBACIÓN (O PRUEBA PROPIAMENTE DICHA)

Castizamente, *comprobación* (sustantivo que implica el resultado de *comprobar*) es lo que se hace para revisar o confirmar un hecho o dato o una teoría aplicándola en experimentos o casos concretos.

En este sentido, toda comprobación implica *experimentación*, *ensayo* o *verificación* para lograr la obtención de un resultado que, cuando es de carácter científico y el estado actual de la respectiva ciencia lo permite, debe ser idéntico para toda persona, en todo tiempo y en todo lugar.

Por ejemplo, la comprobación de que una suma cualquiera es correcta, se logra por medio de la resta; del mismo modo, se verifica el resultado de una división por medio de la multiplicación. Y esto puede hacerlo acá o allá, ayer, hoy y mañana, cualquiera persona que conozca las cuatro operaciones aritméticas.

También un experto *comprueba* en forma absoluta e inequívoca una ley física (por ejemplo, la que expresa la fuerza resultante de la gravitación de los cuerpos situados entre la Tierra y los cuerpos situados en sus proximidades) o química (por ejemplo, el agua está compuesta de un volumen de oxígeno y dos de hidrógeno), la composición de la sangre y la determinación de sus diversos signos y factores, etcétera.

En el proceso, la *comprobación* sólo se logra por medio del trabajo (insisto: ensayo, experimentación, análisis, etcétera) *estrictamente científico* o *técnico* que hace un tercero ajeno al pleito respecto de un tema litigioso que es susceptible de ser comprobado indubitadamente por la ciencia que es base de su conocimiento o especialidad.

Así concebido, es obvio que configura un medio sumamente restringido que se presenta procesalmente de modo exclusivo en lo que se conoce con el nombre de *peritaje*³¹. Pero no en todo y cualquier peritaje, sino sólo y exclusivamente en el *científico*. No en el “peritaje” de *opinión* o en algunos “peritajes” *técnicos*³², por ejemplo, que apenas constituyen un medio de *convicción* del que me ocuparé luego.

El *peritaje científico* —el que realmente *comprueba* algo— es tal porque en toda persona, tiempo y lugar existe la certeza de la verificabilidad de las reglas empleadas para hacer la verificación.

Y es que este medio tiene la particularidad (no ocurre igual con la *mostración*, como luego se verá) de ofrecer dos objetos diferentes de conocimiento: el del *hecho a comprobar* y el del *hecho de efectuar la comprobación*.

De ahí que es obvio que ambos tipos de *peritajes* —el *científico* y todos los demás que no lo son— se presentan siempre como claramente diferentes, aunque las leyes les asignen idéntico grado de importancia.

Sin embargo, la doctrina generalizada —que tanto ha laborado sobre estos conceptos— no ha hecho aún la distinción que en forma clara y lógica se advierte entre ellas. A no dudar, ésta ha sido la causa del papel absolutamente

³¹ Habitualmente al peritaje se lo mal denomina *pericia*, sin advertir que ésta es la cualidad que tiene el perito y que le permite hacer peritajes.

³² Luego me referiré a ellos.

secundario que el legislador de todos los tiempos ha otorgado a la “*prueba pericial*” en el contexto de la totalidad de los códigos vigentes.

No obstante ello, parece claro para el pensamiento lógico que el juez no debe apartarse jamás del resultado de un verdadero peritaje científico que, por sus mismos fundamentos, lo vincula a una realidad que no le es dado ignorar. O, acaso, ¿puede el juez desconocer un dictamen que afirma la existencia de la ley de gravedad so pretexto de que no lo convence o de que él opina lo contrario?

Por eso es que éste es un auténtico medio de *prueba*, en el sentido dado al vocablo al comienzo de esta obra; y por eso también la aclaración que acompaña al título de ella: “o *prueba propiamente dicha*”.

Es más: la comprobación es el medio confirmatorio que se erige por sí mismo en el más importante de cualquier sistema procesal.

Ya volveré nuevamente sobre el tema al tratar los medios en particular y la evaluación de la confirmación procesal.

3.5.1.2. LA ACREDITACIÓN

El vocablo *acreditación* –utilizado en el sentido que se le da en esta obra– es un neologismo que implica la sustantivación del verbo *acreditar* (*hacer digno de crédito –probar la certeza de alguna proposición y, referido a algo con determinada apariencia, asegurar que es lo que parece*). En este orden de ideas, deriva etimológicamente del latín *creditus* (*crédito*) y éste, a su turno, de *credere* (*creencia: admitir como ciertas, probables o posibles ciertas hipótesis o cosas*).

Esta vinculación significativa de la *acreditación* con la *creencia* no es aceptada por algunos importantes autores, quienes encuentran en ella una fuente de confusión en cuanto también hay *creencia* en la *convicción*.

Sin embargo, en tren de explicar el tema con el mejor sentido docente, prefiero mostrar el medio confirmatorio de *acreditación* teniendo en vista una actitud judicial de absoluta *creencia* en la legitimidad o certeza impuesta por la ley respecto de ciertas cosas –a menos que se confirme por el interesado su inexistencia, invalidez o ineptitud confirmatoria– y en la aceptación generalizada que en toda sociedad tienen ciertos lenguajes simbólicos.

La *acreditación*, entonces, es una función que se hace en el presente para poder confirmar en el futuro la existencia de ciertos hechos y relaciones jurídicas. De tal modo, *acreditar* es dejar constancia de lo sucedido, no importa si con ello se refiere a un fenómeno de la naturaleza o a una expresión humana.

Y esa constancia es, así de simple, la transmisión de un pensamiento o de una conducta a través de un objeto que confirma su realización.

Todo lo que continuaré explicando en este tópico se halla legislado habitualmente bajo el rótulo de *documentos* o de *prueba documental*. En esta denominación quedan comprendidos, así, los *instrumentos públicos* y los

documentos privados, auténticos e inauténticos, pertenecientes a las partes procesales o a terceros.

Si bien se mira, todos los *documentos* mencionados muestran el común denominador de ser *escritos*, pero no todos sino sólo algunos de ellos ostentan el importante valor que otorga el legislador a su continente o a su contenido al establecer que el juez debe aceptarlos –en principio– como ciertos y confiables, lo que presenta obvio problema de interpretación sistemática al juzgador.

Pero no se detiene allí la complicación. En la actualidad –cuando los adelantos tecnológicos han superado largamente las previsiones del legislador– se engloban ahora dentro de la denominación de *documentos* a un sinnúmero de cosas, escritas y no escritas tales como: fotografías, fotocopias, discos, registros de electrocardiogramas, mojonos, logotipos, marcas de fábricas, etcétera.

De ahí que sea menester efectuar una adecuada sistematización de *todo* lo que la doctrina comprende dentro de la voz *prueba documental*, no sólo para hacer asequible el tema sino, fundamentalmente, para facilitar la tarea judicial de evaluar medios de confirmación al momento de sentenciar.

En este orden de ideas, los medios de acreditación son siempre materiales y consisten en: *instrumentos*, *documentos*, *monumentos* y *registros*.

Veamos cada ellos.

3.5.1.2.1. EL INSTRUMENTO

Es el medio de acreditación mediante el cual se plasman por escrito y en forma original e indubitable las conductas constitutivas de relaciones jurídicas o de las que se vinculan con ellas.

La idea de instrumento está estrechamente ligada a la de *fe pública* y, por ende, a lo que es *fehaciente*, que comprende la *dación de fe*, la *certificación* y la *autenticación*.

Por ello, ejemplos de instrumentos son las *escrituras públicas*, los *protocolos* (notariales y judiciales), los *expedientes* y las *actas judiciales*, la *correspondencia oficial*, los *asientos en libros* de los corredores, los *libros de registración de movimientos* administrativos o judiciales, las *acciones* de las compañías autorizadas para su emisión, los *billetes*, *libretas* y toda *cédula* emitida por los bancos, etcétera.

Como se ve, el instrumento –por definición– es *siempre auténtico*, cualidad que, en la terminología tradicional, la tiene sólo el *documento público* y alguna veces, cumpliendo ciertos requisitos, también el *documento privado*. Volveré sobre el tema luego.

3.5.1.2.2. EL DOCUMENTO

Es el medio de acreditación mediante el cual se *representa por escrito* la materialización de un pensamiento o la descripción de circunstancias de las que alguien cree conveniente dejar memoria. En ambos casos, la escritura puede ser hecha con signos corrientes o convencionales.

Ejemplos de documentos son todas las representaciones escritas que contienen declaración de voluntad y que no constan en instrumentos (*testamento ológrafo, facturas, recibos, presupuestos, promesas de pago, reconocimientos de derechos, etcétera*)) y las *cartas privadas, los libros de comercio* que no son llevados conforme con la ley, etcétera.

Así concebido, el documento es siempre *privado e inauténtico* y, por ende, *no creíble*. Sin embargo, la credibilidad se logra con su *reconocimiento por la persona contra quien se opone*. Ya volveré sobre el tema.

3.5.1.2.2. EL MONUMENTO

Es el medio de acreditación por el cual se representa la materialización de un pensamiento *mediante formas o figuras* a las cuales la ley o la costumbre les asigna un preciso significado.

Adviértase la diferencia con el instrumento y el documento: en tanto éstos siempre son escritos, el monumento puede no serlo y, generalmente, no lo es.

El mundo real –más allá del jurídico– muestra enorme número de monumentos con preciso significado para el común de los hombres: *alambrados, bordes, cercos, demarcaciones, límites de bosques, mojones, señales, surcos y zanjas; bosquejos, diagramas, dibujos, signos, precintos y tarjetas; logotipos, marcas de fábrica y marcas y señales de ganado; árboles genealógicos, señales de tránsito, etcétera*.

Parece obvio sostener que tan importante número de cosas para el desenvolvimiento de las relaciones humanas, no puede quedar aprisionado dentro de la denominación tradicional del vocablo *documento* que utiliza habitualmente la ley.

Baste un solo dato para demostrar el aserto: el documento exige esencialmente la signatura del otorgante (¡menudo problema, aún sin solución, han creado en la doctrina el télex, el fax y el e-mail!). Y es tan difícil que un monumento pueda ostentarla...

3.5.1.2.4. EL REGISTRO

Es el medio de acreditación por el cual se captan técnicamente expresiones del hombre o de la naturaleza en general y las apariencias mismas de las cosas, cuya materialización se hace de forma tal que puede ser perdurable y utilizable o reproducible a voluntad.

La vida actual nos muestra un sinfín de ejemplos del tema en cuestión:

copias en general; grabaciones y discos en general; electrocardiogramas; huellas de personas, animales y cosas; negativos fotográficos y fílmicos, fotografías y radiografías; registros de voces, de sonidos, de luminosidad, de electromagnetismo, de fotoquímica, de dactiloscopia, etcétera.

Nada de ello es escrito. Por tanto, un registro no puede ostentar la categoría de instrumento ni la de documento. Y tampoco se materializa por medio de formas o figuras, por lo cual no puede ser monumento.

Como se ve, configura una categoría diferente y propia dentro de los medios de acreditación (nadie duda de que una fotografía algo acredita...) que hasta hoy no ha sido convenientemente legislada.

Si se estudia con detenimiento la mayoría de los códigos vigentes, se advertirá que ninguno de ellos se ocupa adecuadamente de este tema, que se incluye tácitamente dentro del rubro correspondiente a *documentos escritos*, cuya normativa es asaz insuficiente al respecto.

3.5.1.3. LA MOSTRACIÓN

El vocablo *mostración* es otro neologismo que implica la sustantivación del verbo *mostrar* (*exponer a la vista o dejar ver*) y que, en términos de *confirmación procesal*, refiere a lo que el juez ve cuando *reconoce* o hace *inspección* (judicial) de personas, lugares y cosas.

En este caso, parece claro que el juez, al reconocer o inspeccionar personalmente, realiza lo que la doctrina ha llamado *prueba directa* pues *percibe por si mismo* (y no por medio de otra persona, cual lo hace en el testimonio, en la confesión o en el peritaje) los hechos a confirmar. En otras palabras: como el juez se convierte así en el propio sujeto de la confirmación, parece claro que en el resultado que se logra se confunde el *hecho a confirmar* con el *hecho confirmatorio*.

Esto ha preocupado severamente a los autores que han tratado en forma seria el tema, que hoy tiene relevancia notoria en el debate filosófico planteado entre el *solidarismo* y el *garantismo* procesal.

Es que quienes defienden a toda costa la irrestricta vigencia del principio de *imparcialidad judicial* buscan implementar pautas absolutamente objetivas de procesamiento y juzgamiento de los litigios y bregan por la existencia de jueces apegados al texto de la ley preexistente (y niegan que puedan apartarse de ella permanentemente haciendo juicio acerca de su justicia intrínseca), lo que permite no sólo hacer previsible el resultado final de todo litigio sino también tornar posible el control de las partes sobre la actuación del juzgador durante toda la etapa de procesamiento (y, en particular, durante la producción de los medios confirmatorios).

Y resulta claro que es materialmente imposible ejercer ese control cuando el juez deja de ser propiamente tal para convertirse en el *sujeto de la confirmación*. Con el agregado de que, cuando ello ocurre, amén de que el juez puede ver –y aprehender– cosas diferentes de las que le muestran las partes

(con lo que se convierte en buscador oficioso de hechos a confirmar que, una vez establecidos, sirven como indicios), puede también fijar los hechos a resolver sin que en tal tarea exista el menor e indispensable control de los interesados.

El problema no es baladí. Por lo contrario, sigue siendo preocupante cuando opera en un régimen acusatorio o dispositivo en el cual el juez actúa como tal y no como parte procesal.

A pesar de todo, la doctrina continúa sosteniendo hasta hoy la excelencia de este medio de confirmación. Volveré luego sobre el tema.

3.5.1.4. LA CONVICCIÓN

Castizamente, el vocablo *convicción* significa *seguridad de algo que parece lógico racionalmente*. Psicológicamente, es el *fenómeno interno que se produce en la mente del juzgador que posibilita la inclinación de su ánimo hacia la aceptación como probable de una afirmación* (“se convence de ella”) *que no es comprobable ni acreditable*.

En otras palabras: se utiliza la convicción cuando hay ausencia de otros medios de mayor gradación en el campo de la confirmación. Es, por tanto, el menos importante de los todos los que he presentado hasta ahora.

Y es que la *convicción* –que se encuentra vinculada siempre con un régimen de *derecho libre* y que opera cabalmente en el *sistema inquisitivo*– se presenta como un medio confirmatorio *puramente subjetivo* que se aparta de la *objetividad manifiesta* propia de los medios de comprobación y de acreditación. De ahí su larvada peligrosidad.

No obstante eso y, además, ser extraños a los *sistemas acusatorios* que rigen en América latina, los medios de convicción son los que más se usan en la tarea de confirmar procesalmente pues, a todo evento, permiten la reflexión indiciaria que puede generar una presunción *hominis*. Ya me referiré luego al tema.

Y es que si bien el juez (especialmente, el de lo penal) no debe sentenciar sólo a base de la confesión del interesado, si está convencido de su sinceridad la tomará como un *indicio* que, al ser valorado con otros varios más en las condiciones que luego explicaré, permitirán fundar adecuadamente su pronunciamiento.

Los medios de convicción, finalmente y reiterando conceptos ya expresados *supra*, son los que el juez puede

- *oír* (declaración de las partes procesales –*confesión y juramento*– y declaración de terceros que no son partes procesales –*peritaje de opinión, testimonio y fama pública*–),
- *ver* (documentos simples comprobados por testigos) y
- *razonar* (*indicios*).

Trataré a cada uno de ellos desde una óptica general. Más tarde se verán en

particular.

3.5.1.4.1. LA CONFESIÓN (EN GENERAL)

En la doctrina que se ocupa habitualmente del tema, los autores prefieren hablar de *declaración de parte* y no de *confesión*, so capa de que es en aquélla donde se encuentra ésta. Sin embargo, a los fines procesales, la importancia está en el resultado que se obtiene: el reconocimiento de un hecho contrario a los intereses del declarante. De ahí que persista aquí en la denominación que desde siempre se ha dado a este medio.

Históricamente, el concepto de *confesión* se vincula con un sacramento religioso y consiste en la *declaración de los pecados cometidos que hace el penitente a su confesor*.

Recuerde el lector la aparición del sistema inquisitivo en el siglo XII —como expresión de un poder espiritual actuando sistemáticamente— con ciertas órdenes mendicantes que hacían pesquisa por casi toda Europa en la búsqueda de herejes para lograr su *confesión* y el sincero arrepentimiento por el pecado cometido. Cuando ello se lograba, se lo absolvía y se perdonaban los pecados confesados, quedando así expedita su reinserción en el seno de la Iglesia. Hasta ese entonces, el tema poco interesaba al Derecho.

Cuando andando el tiempo cambiaron los intereses de Roma, y el Papado se alejó de la pura espiritualidad inicial para comenzar a privilegiar los bienes materiales, con notable injerencia en los gobiernos seculares a quienes disputó el ejercicio del *poder*, aquella inocente *Inquisición* se convirtió en la *Inquisición medieval o Santa Inquisición* que, en sus inicios, tuvo a su cargo el juzgamiento de los delitos eclesiales (herejía, apostasía, sortilegio, adivinación, invocación a los demonios, cisma, sodomía, mancebía, sollicitación, superstición, etcétera).

Nuevamente se procuró obtener la *confesión* y el arrepentimiento pues, a la postre, se buscaba la reconciliación del pecador con la Iglesia. Sólo que ahora se lograba por medio de la *tortura*, para ayudar al alma a arrancar el pecado de su seno, y la condena por herejía se acompañaba con la orden de absoluta expropiación de los bienes del condenado.

Terminando el siglo XV el sistema se endureció notablemente en España, donde se instaló la conocida ahora como *Inquisición española*, que tomó a su cargo el juzgamiento de los delitos seculares que se originaron para sojuzgar³³ a judaizantes (*marranos*³⁴), musulmanes, luteranos, etcétera.

Otra vez se buscó la *confesión* del imputado con el obvio fin de lograr una

³³ *Sojuzgar* es someter o dominar con violencia.

³⁴ La palabra *marrano* se utilizaba en la Baja Edad Media y en la Edad Moderna, para denominar al judío converso, español o portugués. No se sabe si la denominación proviene de una obvia alusión a ciertos tabúes alimenticios o si, con mayor crueldad, es simple extensión de la segunda acepción de dicha voz en lengua castellana: persona que tiene mala intención o carece de escrúpulos.

condena que posibilitara la expropiación de bienes. Y así, fue el medio preferido para *hallar la verdad* de una proposición cualquiera durante varios siglos...

Por eso es que a nadie puede extrañar que las leyes procesales españolas comenzaran a legislar codificadamente acerca de los *medios de prueba* incorporando como tal a la confesión, que ya a la sazón exhibía más de seiscientos años de antigüedad y eficacia en el sistema de juzgamiento por entonces practicado.

Pero, además, se la privilegió frente a todos los demás *medios probatorios*. Tanto, que se la ungió como la *probatio probatissima*, de donde nace el antiguo refrán “*a confesión de parte, relevo de prueba...*”.

Y aplicando este criterio, igual en lo civil que en lo penal, los jueces de todos los tiempos fundamentaron sus sentencias sólo en el *hecho de la confesión*, si ella había sido rendida en autos.

No obstante tanta prosapia y antecedentes históricos, el Iluminismo del Siglo XVIII –con la influencia intelectual de Voltaire y Beccaria, entre otros grandes de la época– logró que la tortura y la confesión cayeran en desgracia entre los autores del derecho; y ello plasmó elocuentemente en el movimiento constitucionalista que se expandió vertiginosamente en el Siglo XIX.

A tal punto ello es cierto, que hoy –y desde finales del Siglo XX– se estudia a la confesión como un simple *medio de convicción*.

Con la imprescindible recordación de estos antecedentes, ya es hora de acotar ideas: la confesión judicial es *la declaración que hace una parte procesal en contra de su propio interés litigioso, aceptando extremos fácticos que lo perjudican de una u otra manera*.

Precisamente porque la lógica histórica enseña que si ello ocurre se debe a que el confesante –actuando de buena fe, cual lo haría en la confesión religiosa– acepta como exacta una verdad que alguien quiere imponerle, resulta obvio que lo confesado debe coincidir con esa verdad...

Sin embargo, la vida muestra ejemplos en lo cuales esa coincidencia no se presenta. Muchas veces –en rigor, más de las que podemos imaginar– un padre confiesa haber cometido el delito imputado a un hijo. Si bien se mira, se trata de noble actitud fundada en el amor filial! Pero que, a la postre, proclama que lo confesado *puede no coincidir con la realidad...*

El problema no se detiene allí: la historia reciente muestra que en la época dorada de la mafia conocida como *cosa nostra*, había personas que –por dinero– confesaban haber cometido los delitos imputados al *capo mafiosi*. Y esto no se presenta como hecho noble y amoroso sino como vil negocio.

Con tantos elementos que han generado enorme desconfianza en el tiempo hacia este medio de *suma prueba*, los procesalistas penales –que actúan en una campo en el cual tiene peso verdadero la confesión– han dejado de brindarle el valor de *medio de confirmación* para asignarle otro mucho más correcto funcionalmente: se trata de un verdadero *medio de defensa* que el interesado puede hacer valer a su exclusiva voluntad en el proceso.

Si bien esta es la tónica actual –veinte años después– todavía sigue siendo incomprendido el problema por los procesalistas civiles, lo que ahora genera graves problemas de naturaleza constitucional.

En el pasado, toda declaración de parte (al igual que la de los testigos) se hacía bajo *juramento de decir verdad*. Y el pensamiento de la época era congruente con ella pues, castizamente, *jurar es prometer algo en forma solemne, poniendo a Dios por testigo*.

Tanto era así, que legalmente se tipificó el delito de *perjurio* (jurar en falso) – con lo cual se vedaba teóricamente la posibilidad de mentir en el proceso– que se despenalizó en la Argentina hace ya muchos años, acorde con el mandato constitucional que asegura que *nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo*.

Desde que ello ocurrió, dejó de cumplirse la práctica del juramento en forma previa a la declaración penal. Sin embargo, continuó siendo exigido en el proceso civil (en verdad, hasta el día de hoy toda posición que debe ser abusuelta en la prueba de confesión se redacta tontamente con la fórmula *...jure como es cierto que...*).

Pero como ya no existe el delito de perjurio, la mentira es fácil y sin consecuencias disvaliosas en el proceso de contenido pretensional civil. Y ahora nos quejamos –absurdamente– de que los pleitos se chicanean con la mentira constante del demandado impiadoso y nos enojamos porque esto ocurre...

Pero nos quejamos mal. Parece obvio que *si nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo* y, en esta tónica, *el imputado penal puede abstenerse de declarar* sin que sufra efectos contrarios a su propio interés, es absurdo y contrario al orden constitucional que se pueda exigir judicialmente que el demandado civil declare en contra de sí mismo y se le apliquen gravísimas consecuencias en caso de inasistencia a la respectiva audiencia o de silencio ante las posiciones o preguntas que se le formulan³⁵.

Y esto es así en todos los códigos del continente que siguen la impronta del derecho español en la materia penal. No ocurre lo mismo en los países que responden al sistema del *common law*. En ellos, nadie puede exigir en proceso penal la prueba de *absolución de posiciones* (provocación de la confesión) a su oponente.

Por el contrario, cada parte es libre de decidir si ha de declarar o no en el proceso. Nótese bien que, en tales condiciones, si la parte declara es porque espontáneamente así lo quiere. Insisto: nadie puede generar en su contra la carga de hacerlo.

Y por ello, *debe decir la verdad*, en serio y bajo juramento, pues a la postre se trata de un testimonio en causa propia. Obviamente, aquí la mentira se castiga con la pena del falso testimonio.

³⁵ Adviértase que el alcance legal de la *prohibición de declarar en contra de sí mismo* es mayor en los países de América latina que en los propios Estados Unidos, donde el mandato constitucional refiere sólo a la materia penal. De donde resulta que los discípulos han superado largamente al maestro...

De ahí entonces que no debemos quejarnos de la mentira sino de comprender y aceptar que la ley admite –inconstitucionalmente– que pueda ser provocada una confesión convocando el juez a la parte procesal a una audiencia donde se le pide que declare en su contra, reconociendo hechos que le son adversos.

¿No habrá llegado ya la hora de terminar definitivamente con tanta incongruencia y adecuar por fin la ley procesal al texto de la Constitución?

3.5.1.4.2. EL JURAMENTO

Es éste un medio de confirmación que, no obstante su glorioso pasado, se encuentra actualmente en desuso, salvo algunos casos excepcionales que sólo sirven para confirmar la regla. No obstante ello, en razón de que creo necesario que el lector comprenda cuál fue el exacto carácter confirmatorio de este medio en orden al sistema en el cual se utilizó, daré precisa noticia de él.

Se entiende castizamente por *juramento* la *afirmación o negación de alguna cosa poniendo por testigo a Dios en sí mismo o en una de sus criaturas*.

Recurrentemente, la *Ley de Partidas*³⁶ lo definió como “*el averiguamiento que se hace nombrando a Dios o a alguna otra cosa santa sobre lo que alguno afirma o niega que es así*”.

Del mismo modo, la doctrina lo consideró como la *invocación tácita o expresa del nombre de Dios –como verdad primera e infalible– poniéndolo por testigo de la certeza de lo que se declara*³⁷.

Y así presentado, el juramento es el más fuerte vínculo con el que puede ligarse un hombre creyente para decir la verdad pues, de no cumplirlo, pone en riesgo la gloria y paz de su vida eterna.

El tema tuvo enorme trascendencia mientras la moral media de un lugar lo permitió en el pasado, máxime cuando no se veía al proceso como un medio pacífico de debate dialéctico sino como una deleznable forma de vejar al adversario a quien se demandaba y que oponía indebidamente una inaceptable resistencia³⁸.

³⁶ Ley 1, Tít. 11, Part. 3.

³⁷ Recordar la tradición toledana que encierra el bellísimo poema de José Zorrilla (*Valladolid, 1817-†Madrid, 1893), *A buen juez, mejor testigo* que, con enorme sentido musical, recrea la antigua leyenda toledana sobre el Cristo de la Vega. Puede ser leído en internet buscando por el nombre del autor.

³⁸ Conocido antiguamente como *juramento de calumnia*, es el que hacían en juicio tanto el actor como el demandado, el primero diciendo que no entablaba su pretensión y el segundo que no oponía su excepción por calumniar o vejar al adversario, sino por la confianza que tenían en la razón, derecho o justicia que les asistía.

También se lo conoció como *jura de mancuadra*, por la semejanza metafórica que debe tener con la mano, que es *cuadrada y acabada* y, como ésta se compone de cinco dedos, el juramento debe contener cinco requisitos: 1) que no se inicia maliciosamente la demanda o

A los efectos confirmatorios y apuntando a la decisión de un litigio, el juramento se clasificó en *decisorio* del *pleito*, *estimatorio* o *decisorio* en el *pleito* y *supletorio*.

1) El *juramento decisorio del pleito*:

Es el que un actor defiere a su demandada, obligándose a pasar por lo que ésta jure, a fin de terminar así sus diferencias³⁹.

Y se llama *decisorio del pleito* por cuanto la parte que lo defiere consiente que su adversario sea el juez final de la causa y se aviene a cumplir lo que él afirme o declare.

2) El *juramento estimatorio o decisorio en el pleito*:

Es el que, por falta de otra prueba, exige el juez al actor sobre el valor o estimación de la cosa que demanda, para determinar la cantidad en que ha de condenar al demandado.

3) El *juramento supletorio o necesario*:

Es el que el juez manda oficiosamente hacer a cualquiera de las partes para completar una prueba que no le satisface en su resultado⁴⁰.

Como se ve, la materia pudo insertarse sólo en un medio histórico dominado por la creencia en Dios y la aceptación religiosa de la existencia de una vida posterior a la muerte que puede ser perdida por el mero hecho del perjurio. ¡Hoy sería imposible solucionar cualquier litigio por esta vía!

3.5.1.4.3. EL PERITAJE DE OPINIÓN (EN GENERAL)

Denomínase *pericia* la habilidad y destreza en el conocimiento de una ciencia, técnica o arte, o en el desarrollo de una actividad, que tiene una persona denominada *perito* que actúa judicialmente haciendo informes (que se denominan *peritajes* o *peritaciones*) respecto de un tema litigioso para ilustrar al juez en su actividad de emitir la sentencia que debe resolverlo

Ya se ha visto antes que el medio de confirmación denominado *comprobación* es conocido habitualmente en las leyes con el nombre de *prueba pericial*, *informe de peritos* o *prueba experticia*, la que no siempre ostenta en la realidad ese carácter absoluto que le otorga a su resultado el conocimiento científico actual.

la defensa, sino para obtener o defender un derecho; 2) que siempre que sea preguntado acerca de los hechos litigiosos, dirá la verdad, sin mezcla de mentira, falsedad o engaño; 3) que no dio ni prometió, dará ni prometerá cosa alguna al juez o al escribano; 4) que no se valdrá de pruebas, testigos ni instrumentos falsos; 5) que no se pedirá plazo con el malicioso fin de prolongar el pleito.

³⁹ Ley 21, Tít. 11, Part. 3.

⁴⁰ Ley 2, Tít. 11, Part. 3. Con el tiempo, este juramento deferido por el juez fue suplantado por *las medidas para mejor proveer*. Como se ve, diferentes concepciones del proceso: primero, como *método*; luego, como *meta*.

Antes bien, sostuve que, al lado de esta *pericia que realmente prueba*, hay otras que sólo *reflejan una opinión de alguien que está o se presume que está calificado para darla*.

Explicué también que en el primer supuesto –comprobación– el perito efectúa experimentos propios de su conocimiento sobre un tema técnico cuyo resultado produce un incontrovertible resultado *científico* que es y será siempre el mismo, no importando al efecto quién, cuándo o dónde se haga, si se respetan en todos los casos los parámetros brindados por la ciencia para su realización.

Aclaro ahora que hay otras –también llamadas equívocamente– *pericias* (de verdad, *peritajes*), en las cuales el *perito* no actúa en calidad de tal sino como una suerte de *testigo calificado* en razón de sus conocimientos (acerca de los cuales es interrogado judicialmente) y que produce o emite al finalizar su gestión una *simple opinión* acerca de cómo ocurrieron o hubieron de ocurrir los hechos sujetos a juzgamiento.

Claro está que, como aquí no se exige una comprobación de carácter científico, es posible –y de hecho así ocurre a diario– que varios peritos puedan llegar –y lleguen– a conclusiones diametralmente diferentes (en el muy conocido caso *Fratricelli*⁴¹, por ejemplo, se produjeron cuatro informes periciales completamente diferentes en cuanto a la causa que produjo la muerte de la víctima).

Parece, entonces, que hay *peritos* y *peritos*. O, mejor aún, unos son más peritos que otros.

De ahí que resulta importante hacer la distinción académica presentada *supra*, aunque con ella no propicie por ahora lograr un cambio de denominaciones en las leyes.

De cualquier modo, ahora se comprende que hay peritos químicos, físicos, lumínicos, contables, etcétera, que actúan *comprobando*, y peritos médicos, mecánicos, armeros, fotógrafos, tasadores, etcétera, que actúan *opinando*⁴².

Insisto con este último ejemplo: ¿puede haber algo más disímil que la opinión de varios tasadores respecto del valor real y actual de una fracción de campo que sirve en parte para agricultura y en parte para ganadería? ¿Cuáles son *las pautas objetivas* que se hacen valer en el caso? ¿Los precios obtenidos en operaciones recientes de venta de fracciones linderas? ¿Y si se fraguaron precisamente para amañar el resultado del peritaje?

La importancia del tema se advierte cuando se compara el diferente grado de poder confirmatorio que tiene cada uno de tales *peritajes*.

El de *comprobación* debe ser aceptado irremediabilmente por el juez, claro que a salvo de las impugnaciones que puedan hacerse en su contra por no

⁴¹ Sonado caso penal ocurrido en el sur de la Provincia de Santa Fe, Argentina, en el año de 2000.

⁴² *Opinar* significa expresar una *opinión* que, a su turno, es concepto o parecer que se tiene acerca de una cuestión, de donde deviene *opinable*: que admite opiniones en contra y a favor.

haber respetado las pautas científicas para su realización.

En cambio, el de *opinión* merece una cautela especial del juzgador: para su aceptación, debe hacer siempre un juicio de valor acerca de su contenido, de la idoneidad del perito y del resultado que propicia en función del tema a peritar.

Por cierto, tal resultado no vincula al juez –cual ocurre en la tarea de *comprobación*– y es a este tipo de peritaje que se refieren las leyes cuando, palabras más o menos, establecen que

“...los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los peritos y deben apreciar el mérito de la prueba según su propio criterio”.

En otros términos: el juez acepta el peritaje si es *convinciente*. Caso contrario, lo deja de lado.

De ahí que, insisto, se trata de un medio de *convicción* y no de *comprobación*.

Ya volveré nuevamente sobre el tema.

3.5.1.4.4. EL TESTIMONIO (EN GENERAL)

La palabra *testimonio* refiere a la declaración, afirmación o explicación que da una persona llamada *testigo* en el acto de *atestiguar* o *testimoniar* en juicio que le es ajeno⁴³ respecto:

- a) de hechos⁴⁴ ajenos que ha conocido o percibido por medio de alguno de sus sentidos (vista, oído, tacto, gusto y olfato) o
- b) de hechos que ha realizado personalmente o
- c) del conocimiento que tiene de alguna persona o
- d) de lo que ha oído acerca de la fama que ostenta alguien. Me detendré luego en cada uno de estos supuestos.

La situación de *ajenidad* del testigo respecto del pleito en el cual declara tiene una precisa excepción: cuando una parte procesal se halla formada por varios sujetos y entre ellos existe una relación de *litisconsorcio*, el único medio que tiene cada uno de ellos de hacer declarar a los demás que se hallan en el mismo bando, es la vía del *testimonio*⁴⁵. Y cuando esto ocurre, la *parte*

⁴³ Sin perjuicio de lo que diré luego en el texto, hace a la esencia del testimonio que el que declara en calidad de testigo no sea parte en el proceso en el cual alguien intentará hacer valer su narración.

⁴⁴ La prueba del derecho no tiene sentido en un sistema en el que el derecho se presume conocido. A menos que sea la misma ley la que es objeto de discusión en su existencia o vigencia.

⁴⁵ Recuérdese que, doctrinalmente, la *declaración* sólo puede ser de una parte procesal (con la cual se logra eventualmente una *confesión*) o de un tercero no parte (verdadero *testimonio*).

Debe advertir también el lector que para que haya *litisconsorcio* debe darse –por lo menos–

atestigua sobre hechos propios o ajenos pero que, nótese bien, carecen de toda posibilidad de perjudicarla (que es la nota distintiva de la confesión).

La *declaración*, finalmente, puede ser *oral* (el testigo habla, el juez oye) o *escrita* (el testigo no habla sino que escribe; el juez no oye sino que lee). Si bien la primera de tales formas es la que se presenta habitualmente en el mundo judicial, hay casos en los que es menester soslayarla: si el testigo es mudo, por ejemplo, y si quien debe declarar está exento del *deber de comparecer* (ver *infra*, # 3.5.2.4, donde menciono a ciertos funcionarios públicos a quienes las leyes toleran que declaren por escrito y no verbalmente ante el juez).

Veamos ahora los distintos supuestos:

a) *Testimonio de hechos percibidos por el propio testigo*

En este caso, el testigo relata el conocimiento personal que tiene acerca de *hechos que han realizado otras personas* y que él ha captado por medio de alguno de sus sentidos⁴⁶.

La palabra *hechos* está utilizada en amplio sentido comprensivo muchas veces de la opinión que el testigo tenga acerca de tales hechos (por ejemplo, puede afirmar la condición de ebriedad o de manifiesta ira en la cual se hallaba cierta persona al momento de cometer un determinado hecho) pues resulta imposible separar adecuadamente el *hecho declarado* de la *opinión que el testigo tenga sobre ese hecho*⁴⁷.

Por eso creo indispensable recordar que ya he referido *supra*, # 1 que el *testimonio de terceros* es un medio confirmatorio absolutamente relativo y, por ende, no seguro ni confiable⁴⁸.

Pregunté allí: ¿hay algo más cambiante y menos convincente que la decla-

la identidad del hecho causal en común frente a todos los litisconsortes.

Repárese también en que, lógicamente, no puede existir una relación litisconsorcial en el supuesto de conexidad objetiva.

Si no se acepta la excepción que se muestra en el texto, resulta imposible que un litisconsorte pueda hacer declarar a un par.

⁴⁶ La doctrina tradicional insiste en que el testigo haya percibido los hechos por su vista o su oído y en que los hechos sobre los que depone sean pasados. Esto es de manifiesta inexactitud y peca por defecto. El testigo pudo haber *gustado, olido o tocado*, por ejemplo, y ello escapa a la definición tradicional. Además, es obvio que puede declarar acerca de hechos que, aunque comenzados a ocurrir en el pasado, hoy siguen ocurriendo en el presente.

⁴⁷ De ahí la importancia de la valoración que el juez haga sobre ese testimonio, no dejándose influenciar por las opiniones propias del testigo...

⁴⁸ Si bien es muy antigua la confirmación testimonial, de hecho desapareció en la Edad Media al darse especial relevancia al juramento, al juicio de Dios y a las ordalías. Cuando reapareció en el mundo jurídico al caer aquéllas en desuso, comenzó a tener variadas restricciones respecto de la existencia y del valor de las obligaciones, como se advierte en numerosos ordenamientos históricos que culminaron con el contenido del art. 1341 del Código Civil francés, en tesitura que repite el art. 1193 del Código Civil argentino. En definitiva, una muestra más de la relatividad de este medio y de la desconfianza del legislador en su resultado.

ración de un tercero procesal que muchas veces se muestra teñida de clara o de velada parcialidad? O, sin llegar a ello, ¿no está sujeta a un cúmulo de imponderables que resultan por completo ajenos al juzgador?

Para demostrar tal relatividad, recordé que en el año de 1880, el codificador procesal de Santa Fe, en la Argentina, legisló en norma todavía vigente:

“La admisibilidad de la prueba testimonial no puede ser objeto de controversias. Los jueces deberán decretar *siempre* el examen de los testigos, sea cual fuere su opinión al respecto”.

Y recalqué: ¿qué decir de la tan fácilmente posible adulteración de documentos escritos o de registraciones fotográficas o visuales, de fotocopias, etcétera?

Finalmente propuse al lector comparar los resultados definitivamente incontestables de una *comprobación*, por ejemplo, con el que arrojan cuatro testimoniales acerca de un mismo hecho: la experiencia judicial demuestra hasta el hartazgo que, aun si los testigos obran de buena fe, darán versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas.

Y expliqué que ello es posible porque, además de que cada testigo es *él y sus propias circunstancias* (su salud, su cultura, su educación, su inteligencia, su agudeza mental y visual, su poder de observación, etcétera), resulta que un testigo puede ver un hecho desde un ángulo diferente al que ocupa otro para ver el mismo exacto hecho (esto es corriente en el ámbito judicial cuando –desde cuatro esquinas de una misma bocacalle, por ejemplo– cuatro personas presencian un accidente de tránsito. Interrogadas testimonialmente al respecto, presentarán siempre versiones que pueden ser muy diferentes y que –esto es importante de destacar– pueden ser *todas reales* aunque luzcan antagónicas. Y es que son *subjetivamente* reales, toda vez que en tanto uno vio el choque desde el norte, por ejemplo, otro lo observó desde el sur. Y parece obvio señalar que, en tales circunstancias, ambos testigos vieron de verdad cosas realmente diferentes.

Creo que ya está suficientemente demostrada la relatividad del testimonio en la tarea de confirmar procesalmente. Por eso mismo es que se estudia entre los *medios de convicción*: un testigo *convence o no* al juez de que está diciendo la verdad. Si lo hace, podrá fundar en sus dichos la sentencia.

Insisto finalmente en que la captación del hecho por parte del testigo puede ser realizada con los cinco sentidos. Así, puede atestiguar que ha visto una puesta de sol, oído un ruido determinado, tocado la aspereza de una tela, gustado una comida con demasiada sal y oído los efluvios de una sustancia nauseabunda.

La amplitud que en este sentido tiene un testigo no la posee un dador de fe pública, que sólo debe limitarse en su tarea a lo que puede ver y oír, según se acepta desde antaño.

b) *El testimonio de hechos realizados por el propio testigo*

En este caso, el testigo relata el conocimiento que tiene acerca de *hechos que ha realizado él mismo* y que tienen vinculación con el objeto de la pretensión discutida por las partes procesales.

El ejemplo clásico es el reconocimiento de un documento escrito o firmado por él y que puede tener trascendencia en el proceso en el cual declara⁴⁹. Si bien se ve, el testigo declara acerca de un hecho propio, no de un hecho ajeno, cual lo hace en el caso anteriormente explicado.

c) *El testimonio de conocimiento de una persona*

En este caso, el testigo no relata hechos propios ni ajenos sino que expresa el saber directo que tiene acerca de una persona y de su identidad, condiciones, cualidades, etcétera.

El ejemplo clásico es el testigo de conocimiento que desde siempre utilizan los notarios para dar por acreditado que el desconocido que se le apersona es quien dice ser. Igual ocurre en el proceso y, muy habitualmente, en los llamados *actos de jurisdicción voluntaria* incoados para establecer, v.gr.: la identidad o el estado civil de alguien.

d) *El testimonio de oídas (ex auditus)*

En este caso, el testigo relata el conocimiento indirecto que tiene *de oídas* acerca de hechos que han realizado otras personas o de su fama pública o de un rumor sobre ella.

Aquí, el relato del testigo no versa sobre un hecho propio o ajeno que percibió directamente sino sobre lo que han dicho otras personas acerca de algo o de alguien.

Este supuesto incluye el caso particular del testimonio de oídas que versa sobre:

- a) la *fama* de algo o alguien: consiste en el concepto generalizado que, a partir de un hecho de origen conocido, un medio social determinado tiene respecto de una persona o acontecimiento. Por cierto, la declaración puede confirmar la fama, no los hechos que la habrían generado;
- b) el *rumor público* acerca de algo o alguien: se trata de un hecho indeterminado y vago, de origen habitualmente desconocido, que versa no sobre la existencia sino sobre la posibilidad de que haya existido.

Ambos pueden llegar a constituir verdaderos *indicios*, en los términos que explicaré en el número siguiente.

Basta por ahora para presentar el tema.

3.5.1.4.5. EL INDICIO Y LA PRESUNCIÓN (EN GENERAL)

1) Denomínase *indicio*⁵⁰ a un *hecho*⁵¹ conocido (el *indiciario* o el *indicador*)⁵²

⁴⁹ Cuando esto ocurre, el valor confirmatorio de tal documento es el mismo que merece al juez el testigo que lo reconoció.

⁵⁰ La palabra *indicio* proviene del latín *indicium*, derivación de *indicere*: indicar, hacer conocer algo.

⁵¹ Se utiliza la palabra *hecho* en el lato sentido de *cualquier hecho*: humano o de la natura-

a partir del cual se razona –por inducción⁵³ o deducción⁵⁴ crítica– la existencia de un *hecho desconocido* (el *indicado*).

Constituye, por ende, un *medio de confirmación indirecto* que le permite al juez obtener el *resultado* de una *presunción*⁵⁵ que, a su turno, es el juicio lógico que permite al juzgador tener como *cierto o probable* un hecho incierto después de razonar a partir de otro hecho cierto.

Para llegar a ese resultado, que bien puede ser fundamento definitivo de una sentencia judicial, el juez debe razonar desde la entidad misma del hecho indiciario o indicador, que puede ser *necesario* o *contingente*.

a) Un indicio es *necesario* cuando por sí solo e inexorablemente –y con independencia de cualquier otro medio de confirmación– permite aceptar la existencia del hecho indicado. Por ejemplo: si la experiencia indica que ningún animal irracional puede construir un edificio de hormigón, la construcción de una casa en un lugar dado permite colegir sin más que hubo allí presencia humana pues sólo hombres pudieron hacerla. Del mismo modo, la experiencia indica que un embarazo no puede durar más de trescientos días, de donde puede colegirse que si el cónyuge de la madre murió antes de comenzar ese lapso, el hijo concebido no es matrimonial.

b) Un indicio es *contingente*, cuando exige la presencia de otros indicios –también contingentes– para posibilitar el resultado de la presunción que tendrá por confirmado al hecho indicado.

Siempre que las leyes autorizan la utilización de estos indicios contingentes, son particularmente severas en la determinación de cómo debe ser el razonamiento judicial que termine en presunción.

Y así, se exige que tal razonamiento vincule a indicios que sean

- *ciertos* (es decir, hechos debidamente confirmados por otro medio cualquiera),
- *varios*⁵⁶ (deben ser por lo menos tres para que el razonamiento tenga

leza, físico o psíquico, siempre que de él pueda obtenerse un argumento que sirva para aceptar razonadamente la existencia de otro hecho no confirmado.

⁵² No importa al efecto el medio confirmatorio por el cual el juez lo conoce: un testimonio, una confesión, etcétera.

⁵³ Se entiende por *inducción* el método de razonamiento que consiste en partir del estudio y del análisis de datos particulares conocidos y avanzar lógicamente hasta alcanzar un principio general desconocido.

⁵⁴ Se entiende por *deducción* el método de razonamiento que consiste en partir de un principio general conocido y avanzar lógicamente hasta alcanzar una conclusión particular desconocida.

⁵⁵ La presunción nunca es *medio* de confirmación sino el *resultado* que se obtiene después de razonar a partir de la aceptación de hechos debidamente confirmados en la búsqueda de otros hechos que no lograron confirmación alguna.

Hablo aquí, por cierto, de la presunción *hominis* (o del hombre), no de la impuesta por el legislador.

⁵⁶ Aunque la palabra *vario* significa diferente, diverso o no igual o que está compuesto por una diversidad, cuando se usa en plural –varios– semánticamente equivale a *algunos* o a

peso confirmatorio),

- *graves* (deben mostrar mucha entidad o importancia, no ser una cosa baladí),
- *precisos* (deben ser necesarios o indispensables para el fin procurado) y
- *concordantes* (deben mostrar correspondencia o conformidad de un hecho con otro).

Este medio de confirmación ha tomado mayor auge en los últimos años por imperio de la propia realidad que muestra el litigio habitual: la parte procesal que pretende declarar simulado a un documento que refleja cierto acto, difícilmente puede contar con un contradocumento⁵⁷ que le permita confirmar su afirmación; de donde se impone la confirmación indiciaria como único medio posible. La tenaz negativa de un presunto padre de someterse a los análisis de sangre que podrían comprobar su negada paternidad y la imposibilidad de extraer por la fuerza la respectiva muestra⁵⁸, exigen ocurrir al indicio emergente de su propia negativa, cual invariablemente lo hacen nuestro tribunales desde hace ya bastante tiempo.

2) La *presunción*

Se entiende por *presumir* (de *præsumere*, conjeturar, sospechar, tener por cierto) la admisión de la certeza de una cosa sin que esté probada o sin que le conste a quien presume. En el derecho romano antiguo se empleó en el sentido de *creencia*, *suposición* u *opinión* y se relacionó el vocablo con el de *probare*, configurando el concepto de una hipótesis que se tiene por cierta mientras no se destruya con una prueba en contrario⁵⁹. Si bien se mira, presumir es igual a *ausencia de necesidad de prueba*. Y ello tiene, obviamente, estrecha relación con las reglas de la carga de la prueba, de las cuales son claras excepciones *los hechos presumidos* (no hay carga de probarlos).

Recién en el derecho canónico aparecieron las verdaderas presunciones – las que no admiten prueba en contrario– y, al desarrollarse los estudios sobre la prueba judicial, se generalizó la tendencia de sustituir a *los indicios* por *las presunciones legales*, aceptando ahora la posibilidad de *prueba en contrario*.

De tal forma, el tema se estudia desde siempre con una triple óptica: *præsumptiones iuris et de iure* (presunciones absolutas o de pleno derecho), *præsumptiones iuris tantum* (presunciones relativas) y *præsumptiones facti* (presunciones emergentes del análisis de varios hechos indiciarios y que, obviamente, también es relativa)⁶⁰.

unos cuantos.

⁵⁷ Es aquél mediante el cual las partes intervinientes en un documento anterior declaran que su contenido no es sincero.

⁵⁸ Esto, que creo es de toda obviedad, no lo es para la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia argentina, que recientemente privilegió la búsqueda de la identidad por sobre el de la intimidad de la propia persona de cuya identidad se duda.

⁵⁹ *Præsumptum est debet nisi contrarium approbatur.*

⁶⁰ Estos conceptos fueron incorporados al Código Napoleón y subsisten en el derecho mo-

Actualmente, corresponde hacer nueva sistematización: toda presunción admite un doble estudio: en cuanto a su origen y en cuanto a su valor.

Por el *origen*, puede ser *legal* (*præsumptio legis*), que está impuesta por el legislador y debe ser aplicada por el juez, y *humana* o *del hombre* (*præsumptio hominis*) que el juzgador establece a su voluntad después trabajar con indicios en las condiciones que la ley los admite).

A su turno, y en cuanto a su valor, la *presunción legal* admite ser clasificada conforme con que admita o no prueba en contrario: la *presunción absoluta de pleno derecho* (*præsumptio juris et de jure*), que no admite medio confirmatorio alguno en contrario y que otorga *certeza* al juzgador y la *presunción relativa* (*præsumptio juris tantum*) que admite confirmación en contrario y que, por tanto, genera *certeza* o *simple probabilidad* en el juzgador (por eso un medio de *convicción*).

3.5.2. LOS MEDIOS DE CONFIRMACIÓN EN PARTICULAR

Hasta aquí he efectuado una explicación sistemática del difícil tema relativo a la *confirmación procesal*, que permite comprender adecuadamente a cada uno de los medios respectivos y sus notas distintivas frente a todos los demás.

Sin perjuicio de ello, y para poder concluir el tema, me ocuparé seguidamente de cada uno de los medios confirmatorios en particular, haciendo exclusiva referencia a algunos de sus temas puntuales que preocupan a la doctrina o que repugnan al sistema normativo piramidal⁶¹.

Para ello, y a partir de ahora, hablaré de “prueba” (así, entre comillas, pues ya he dejado a salvo mi opinión acerca del verdadero significado del vocablo), en el mismo sentido que lo hace la mayoría de los autores y todas las legislaciones. No obstante, creo que la larga explicación que ha precedido a este capítulo posibilitará que nadie se confunda acerca de lo que estamos hablando.

A todo evento, haré precisa referencia a los que he llamado *medios de comprobación, acreditación, demostración y convicción* pues no puedo renegar de lo que estimo es lo correcto sistémicamente.

3.5.2.1. LA “PRUEBA” DE CONFESIÓN (EN PARTICULAR)

Ya se ha visto *supra* que la confesión es el *resultado* que puede lograrse —o no— mediante la declaración de una de las partes del proceso y que contiene

derno.

⁶¹ Esta obra no es un *Tratado* que glosa norma positiva alguna, razón por la cual hay temas propios de cada legislación que no están aquí desarrollados. Me ocupo sólo de los aspectos legales que se presentan como asistémicos con la idea de presentar al lector un verdadero sistema que permita armonizar cada institución con el concepto de *debido proceso*.

la aceptación que ella hace respecto de hechos propios o del conocimiento que tiene de ciertos hechos. En ambos supuestos, el resultado es contrario a su propio interés.

Esa declaración puede ser hecha en forma espontánea o provocada.

1) *La confesión espontánea:*

Es el producto del libre sentir y voluntad del confesante, lo que explicará luego los diversos requisitos que se exigen respecto de ella.

2) *La confesión provocada:*

Es el medio que las leyes que han adoptado el sistema inquisitivo como medio de enjuiciamiento imponen para que cada una de las partes procesales genere en su contraria la carga de declarar en juicio.

El tema será desarrollado *infra* con la denominación de *absolución de posiciones* en el # 3.5.2.1.4.

En cualquiera de ambos casos (espontánea y provocada), la confesión puede ser judicial o extrajudicial.

1) *La confesión judicial*

Es la que se presta ante el propio juez que dirige el proceso y que eventualmente lo sentenciará.

2) *La confesión extrajudicial*

Es la que se presta ante un juez diferente al que dirige el proceso y que eventualmente lo sentenciará.

Los autores discuten acerca del valor que ostenta este tipo de confesión. Luego explicaré el tema.

3.5.2.1.1. LOS REQUISITOS DE LA CONFESIÓN⁶²

Numerosos son los autores que se han ocupado de estudiar el tema relativo a la *prueba judicial*⁶³. A mi juicio, quien mejor ha logrado sistematizarlo es el

⁶² El tema preocupa al legislador desde antiguo. Ya las *Partidas* (Ley 4, Tít. 13, Part. 3) regulaban sabiamente los requisitos de la confesión, mencionando a los siguientes: *major* (que provenga de quien es mayor de edad), *sponte* (que sea espontánea), *sciens* (que sea consciente), *contra se* (que sea contra sí mismo), *ubi jus fit et hostit certum* (que se haga ante juez competente y en presencia de la parte contraria o que conste en el proceso y se comunique a ésta), *litisque* (que se haga en juicio), *favor* (que favorezca a la contraria) y *jus neo natura repugnet* (que no vaya contra la naturaleza o contra la ley).

⁶³ Excepcionalmente hago aquí una cita de autores y obras, ya que su antigüedad y la falta de reedición de ellas hace que en la actualidad no se conozcan. Debe saber el lector que durante todo el siglo XIX fueron los civilistas quienes se ocuparon del tema y, así, pueden ser consultados los buenos tratadistas franceses (AUBRY Y RAU, COLIN Y CAPITANT, JOSSE-RAND, PLANIOL Y RIPERT, POTHIER, TOULLIER, etc.) y también los argentinos y chilenos de comienzos del siglo XX.

Sin perjuicio de ellos y de los muchísimos trabajos publicados sobre aspectos parciales del tema referido a la prueba durante todo el siglo XX, tanto en Argentina como en Colombia y

inolvidable maestro colombiano Hernando Devis Echandía quien, en su conocida obra⁶⁴, analiza en tres grandes grupos los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia confirmatoria de cada uno de los medios conocidos⁶⁵.

Veamos cada uno de ellos.

1) Requisitos para la existencia de la confesión

Son:

- debe ser *declaración de una parte procesal* originaria⁶⁶ o sucesiva⁶⁷,
- hecha *en persona* o por un tercero que esté expresamente autorizado para efectuar la confesión a nombre de la parte procesal;
- que, en forma *expresa* (no implícitamente⁶⁸) y *terminante*,
- tenga como objeto *hechos personales del confesante* o el *conocimiento que él tiene acerca de hechos ajenos*
- y que, al aceptarlos, *sean favorables a la parte contraria*.
- Finalmente, debe ser *voluntaria*⁶⁹ y *consciente*⁷⁰, por encontrarse el de-

México, los grandes *Tratados generales* sobre la prueba judicial son, a mi juicio: BENTHAM, *Tratado de la pruebas judiciales*, ed. EJE, Bs. As., 1959. BONNIER, *De las pruebas en derecho civil y penal*, ed. Reus, Madrid, 1913. CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. Arayú, Bs. As., 1955. CASTRO MENDES, *El concepto de prueba en el proceso civil*, Lisboa, 1961. DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, ed. Temis, Bogotá, 1961. FLORIAN, *De las pruebas penales*, Ed. Temis, Bogotá, 1969; FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de la prueba en materia criminal*, ed. Temis, Bogotá, 1964. FURNO, *Contribución a la teoría de la prueba legal*, ed. CEDAM, Padua, 1940. GIULIANI, *El concepto de prueba*, ed. Giuffrè, Milán, 1961. GORPHE, *De la apreciación de la prueba*, ed. EJE, Bs. As., 1955. KISCH, *Elementos probatorios de derecho procesal civil*, ed. RDP, Madrid, 1940. LESSONA, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, ed. Reus, Madrid, 1928. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, ed. Reus, 1959. PESCATORE, *Tratado sobre la prueba judicial*, Milán. 1852. PINA, *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942. SENTIS MELENDO, *Teoría y práctica del proceso*, Bs. As., 1959. SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. RDP, Madrid, 1963.

⁶⁴ Ver su *Teoría general de la prueba judicial*, ed. de Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1970, 2 tomos.

⁶⁵ Advierta el lector que un medio de confirmación puede no existir como tal; que existiendo, puede no ser válido; y que siendo válido, puede carecer de eficacia confirmatoria (recuerde las dos líneas en las cuales debe laborar todo litigante durante el transcurso del periplo procedimental: la de eficacia y la de eficiencia). De ahí la importancia para el juez de comprender cabalmente el tema a fin de no incurrir en errores graves de valoración al momento de sentenciar.

⁶⁶ El actor, el demandado, el demandado por el reconviniente y el citado en garantía por el demandado que se opone a la citación

⁶⁷ El tercero procesal que se convierte en parte.

⁶⁸ Ya explicaré luego la razón por la cual la ley no debe admitir la *confesión ficta*. La necesidad de que sea expresa quita entidad a la cuestión de si existe o no confesión en la formulación de preguntas al contrario.

⁶⁹ Significa que sea por propia voluntad y no por fuerza, error, ardid, obligación o necesidad.

⁷⁰ En el sentido castizo de que el declarante, en pleno uso de sus sentidos y facultades, tiene preciso conocimiento de lo que está haciendo y de las consecuencias que su declara-

clarante en condiciones de saber lo que hace y querer hacerlo. De tal modo, la declaración no debe ser el resultado de métodos violentos, artificiales u ocultos que destruyan la voluntariedad del acto⁷¹.

2) *Requisitos para la validez de la confesión*

Son:

- el confesante debe tener –al momento de declarar– plena capacidad civil⁷², salvo casos especiales previstos por la ley⁷³
- y dar su declaración en las condiciones formales de modo, tiempo y lugar previstas por la ley.
- Además, no debe haber causal de nulidad general que también vicie el acto de la confesión.

3) *Requisitos para la eficacia confirmatoria de la confesión*

Son:

- que la confesión sea *idónea*⁷⁴ como medio de prueba del hecho confesado con relación al objeto del litigio⁷⁵ o que tenga *aptitud legal*⁷⁶ para confirmar ese hecho y
- *pertinente*⁷⁷ respecto de hechos *alegados por alguna de las partes* (re-

ción puede depararle.

Desde muy antiguo se da a este concepto el nombre de *animus confitendi* (existencia en el declarante de *ánimo de confesar*), que la doctrina interpretó, desinterpretó y torció a voluntad hasta hacer de él algo inútil y olvidable. Tanto, que los autores ya lo obvian en sus estudios puntuales sobre el tema.

Sin embargo, habría que comenzar a trabajar nuevamente en la formulación de este requisito. Y precisamente ahora, cuando se ha puesto de moda –por parte de alguna prensa amarilla– el uso de *cámaras ocultas* cuyas filmaciones son mal utilizadas luego por los jueces al darles un valor confirmatorio del que carecen por completo. Se trata, así de simple, de una aplicación más de la teoría del *fruto del árbol envenenado* que convierte en ilícito a todo medio no producido en condiciones de absoluta regularidad legal.

⁷¹ En general, su resultado no debe ostentar ninguno de los conocidos como *vicios de la voluntad*.

⁷² Es decir, la *legitimatio ad processum* que le permite obligarse por sí mismo en el proceso.

⁷³ No pueden ser sujetos activos de la confesión en la Argentina: los incapaces de hecho del Código Civil, los fallidos y concursados respecto de los hechos relativos a los bienes de los cuales fueron desapoderados, los inhabilitados a los que refiere el art. 152 del Código Civil y los penados (Código Penal, 12).

⁷⁴ Es decir, adecuado y con las condiciones necesarias para lograr resultado.

⁷⁵ Se trata de que la ley acepte la posibilidad de confesar un hecho determinado. A veces, alguna norma prohíbe este medio: en el anterior régimen de divorcio no vincular vigente en la Argentina, por ejemplo, estaba vedado el reconocimiento de los hechos que constituían causal divorcista y, por ende, la confesión respecto de ellos carecía de todo valor.

⁷⁶ Cuando el litigio versa sobre cuestión de orden público –por ejemplo, pretensión de nulidad de matrimonio– la confesión no es aceptada por la ley como medio de prueba directa para acreditar el hecho en discusión.

⁷⁷ Ver el concepto de *pertinencia* en el # 3.6.1.3.

cuérdese que el juez no debe introducir oficiosamente hechos al litigio) y que, además,

- deben ser *metafísica*⁷⁸, *física*⁷⁹ y *jurídicamente*⁸⁰ posibles y
- no estar en contradicción con las *máximas generales de la experiencia*⁸¹ del propio juzgador
- ni con otro medio de confirmación que brinde adecuada convicción al juzgador⁸².
- Además, debe tener *causa y objeto lícitos* y
- no ser *dolosa* ni *fraudulenta*
- y ser hecha ante *juez*⁸³ en proceso ya iniciado o en diligencias previas cuando ello está autorizado en la ley.

3.5.2.1.2. LA RETRACTACIÓN DE LA CONFESIÓN

En principio, y como corresponde a la seriedad que debe ostentar todo acto procedimental, las leyes ordenan en general que la confesión es *irreversible*⁸⁴ o *preclusiva e irretractable*⁸⁵ y que, así, produce sus efectos desde el momento mismo en el cual se realiza.

Sin embargo, el buen sentido jurídico hace que deba permitirse legalmente que el confesante impugne su propia confesión por haber en la declaración:

- 1) *error de hecho* propio o
- 2) *ardid* o *dolo* de la parte contraria o de terceros utilizado para lograr la confesión o
- 3) uso de *violencia* física, psicológica o moral contra el confesante o sus allegados en la obtención de la confesión.

Y esto puede hacerlo el confesante retractando o revocando su confesión o

⁷⁸ Que no se opongan al principio lógico de contradicción.

⁷⁹ Que no se opongan a las leyes constantes de la naturaleza.

⁸⁰ Que no se opongan a una presunción legal absoluta o al efecto de caso juzgado en su contra.

⁸¹ Mucho se ha escrito sobre el tema, no sólo para definirlo sino también para saber si son o no materia de prueba cuando se trata de las que utiliza un testigo o un perito. Acá empleo el vocablo en el antiguo sentido doctrinal de “reglas hipotéticas de contenido general que sirven para la deducción de un hecho desconocido a partir de un hecho conocido”.

⁸² Por cierto, en normativa que no otorgue a la confesión el carácter de suma prueba.

⁸³ Se discute doctrinalmente acerca de si es menester que el juez sea competente. Yo evité su mención entre los requisitos detallados en el texto pues no la considero relevante.

⁸⁴ No puede ser retirada.

⁸⁵ No puede ser retractada, es decir que el confesante no puede desdecirse de los ya confesado.

provocando la declaración de nulidad del respectivo acto⁸⁶.

3.5.2.1.3. LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LA CONFESIÓN

Desde antiguo se otorga a la confesión la máxima calidad probatoria del hecho confesado, respecto del cual se releva todo otro medio confirmatorio⁸⁷.

De allí que muchas leyes vigentes normen textualmente que *la confesión judicial hace plena prueba contra el confesante* salvo algunas circunstancias⁸⁸ que ya se han visto en la enunciación de los requisitos de la confesión:

- 1) que recaiga sobre hechos cuya investigación o reconocimiento prohíbe la ley;
- 2) que comprometa derechos irrenunciables o intransigibles;
- 3) que sea hecha por quien carece de capacidad para realizar los hechos sobre los que versa y
- 4) que se acredite de modo indudable que ha sido resultado de un error.

De cualquier modo, resta aún explicar que, al momento de efectuar la valoración de la confesión, el juez debe tener en cuenta el total de los dichos del confesante cuando hace alguna *aclaración, explicación, adición o modificación* al hecho confesado.

Como muchas confesiones muestran esta modalidad, es importante saber qué debe hacer el juez cuando está frente a ellas.

Esto genera una nueva e importante clasificación de la confesión en *simple, calificada o cualificada, compleja y compuesta*.

Las explico:

1) *Confesión simple*

En este tipo de confesión, el declarante se limita a confesar el hecho que lo perjudica. Por ejemplo, dice: *sí, recibí de Juan la suma de cien pesos en calidad de mutuo y el plazo para devolverlo está vencido (por tanto, le debo)*.

2) *Confesión cualificada o calificada*

En este tipo de confesión, el declarante confiesa el hecho pero le asigna una naturaleza jurídica diferente a la causa obligacional esgrimida por quien dice ser su acreedor. Por ejemplo, dice: *sí, recibí de Juan la suma de cien pesos, pero no en calidad de préstamo sino de donación (por tanto, no le debo)*.

3) *Confesión compleja*

⁸⁶ Según la posición que cada autor adopte frente a la naturaleza jurídica de la confesión, propone el uso de cada uno de los vocablos expuestos en el texto.

⁸⁷ Antiguo refrán español dice que “...a confesión de parte, relevo de toda otra prueba”

⁸⁸ A veces están expresamente previstas en la ley.

En este tipo de confesión, el declarante confiesa el hecho y la causa jurídica de la obligación alegada por el acreedor, pero le añade alguna circunstancia relevante para poder resistir a su cumplimiento. Por ejemplo, dice: *sí, recibí de Juan la suma de cien pesos en calidad de mutuo, pero aún no está vencido el plazo que me otorgó para devolverlo (por tanto, hoy no le debo).*

4) Confesión compuesta

En este tipo de confesión, el declarante confiesa el hecho (igual que en la simple) pero lo vincula con otro hecho separado y diferente a raíz de lo cual favorece la resistencia al cumplimiento de lo pretendido. Por ejemplo, dice: *sí, recibí de Juan la suma de cien pesos en calidad de mutuo y el plazo para devolverlo está vencido. Pero él me debe a mí una cantidad superior de dinero en calidad de honorarios por un servicio profesional que le brindé en su momento (por tanto, compenso las deudas hasta la cantidad menor).*

Como es obvio, todas las circunstancias son diferentes y merecen otras tantas soluciones.

Nada obsta a que el juez acepte sin más y con pleno valor de *prueba* o de simple elemento de convicción (si hablamos de confirmación procesal) el primer caso de confesión *simple*.

Pero en los demás supuestos hay que analizar si el hecho –tal cual fue confesado– es *divisible* (o *escindible*) o *indivisible* (o *inescindible*).

1) Confesión divisible

Quienes aceptan esta solución valorativa, sostienen que la declaración de la parte hace plena prueba en cuanto al hecho confesado en lo que es desfavorable para ella y que no deben tenerse en cuenta las circunstancias que adicionó, por lo que sólo cabe que el mismo confesante salga a probarlas por sus propios medios y en la oportunidad que fuere. Por tanto, se acepta sin más la confesión de la deuda sin importar si hay afirmaciones que hacen que aquélla sea *calificada* o *compleja*.

Por supuesto, esto no es razonable pues va contra toda lógica y sentido de justicia.

Sin embargo, es tesis correcta cuando la confesión es *compuesta* ya que hace a la adecuada convivencia que nadie pueda imponer por la fuerza una solución propia a un conflicto de convivencia. De tal modo, si el confesante aspira a compensar las deudas en el ejemplo recién dado, habrá de proponer su propia demanda y lograr en el proceso que se incoe la declaración judicial de su derecho.

2) Confesión indivisible

En tesis obviamente contraria, se entiende que la declaración de la parte debe ser valorada en su conjunto, tanto en lo favorable como en lo desfavorable. De donde resulta que no puede considerarse como confesión cuando ella ha sido calificada o compleja⁸⁹.

⁸⁹ Actualmente hay códigos que refieren al caso. Por ejemplo, el de Santa Fe, Argentina, en su art. 167: “La confesión es indivisible, a menos que el interesado produzca prueba conclu-

3.5.2.1.4. LA ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

Es el medio procedimental que tiene una parte procesal para lograr la declaración en juicio de su contraria y beneficiarse eventualmente con una confesión de ella.

La *confesión* concebida como *medio de prueba*⁹⁰ es institución típica del método inquisitivo de enjuiciamiento y, por ello, divorciada del sistema constitucional que asegura la garantía del *debido proceso* que debe presentarse sólo como *acusatorio* o *dispositivo*.

Han sido los procesalistas penales –que no los procesalistas civiles– quienes descubrieron ese desfase y, con mucho esfuerzo doctrinal, han logrado revertir ese estado de cosas: ahora, aun en algunos países que continúan ejercitando el sistema inquisitivo, la declaración de la parte procesal es *derecho* y no *carga* de ella. Por tanto, nadie puede provocarla.

En otras palabras: al igual de lo que ocurre en el sistema acusatorio, el interesado *declara si quiere* y, por ende, su silencio no puede generar siquiera indicio en su contra⁹¹.

Pero en materia de pleitos sobre pretensiones no penales, el problema continúa.

Advierta el lector, en primer término, que la Constitución Nacional garantiza expresamente que *nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo*.

Para la total comprensión del problema que aquí muestro he de decir que es obvio que, dado el tiempo en el cual se sancionó tal Constitución, la voz *obligado* allí utilizada ostenta un contenido con mayores connotaciones que las que pueden ser extraídas de su significado técnico de *constreñir una conducta* haciendo fuerza sobre personas o cosas para lograrla. Así, es comprensiva también de las ideas que encierran los conceptos de *deber* (su incumplimiento genera una sanción) y de *carga* (la inactividad genera efectos contrarios al interés del incumpliente).

De allí que el que *nadie pueda ser obligado...* implica que no haya constricción ni sanción ni aplicación de apercibimiento alguno por incumplimiento de

yente de la inexistencia de los hechos con que haya sido calificada o aquélla tenga en su contra una presunción legal o fuera desde todo punto de vista inverosímil”.

⁹⁰ En lo civil, esta prueba se logra por medio de la *absolución de posiciones*; en lo penal, por la vía de la *declaración indagatoria*.

⁹¹ Es interesante acotar cómo desconocen algunos jueces estas elementales reglas de juzgamiento: en sonado y mediático caso penal abierto en la ciudad de Buenos Aires sobre fines del año de 2002, el magistrado actuante se quejaba acerbamente ante numerosos medios periodísticos –que, por supuesto, cohonestaron el lamento– de que el *imputado se había abstenido de declarar*, infiriendo de ello que *no deseaba colaborar con la Justicia* porque, seguramente, *tendría algo que ocultar...* ¡Parece mentira que hayamos perdido hasta ese punto las reglas que deben regir a la República!

deber, obligación o carga.

He recordado esto pues la *citación para absolver posiciones*⁹² que se hace a una parte en proceso en el cual se controvierte una pretensión no penal se efectúa siempre con el expreso apercibimiento de tenerla por confesa –a tenor de las posiciones redactadas y presentadas por su contrario– a quien no concurra sin justa causa a la audiencia señalada al efecto.

De la misma forma –y si el aceptar declarar o negarse a ello es innegable *derecho de la parte* y no obligación, deber o carga– se fuerza inconstitucionalmente la declaración del absolvente con la sanción que los códigos le imponen a su silencio en la audiencia respectiva: tenerlo por confeso acerca de todos los hechos contenidos en el respectivo pliego de posiciones^{93 94}.

En otras palabras: citada una parte procesal para declarar en juicio por la vía del medio de la *absolución de posiciones*, pierde automáticamente la garantía constitucional de que no puede ser *obligado a hacerlo*.

En efecto: si no concurre a la audiencia, *no sólo declara sino que también confiesa* todos los hechos adversos que haya imaginado su contradictor. Y si concurre pero se abstiene voluntariamente de declarar –utilizando al efecto la misma garantía constitucional recién mentada– ocurre algo idéntico: *no sólo declara sino que también confiesa...* ¿No le parece al lector que esto es definitivamente absurdo y reñido con la estructura piramidal de la legislación de una República?

Creo que el tema no merece más tiempo y dedicación de los que le hemos prestado. Por eso es que me abstendré de hacer las menciones habituales en las obras generales acerca de las posiciones y de lo que a ellas concierne.

No obstante, añadiré algo que deliberadamente he dejado para el final: desde los tiempos antiguos –en rigor, desde que se perdió el método de enjuiciamiento que logró la civilidad al ser suplantado por el que inventó una de las formas de barbarie que sufrió y sufre aún la humanidad– la declaración de la parte procesal se hace *bajo juramento de decir verdad*⁹⁵.

He aquí un absurdo más: para el creyente, ello significa colocarlo exactamente entre la espada y la pared: si dice la verdad, pierde el pleito: si dice una mentira, pierde su alma...

⁹² Esto ocurre sin excepciones en todos los códigos de América latina.

⁹³ Se trata de una plica que presenta el ponente de la prueba y que contiene claras afirmaciones para que sean respondidas por el absolvente en el acto de su declaración, utilizando al efecto un simple *si* o *no* para dar la respuesta.

⁹⁴ Algunos legisladores, afortunadamente, han advertido el problema. Y, así, permiten que el juez releve al absolvente de responder a preguntas ilícitas, que afectan el honor del absolvente o que tienden a enjuiciarlo penalmente.

⁹⁵ La fórmula habitual tendría que ser: decir la verdad, sólo la verdad y nada más que la verdad. Todo lo expuesto en el texto ocurre en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, arts. 579 y 586, a mi entender en clara pugna con la norma contenida en el art. 24, 3) de la Constitución.

Esto fue advertido –otra vez– por los penalistas: el delito de *perjurio*⁹⁶ desapareció del código penal argentino a poco de comenzado el siglo XX. Por tanto no es delito mentir en juicio.

Sin embargo, y maguer la garantía constitucional y la inexistencia del perjurio, las leyes procedimentales –siempre divorciadas de la realidad legislativa– siguen exigiendo el consabido juramento de rigor en la redacción de cada posición⁹⁷ que se formula en juicio.

3.5.2.2. LA “PRUEBA” DE DOCUMENTOS (EN PARTICULAR)

Ya sostuve *supra*, al explicar en general los diferentes medios confirmatorios, que existe una marcada anarquía conceptual en la casi totalidad de los códigos que se ocupan del tema.

En la Argentina, casi todo lo relativo a los *documentos en general* y aun a su valor confirmatorio está contenido en el Código Civil.

De tal forma, al ocuparse del tema los códigos procesales, se limitan a regular aspectos puramente procedimentales⁹⁸ respecto de toda suerte de documentos (propios de las partes o de terceros, públicos o privados).

Por ello, la explicación que sigue deberá conjugar diferentes ordenamientos que deben complementarse recíprocamente.

3.5.2.2.1. LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Tal como lo hice antes respecto de la confesión –y respetando la misma fuente– analizaré a continuación los que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia probatoria de este medio de confirmación⁹⁹.

1) *Los requisitos de existencia del documento*

Son:

- que tenga *aptitud representativa*¹⁰⁰ de un hecho o de un concepto o de una idea cualquiera,
- que esté realizado por un *acto humano*
- y tenga *significación propia y entidad confirmatoria*.

⁹⁶ Se tipifica cuando se miente en declaración judicial.

⁹⁷ La fórmula habitual es la siguiente: “Jure como es cierto que....”

⁹⁸ Por ejemplo, su exhibición en juicio y sanciones por no hacerlo, su compulsas y expedición de copias, su reconocimiento por partes y terceros, la oportunidad para presentarlos al juicio, etc.

⁹⁹ Ver el texto de la nota # 65.

¹⁰⁰ Es lo que sirve o tiene capacidad para *representar*: describir, dar imagen.

Notará el lector que, contrariamente a la fuente que inspira la elaboración de este tema, no menciono a la *firma* del emisor como requisito de existencia.

Sucede que las leyes en general mencionan promiscuamente con el nombre de *documentos* a los que *supra* presenté como *instrumentos*, *documentos*, *monumentos* y *registros*. Y resulta obvio que no todos ellos requieren de firma para su existencia (por ejemplo, un mojón).

Por lo demás, el tema de la discusión doctrinal está circunscrito desde hace mucho tiempo a los *documentos privados* (un billete de papel moneda, por ejemplo, no contiene firma original alguna). Y la realidad actual demuestra que cabe repensar con seriedad la normativa que exige imprescindiblemente la firma del emisor. Si así no se hace, quedarán para siempre fuera de toda protección jurídica los millones de contratos que, por ejemplo, se realizan diariamente por la vía del télex, del fax y del *e-mail*.

Finalmente: cuando se trata de instrumento escrito que naturalmente exige la firma, es obvio que –aquí sí– se trata de un requisito que hace a su existencia como tal.

2) Los requisitos de validez del documento

Son:

- que se haya elaborado *voluntariamente*¹⁰¹,
- con las *formalidades legales*¹⁰² y llevado al proceso en forma *legítima*, con las formalidades de modo, tiempo y lugar exigidos por la ley;
- y, tratándose de *copias*, que se hayan cumplido los requisitos exigidos para su *legítima expedición*.

3) Los requisitos de eficacia del documento

Son:

- que su contenido sea *convinciente* y
- no haya otro medio confirmatorio válido en *su contra*¹⁰³;
- que llegue al proceso sin *violación de la reserva o del secreto* que la ley le haya impuesto a su emisor o a su tenedor
- y *completo*¹⁰⁴, sin *alteraciones*¹⁰⁵, *mutilaciones*¹⁰⁶, *tachaduras*¹⁰⁷ o *enmiendas*¹⁰⁸ sin salvar¹⁰⁹ adecuadamente de puño y letra del emisor o con

¹⁰¹ No por fuerza, dolo, coacción o en estado de inconsciencia.

¹⁰² Cuando ello es exigido.

¹⁰³ La referencia es obvia: un instrumento o la confesión.

¹⁰⁴ Es decir, que esté entero y con todas sus partes.

¹⁰⁵ No debe tener cambios que afecten su forma o su esencia.

¹⁰⁶ Es un corte o eliminación que afecta la integridad del documento.

¹⁰⁷ Es una raya o conjunto de rayas hechas sobre algo escrito para taparlo o para indicar que no vale; tachón.

¹⁰⁸ Es la corrección de errores.

la misma máquina con la cual se emitió

- y que, en su caso, se haya hecho el *registro* (público) que exija la ley.
- Finalmente: cuando se encuentra emitido en el extranjero, que se cumplan todos los requisitos exigidos para su elaboración y autenticidad.

3.5.2.2.2. EL VALOR CONFIRMATORIO DEL DOCUMENTO

Históricamente, el documento escrito es un medio de *prueba* muy posterior e inferior a la confesión (recuérdese su calidad de *probatio probatissima*) y al testimonio de terceros. De ahí que, hasta la actualidad, a contrapelo de la historia y no obstante estar ello reñido con la lógica, mantiene una entidad *probatoria* menor en numerosos códigos vigentes.

Sin embargo, en el mundo que no ató su destino judicial al sistema inquisitivo –en rigor, mucho antes de que éste apareciera con el rigor perverso impuesto a fines del siglo XV– se adoptó la escritura para redactar notas¹¹⁰ a fin de rescatar la memoria de lo anotado en un futuro eventual.

En la actualidad, cuando la doctrina se maneja diferenciando adecuadamente a los instrumentos, los documentos, los monumentos y los registros, no cabe hablar con propiedad del *valor probatorio* de todo ello.

Por tal razón, algunos códigos¹¹¹ más modernos que los que rigen en la Argentina¹¹², por ejemplo, han dejado de preestablecer el *valor probatorio* de los diferentes medios, dejando que el libre y prudente arbitrio del juez opte por alguno de ellos en cada caso.

En otras palabras: la ley no asigna un determinado valor que el juez debe respetar a todo trance. De tal modo, todos los medios de confirmación se convierten en simples *medios de convicción*, con los enormes peligros que

¹⁰⁹ Es dejar a salvo una corrección.

¹¹⁰ En latín, *noto-notis* significa escribir, trazar caracteres de escritura. De allí viene el origen de la palabra *notarii* (notario): simple escriba –por lo común, un esclavo– que escribía con abreviaturas las actas que les dictaban los interesados. También en Roma apareció el *tabularium*, archivo público llevado por el *tabularius*: contador, cajero o tenedor de libros. Recién en el último período de la legislación romana se creó el medio para dar autenticidad a los documentos escritos: se depositaban en poder del magistrado –tanto en Roma como en Constantinopla– y, de tal forma, su veracidad se ponía fuera de toda controversia. Si bien se mira, esto ocurre hasta hoy para dar fecha cierta a un escrito...

¹¹¹ El código de Colombia establece en su art. 187: “*Apreciación de las pruebas*. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

A su turno, y en la misma tónica, el del Perú dispone en su art. 197: “*Valoración de la prueba*. Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”.

¹¹² Pero todos se igualan en la adopción de su sistema de enjuiciamiento.

ello puede llevar aparejado.

Ya se verá luego que la asignación de un cierto valor a cada medio en particular es, precisamente, lo que se llama *tasación de la prueba*¹¹³ y que ello implica varias cosas: en primer lugar, asegurarse el legislador de que se cumplirá la norma primaria por él dictada y que, así, el juez no podrá emplear métodos interpretativos referentes al medio de debate basados en su exclusiva preferencia personal. En segundo término, permitir que los ciudadanos puedan cuidar adecuadamente de sus intereses, dejando por escrito lo que crean conveniente a fin de guardar debida memoria de lo actuado y de evitar eventuales discusiones futuras acerca de lo que ocurrió en el pasado, con la certeza de que el juez que procese y sentencie el litigio no podrá variar a voluntad las reglas del juego¹¹⁴ que los interesados guardaron estrictamente durante el desarrollo del proceso.

Parece obvio destacar que en el cambiante mundo actual corresponde inclinarse del lado del legislador y no en el del juez. De tal manera, éste tendrá que respetar el significado probatorio del documento público sin que pueda alterarlo por vía de algunos de los medios conocidos de convicción.

Esta tesitura interpretativa condice, por lo demás y en la Argentina, con lo que legisla al respecto la normativa de fondo pues, por respeto y necesidad de mantener la gradación de las leyes en un país de raíz federal, la norma de carácter nacional debe prevalecer por sobre las normas provinciales contenidas en los códigos procesales.

De tal forma, el *instrumento (documento público)* tiene definitivo valor probatorio acerca de los hechos que el funcionario dador de fe afirma como cumplidos por él mismo o por los propios interesados realizados en su presencia. Y ello hasta tanto el respectivo instrumento sea declarado falso¹¹⁵.

Diferente valor tienen las aseveraciones que los interesados expresan ante el dador de fe: ellas valen hasta la simple prueba en contrario por cualquiera

¹¹³ Adelanto por ahora que eso significa que es el legislador –y no el juez– quien establece, con carácter previo y general para todos los litigios, el valor que al momento de sentenciar ha de tener cada uno de los posibles medios de confirmación. Por ejemplo, en España, LEC, art. 580 y 598.

¹¹⁴ Cual lo hacían los magistrados anteriores a la Revolución Francesa y como lo efectúan hoy muchos jueces argentinos que hacen gala de un ilegítimo e inusual *decisionismo*, para desesperación de los litigantes que carecen de toda posibilidad de prever los resultados de una sentencia.

¹¹⁵ Dice Código Civil, 993 que “El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiera anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia”.

A su turno, el art. 994 dice que: “Los instrumentos públicos hacen plena fe no sólo entre las partes, sino contra terceros en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etcétera, contenidos en ellos”.

Finalmente, el art. 995 dice que: “Los instrumentos públicos hacen plena fe de las enunciaci-ones de hechos o de actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no sólo entre las partes sino también respecto de terceros”.

de los legitimados para hacerlo¹¹⁶.

Por lo contrario, los *documentos* (*documentos privados o simples documentos*) que requieren ser reconocidos por sus firmantes tienen distinto valor “probatorio” según sea quien los firme: si la parte procesal, importa un reconocimiento equiparado a la confesión.

3.5.2.3. LA “PRUEBA” DE PERITOS (O PERITAJE¹¹⁷) (EN PARTICULAR)

Ya se ha visto el tema en el # 3.5.1.1. (al presentar el relativo al medio de *comprobación o prueba científica propiamente dicha*) y en el # 3.5.1.4.3. (al explicar el medio de *convicción* que he denominado *peritaje de opinión*).

Habría advertido allí el lector –luego de comparar ambos textos– cuántas sensibles diferencias existen entre un peritaje *científico* y uno de *opinión*. Tantas, que resultan inconfundibles por ser, definitivamente, cosas diferentes:

- a) en el primero –*el científico*– hay y habrá siempre un único resultado en la comprobación que haga uno cualquiera o todos los *peritos*;
- b) en el segundo –*el de opinión*– en cambio, pueden haber tantas opiniones –y, además, discordancias– cuantos peritos opinen.

De ahí que insisto recurrentemente en la necesidad de no seguir mencionándolos con la misma palabra, ya equívoca por multívoca¹¹⁸.

Esa equivocidad ha permitido la antigua y permanente confusión de los autores al tratar de *diferenciar a un testigo de un perito*¹¹⁹ y posibilitó el demérito confirmatorio que, sin excepción, han dado los códigos que regulan al peritaje –y para toda suerte de ellos– como un *medio de prueba*.

De allí que el tratamiento legislativo del tema sea siempre asaz confuso: se mezcla *un perito en determinación de grupos sanguíneos o en fuerza de*

¹¹⁶ Dice Código Civil, en nota al art. 993: “Se habla de los hechos que, por su oficio, debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento; pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe y admite prueba en contra”.

De la misma forma, si un vendedor dice que cobró antes del acto”.

Y añade la nota al art. 994 que la norma refiere “...a aquellas cosas que el escribano ha adquirido certidumbre por si mismo y que tenga misión de comprobar”.

¹¹⁷ Reitero que en lenguaje forense es corriente oír que el perito produce *pericias*, vocablo que debe ser sustituido por la palabra *peritaje*. En efecto: *pericia* es la *habilidad y destreza en el conocimiento de una ciencia o el desarrollo de una actividad* mientras que *peritaje* o *peritación* es el *trabajo o estudio que hace un perito*.

¹¹⁸ Para llegar a esta afirmación es que dividí la explicación del tema en dos ópticas: *general* (al principio de este punto) y *particular* (en tratamiento actual) respecto de cada uno de los medios de confirmación. Creo que ahora el problema puede ser captado en su real dimensión y mejor comprendido por el lector. Ojalá sea así.

¹¹⁹ La comparación puede hacerse, claro está, entre el testigo y el perito de opinión, jamás con el perito comprobador de hechos científicos.

*gravedad con un perito tasador de inmuebles o un perito calígrafo y a todos se les aplica idéntica solución*¹²⁰.

De ahí que toda esa legislación sirva sólo para lo que aquí he denominado *perito de opinión*. Con esta salvedad, veamos algunos de los distintos problemas que plantea el tratamiento del tema en particular.

1) *La diferencia entre un perito técnico y un testigo técnico*¹²¹

Para quien está desprevenido podría resultar –de lo que llevo dicho– que el perito de opinión es un simple testigo. Pero no es así:

- a) como se verá luego en el # 3.5.1.4.4, el testigo relata siempre hechos que percibió o conoció por medio de sus sentidos (en otras palabras: el testigo, por ejemplo, vio u oyó el hecho sobre el cual depone) y, si es un técnico, respecto de lo que vio u oyó pero pudiendo dar las calificaciones o explicaciones del caso que enriquecerán eventualmente su testimonio;
- b) en cambio, el perito estudia hechos o lugares, personas y cosas que las propias partes le presentan precisamente para eso.

2) *La recusación a los peritos*

La designación de un perito en general puede ser hecha directamente por cada parte (se denomina *perito de parte*) o por ambas, estando de acuerdo al efecto (es un *perito común* de las partes) o, en su defecto, designado por el juez en forma directa o por sorteo entre los inscritos en una lista elaborada para el caso (es un *perito judicial* o *perito tercero*).

Por obvias razones, deben tener diferente tratamiento en cuanto a la posibilidad recusatoria de las partes. Las veremos a continuación:

- a) El *perito judicial* debe ser recusable por las mismas causas que las leyes acuerdan desde antaño para recusar a los jueces¹²². Y ello, por cuanto –al igual que el juzgador– el perito judicial debe ostentar sus mismas cualidades: ser imparcial, imparcial e independiente.

¹²⁰ Por ejemplo, el CPC de Santa Fe –en norma reiterada en todas partes– establece en su art. 199 que “El juez no estará obligado a seguir el dictamen pericial y deberá apreciar el mérito de la prueba según su criterio”.

Más modernamente, pero con igual criterio, el CPC de la Nación establece en su art. 477 que “La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados... y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”.

Similarmente, LEC española, art. 632: “Los jueces y los tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, si estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos”.

¹²¹ Desde antiguo existe la tendencia doctrinal de equiparlos. Ya en Roma se hablaba de *testis simples* y de *testis peritus*.

¹²² Sin perjuicio de ello hay que añadir una más a las causales conocidas: la que se basa en la impericia o inidoneidad del perito, particularmente cuando no se exige título oficial para desempeñar el cargo.

b) El *perito común* también debe ser recusable, sólo que por causas nacidas o conocidas por el recusante con posterioridad a su designación. La solución es lógica e inatacable: si una parte procesal designó a alguien como perito es porque no tenía o no le conocía causal de recusación (caso contrario, lo no hubiera designado).

c) El *perito de parte* no pasa de ser un simple *consultor* o *delegado técnico*¹²³ o *veedor-control* del peritaje realizado por el *perito común* o por el *perito judicial*. Como es simple de imaginar, este *perito de parte* no actúa como verdadero tercero imparcial o indiferente frente al objeto por el cual las partes litigan, toda vez que su naturaleza jurídica es la de un *simple mandatario de la parte que lo designó*. De ahí que deba acatar sus instrucciones y de ahí también la importancia que ostenta como control de la confección del peritaje.

Por eso es que no cabe jamás su recusación que, de ser aceptada, implicaría una suerte de recusación a la propia parte, cosa inimaginable.

Esto, que tan claro se ve cuando actúa un único perito judicial, no lo es tanto cuando el peritaje se encarga a tres personas: una designada por cada una de las partes en litigio y la otra por el juez. Pero es indudable que aquí cabe repetir lo recién señalado: el perito designado por una de las partes sin el acuerdo de la otra es y será siempre *perito de parte* y, como tal, mandatario de ella¹²⁴.

3.5.2.3.1. LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA DE PERITOS

Reiterando el esquema expositivo empleado en páginas anteriores, trataré seguidamente los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia de este medio de confirmación.

1) *Los requisitos de existencia del peritaje*

Son:

- debe ser un *acto* realizado *personalmente*¹²⁵ en un *proceso*¹²⁶ y a consecuencia de un *encargo judicial*¹²⁷,
- cumplido por un *tercero*¹²⁸
- y debe versar sobre *hechos*¹²⁹.

¹²³ Esa es la denominación que le dan los códigos actuales.

¹²⁴ Ocurre lo mismo en el arbitraje sometido a la decisión de tres árbitros designados de la misma forma: uno por cada parte y el tercero nombrado por ellos o por persona diferente de las partes. ¿Puede alguien dudar de la naturaleza jurídica de estos peritos designados unilateralmente?

¹²⁵ El cargo no es delegable.

¹²⁶ No hay pericia extraprocesal que sirva en un litigio.

¹²⁷ No puede ser espontáneo, como el testimonio.

¹²⁸ El *perito*, que es *no parte*.

2) Los requisitos de validez del peritaje

Son:

- el encargo judicial de su realización debe ser *conforme con la ley*
- y no existir *prohibición* de practicarlo;
- el perito debe ser persona civilmente *capaz*,
- haber tomado *debida posesión del cargo*¹³⁰
- y realizado el peritaje en forma *consciente, libre de coacción, dolo, violencia, cohecho o seducción*,
- sin haber utilizado *medios ilegítimos o ilícitos* para el desempeño del cargo
- y haber *realizado personalmente* (no por otra persona) los estudios básicos que posibiliten la emisión de su dictamen,
- presentado o expuesto finalmente ante el juez con las *formalidades del caso* en cuanto a tiempo, modo o lugar.
- Además, no debe existir *causal general de nulidad* que vicie también el peritaje y,
- cuando son varios los peritos, la *deliberación debe ser hecha en forma conjunta*, con explicación de lo deliberado en la ocasión¹³¹.

3) Los requisitos de eficacia de la pericia

Son:

- debe ser *conducente* respecto del hecho a confirmar y, éste, *pertinente* con el objeto de la controversia;
- el *perito ser idóneo* en la materia sobre la cual perita
- y haber hecho su dictamen con suficiente y explicada *motivación*,
- con conclusiones *claras, asertivas, firmes* (no dubitativas) y que *guarden coherencia* lógica con los fundamentos
- y que sean *convincentes* y no aparezcan como *improbables, absurdas o imposibles*
- y acerca de hechos que *no sean jurídicamente imposibles*¹³²,
- sin *exceder los límites del encargo judicial*¹³³

¹²⁹ No sobre el *derecho*, que no puede ser objeto de peritación.

¹³⁰ Lo que implica haberlo aceptado, prestado juramento de fiel desempeño cuando la ley lo exige y sido puesto en posesión por el funcionario con competencia al efecto.

¹³¹ El requisito es de la mayor importancia pues hace a la esencia del peritaje múltiple que exista una efectiva deliberación y no una simple sumatoria de opiniones.

¹³² Por existir presunción de derecho o efecto de caso juzgado en contrario.

- ni haberse hecho el estudio previo al dictamen *sin conocimiento y participación de todos los interesados* en el resultado¹³⁴ (lo que significa que no puede existir violación del derecho de defensa de las partes);
- no debe existir *motivo serio que haga dudar* de su imparcialidad, desinterés y sinceridad,
- ni otro medio confirmatorio convincente que *desvirtúe el dictamen o lo haga dudoso o incierto*,
- ni prueba alguna acerca de una objeción imputada por existir *error grave, dolo, cohecho o seducción* en el peritaje,
- ni declaración judicial de *falsedad del dictamen*,
- ni violación por el perito de la *reserva legal o del secreto profesional* que ampare a las personas, cosas o lugares que sirvieron de estudio para fundamentar el dictamen.
- Debe ser *presentado o expuesto oportuna y formalmente*
- y no haber *rectificación o retractación del perito* acerca de sus conclusiones.

3.5.2.4. LA “PRUEBA” DE TESTIGOS (EN PARTICULAR)

Ya he adelantado el tema en el punto # 3.5.1.4.4, al explicar lo relativo al testimonio en general como un medio de confirmación que produce convicción en el juzgador.

Toca ahora ocuparse de la persona y de los deberes y derechos del testigo.

1) *La persona del testigo*

Ya se ha visto que, desde los tiempos antiguos, se han presentado grandes resquemores contra el testigo y su testimonio.

Por ello, tratando de reducirlos en lo posible, desde antes de la Ley de Partidas se legisló acabadamente acerca de la persona del testigo y de todo lo relativo a él, estableciéndose los requisitos necesarios para lograr una declaración con suficiente entidad convictiva. A ese efecto, las leyes hicieron prolijo detalle de las causales de inhabilidad para testimoniar y de las de tacha acerca del resultado de lo atestiguado.

Con el tiempo, y ya en la modernidad, todo eso sufrió importante mengua y muchas de las exigencias se echaron al olvido. Sin embargo, sigue con total vigencia el antiguo mandato legal: para ser testigo se necesita suficiente

¹³³ El perito no puede realizar la actividad propia del juez, de ahí que no deba hacer calificaciones jurídicas o establecer los efectos jurídicos de los hechos que verifiquen en el peritaje, etcétera.

¹³⁴ Esta es la simple razón por la cual un peritaje ordenado y realizado en la etapa de sumario previa a la de juicio en el proceso penal inquisitorial, carece de toda fuerza confirmatoria en contra del imputado.

edad¹³⁵, plena capacidad de conocimiento¹³⁶, absoluta probidad¹³⁷ y cabal imparcialidad¹³⁸.

Veamos ahora cuáles son

2) *Los deberes del testigo*

Todo testigo está sujeto al cumplimiento de tres deberes de diferente contenido: el de comparecer, el de declarar y el de decir la verdad en la declaración. Los explico seguidamente.

2.1) *El deber de comparecer*

A raíz de él, el testigo debidamente citado al efecto ha de comparecer ante el juez que lo citó sin poder excusarse a voluntad pues el comparendo constituye una *carga pública*¹³⁹. Si no comparece sin causa justificada, se consigna su comparendo¹⁴⁰.

Sin perjuicio de ellos, están exceptuados del cumplimiento de este deber:

- a) por *imposibilidad de comparecer*, los enfermos o personas de avanzada edad que justifiquen adecuadamente que no pueden desplazarse sino con enorme esfuerzo. En tales casos, se los interroga en su propio domicilio en audiencia convocada al efecto y con la presencia de los funciona-

¹³⁵ Para actuar en calidad de testigo procesal se exige siempre un mínimo de edad que, variable en las diferentes legislaciones, ronda casi siempre en la de catorce años (exigencia que viene de la Ley 9, Tít. 16, Part. 1). Sin embargo, es habitual que la ley permita la declaración de menores de esa edad, sólo que sin estar sujetos a la prestación de juramento ni a eventuales sanciones por el incumplimiento de cualquiera de sus deberes como testigo (ver mención expresa en LEC española, art. 647: "...no se exigirá juramento a los menores de catorce años"). Y esto es correcto. Frente a ello se dirá ¿para qué sirve un testigo en tales condiciones? Creo que para mucho. Por de pronto, es imprescindible oír a los menores de cualquier edad en los pleitos en los cuales se discute el discernimiento de su tenencia. O en el que se litiga acerca de la extensión del daño producido por un cuasidelito en el cual el menor es víctima. Del mismo modo, en el de divorcio de los padres, si él desea declarar y, en general, en cualquier pleito sobre cuestiones de familia donde pueda estar involucrado.

¹³⁶ La palabra se usa en el sentido de *capacidad de comprensión*, tal como luego la menciono. Por ello, desde siempre no pueden ser testigos por falta de conocimiento el loco, el fatuo, el ebrio o embriagado, etcétera.

¹³⁷ Que significa respeto por los valores morales, rectitud de ánimo e integridad y honradez en la forma de actuar. De donde deriva el *deber de decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad* en la respectiva declaración, tal como expresa habitualmente la exigencia impuesta en el acto de prestar juramento. En la antigua legislación hispánica se negaba la aptitud de testimoniar a muchísimas personas: ver Part. 3, Tít. 16.

¹³⁸ La imparcialidad –entendida como *neutralidad* (ni uno ni otro)– hace a la esencia del testimonio. De acá deriva otro de los requisitos que hacen a la esencia de la eficacia del testimonio como medio de convicción y que mencionaré *infra*.

¹³⁹ Antiguamente se la denominaba *carga concejil* o *carga de república*. Consiste en el oficio que deben servir o el servicio que deben prestar por su turno todos los vecinos de un pueblo, menos los que están exceptuados de ellos por un privilegio o por imposibilidad física o moral para desempeñarlo.

¹⁴⁰ Recuérdese que se trata de un deber cuyo incumplimiento es sancionable. En numerosos códigos se dispone que quien no comparece sin causa adecuada puede ser conducido por la fuerza pública hasta el lugar en el cual debe declarar. De verdad, esto no se compadece con la naturaleza de *deber* sino con la de *obligación*.

rios del caso y de las partes procesales a las que puede afectar la declaración;

- b) por *privilegio especial*: las personas que, desde tiempo antiguo, gozan de la prebenda de no comparecer a declarar por virtud de dispensa hecha por la misma ley procesal y, en su lugar, permiten que lo hagan por escrito en su propio domicilio.

Como todo privilegio, resulta irritante para el hombre de la calle, máxime cuando la tendencia de los últimos años es aumentar indiscriminadamente el número de exceptuados de este deber¹⁴¹.

Por supuesto, la excepción del deber de comparecer no impide la declaración: sólo que ella se hace por escrito, en el propio despacho del funcionario privilegiado, sin el control inmediato de las partes, a quienes se les veda saber si consultó apuntes (prohibido a los testigos corrientes) o si contó con asesoramiento letrado (ídem), etcétera. ¿Se advierte en qué medida se vulnera el derecho de defensa de las partes en homenaje a la comodidad de algunos funcionarios?

2.2) El deber de declarar o atestiguar

Comparecido el testigo ante el juez, debe declarar acerca de lo que le pregunten las partes¹⁴². Caso de no hacerlo, en algunos códigos se constriñe su declaración, con lo cual se le quita el carácter de *deber* al que estamos estudiando¹⁴³.

¹⁴¹ Como muestra de la veracidad de esta afirmación, recuerdo que en los años '40 el código argentino que mayor número de excepciones normaba se concretaba a mencionar al presidente de la nación, a los gobernadores de provincias y sus ministros; los miembros de las cámaras legislativas nacionales o provinciales y de los tribunales de justicia, los jueces letrados; los prelados eclesiásticos; los militares de la nación desde el grado de coronel inclusive y los intendentes municipales. El CPC de la Nación, en la versión actual de su art. 455, derivó la confección de la nómina de exceptuados a la reglamentación de la Corte Suprema, que lo hizo en fecha 20.12.67 incluyendo a: "presidente y vicepresidente de la nación; ministros y secretarios del poder ejecutivo; subsecretarios de los ministerios y secretarías de estado; gobernadores y vicegobernadores de provincias; ministros y secretarios del poder ejecutivo de las provincias; legisladores nacionales y provinciales; magistrados de la justicia nacional y provincial y funcionarios judiciales asimilados a esa calidad; obispos y prelados; procurador del tesoro; fiscales de estado; embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules generales; rectores y decanos de las universidades nacionales; presidentes de bancos oficiales, nacionales y provinciales; presidentes, administradores, directores, gerentes o titulares de cargos equivalentes que importen la representación legal de entidades autárquicas y empresarias del Estado, nacionales y provinciales; jefes y subjefes de la policía federal y de las provincias; directores de los institutos penales de la nación y de las provincias; jefes de reparticiones de la administración pública, nacional, provincial y comunal que, en atención al buen servicio de la función que desempeñan no deban, a juicio del juez y según las circunstancias del caso, comparecer personalmente a declarar como testigos".

No cree el lector que son demasiados? Salvo el resignado hombre de a pie que sufre diariamente el país, ¿queda alguien para ir a declarar al Tribunal? ¿No se advierte el mal que esto produce en la sociedad toda y, particularmente, en la extensísima duración de los litigios?

¹⁴² En el sistema inquisitivo, por cierto que absurdamente, quien pregunta es el propio juez y lo hace a su voluntad. ¿Dónde queda su *ajenidad*?

¹⁴³ En numerosos códigos se dispone que si el testigo no declara se lo arresta hasta que lo

Su deposición debe hacerse a tenor de las preguntas¹⁴⁴ que les formulen las partes en litigio¹⁴⁵.

Sin embargo, hay excepciones a este deber que el testigo debe hacer valer en la oportunidad de su declaración:

- a) cuando la respuesta que debe dar a una pregunta puede comprometer su honor o
- b) exponerlo a enjuiciamiento penal o
- c) a revelar un secreto científico, militar, artístico, industrial o profesional¹⁴⁶.

2.3) *El deber de decir verdad*

Comparecido el testigo y colocado ya en posición de declarar, debe ahora decir la verdad acerca de lo que es interrogado. Para asegurar ello, desde antiguo la ley le exige prestar solemne juramento de que así lo hará¹⁴⁷ e identificarse¹⁴⁸ y responder adecuadamente a una serie de preguntas cuyas

haga o declare que no lo hará. En este supuesto, se lo somete a la justicia penal pues el art. 243 del Código Penal establece: “Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva”.

¹⁴⁴ Obviamente, las preguntas deben ser claras y no contener o involucrar una respuesta ni términos estrictamente técnicos salvo que se dirijan a un experto.

¹⁴⁵ Para ello hay una técnica que varía en los diversos sistemas. Dentro del régimen inquisitivo, quien pregunta es el juez, con facultades de *eliminar* o de *reformular* las preguntas de las partes. Sin perjuicio de ello, el sistema insiste en su perversión: el oferente del testigo ha de presentar su interrogatorio con cierta antelación y hacer en la audiencia sólo las preguntas que allí se contengan. Terminada la declaración, el mismo oferente puede hacer *ampliaciones* de su interrogatorio pero limitado al tenor de las preguntas originales o de las respuestas dadas a ellas por el testigo. Luego de esto, la parte contraria a la que lo ofreció puede *repreguntar* libremente lo que quiera. De donde el lector debe advertir que hay *preguntas*, *ampliaciones de preguntas* y *repreguntas*.

En esa tónica, ver LEC española, art. 652: “... También podrá el juez... pedir al testigo cuantas explicaciones crea convenientes para el esclarecimiento de los hechos acerca de los cuales hubiese sido examinado”.

En el sistema acusatorio, el juez no interroga para no asumir el papel de una parte procesal en homenaje a la imparcialidad que debe guardar permanentemente. En dicho sistema, imperante en los países del *common law*, hay una *examination* y un *cross examination*, correspondiente a nuestras *preguntas* y *repreguntas*, que se hacen sin limitaciones de ningún tipo.

¹⁴⁶ Los primeros se explican por sí solos. El último alcanza a los abogados, procuradores, médicos, parteras, farmacéuticos, psicólogos y sacerdotes de cualquier credo.

¹⁴⁷ Algún codificador no creyente y, a más, desconocedor de la antigua importancia espiritual del juramento, lo hizo fungible con una simple *promesa de decir verdad* que, por cierto, carece de las implicaciones propias de aquél. Otros, finalmente, hicieron jurar *por la Patria*, *por el Honor*, etcétera (recuérdese que *jurar* es *poner a Dios como testigo* (ver el # 3.5.1.4.2.)).

¹⁴⁸ La adecuada identificación sirve, entre otras cosas, para saber si el testigo es hábil para serlo o no en un determinado litigio, toda vez que hay personas que no pueden atestiguar en juicio. Aunque el dato es contingente, pues varía de código a código, pueden citarse como ejemplos: el cónyuge de la parte, aunque esté divorciado de ella, los parientes consanguíneos y afines dentro de ciertos grados, los tutores, los curadores, etcétera, salvo que

respuestas sirven para conocer el grado de imparcialidad del testigo¹⁴⁹.

3) *Los derechos del testigo*

Si bien el acto del comparendo al tribunal para prestar declaración constituye una carga pública (ver nota # 85) no resulta razonable que el mismo testigo sea quien deba asumir personalmente los gastos de transporte y manutención cuando debe declarar en lugar diferente al de su domicilio.

Previendo esta situación, muchos códigos –que no todos–establecen la posibilidad de que el testigo reclame ante el juez una suerte de indemnización o pago de viático suficiente para abonar los gastos del caso. Algunos más detallistas, exigen que la parte oferente del testimonio deposite con antelación en el Tribunal la suma judicialmente estimada al efecto.

Por supuesto, y dada la naturaleza de carga pública ya mencionada, el *viático*¹⁵⁰ es eso mismo y no otra cosa (indemnización por lucro cesante, por ejemplo).

3.5.2.4.1. LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA DE TESTIGOS

Reiterando el esquema expositivo empleado en páginas anteriores, trataré los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia de este medio de confirmación.

1) *Los requisitos de existencia del testimonio*

Son:

- debe ser *declaración personal* de un *tercero* (no parte¹⁵¹) en un *proceso*,
- que tenga significación confirmatoria y
- que verse acerca de *hechos* acaecidos con antelación o comenzados a acaecer antes de la declaración aunque sigan ocurriendo el tiempo de

sean agentes o testigos instrumentales de un acto jurídico y la declaración verse sobre éste y cuando se atestigua sobre su nacimiento, matrimonio, divorcio o defunción de los miembros de su familia.

¹⁴⁹ Estas preguntas se conocen con el nombre de *generales de la ley* e intentan averiguar la existencia en el testigo de tachas señaladas por la ley. La denominación de *generales* se opone a la de *especiales* o *útiles*. Las primeras son las que se preguntan a todos (la generalidad de) los testigos (de ahí su denominación) en tanto que las segundas conciernen al punto en controversia y varían de pleito a pleito. Las *generales* se reducen a saber si el testigo conoce a las partes que litigan; si tiene noticia del pleito; si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguna de tales partes y, en su caso, en qué grado; si es amigo íntimo o enemigo con resentimiento; si tiene interés en la causa; si desea que gane algún litigante aunque no tenga razón y, en su caso, cuál; si fue sobornado o intimidado para que mienta u oculte la verdad; y si está pronto a decirla aunque se halle en alguna de estas circunstancias.

¹⁵⁰ Etimológicamente, es el dinero que se le da a una persona que se va de viaje para que pueda abonar sus gastos.

¹⁵¹ Salvo caso de litisconsorcio. Ver nota # 45.

realizarse ella,

- y que hayan sido percibidos o conocidos por el declarante a través de sus sentidos.

2) Los requisitos de validez del testimonio

Son:

- el *ofrecimiento* del medio por *parte legitimada* al efecto (nunca por el juez) y la *admisión y ordenación* del testimonio por el juez en legal forma,
- y su *recepción* por funcionario hábil a ese efecto;
- la *capacidad procesal* del testigo¹⁵²
- y su *habilidad o aptitud física, moral e intelectual* para el caso concreto;
- el testimonio debe ser un acto *consciente, libre de coacción*,
- precedido por la prestación de *juramento*¹⁵³ en legal forma
- y cumplir las *formalidades procesales* de tiempo de tiempo, modo y lugar que establece la ley para efectuar la declaración;
- además, no debe haber *motivos generales de nulidad* del proceso que puedan afectar la validez del testimonio
- ni *prohibición legal* para la recepción del testimonio particular¹⁵⁴ o del testimonio en general para ese proceso
- y debe contar con *adecuado control* de la parte contraria de quien ofreció la testimonial¹⁵⁵.

3) Los requisitos de eficacia del testimonio

Son:

- el medio debe ser *conducente y pertinente* con el hecho a probar
- y *útil* para generar convicción en el juzgador;

¹⁵² Ver la nota # 135.

¹⁵³ Como dato de extrema curiosidad histórica, vale la pena ver en la Partida 3ª, Título 11, la fórmula precisa con la cual se tomaba juramento a cristianos (Ley 19), judíos (Ley 20) y moros (Ley 21). Hoy sería impensable hacer algo parecido.

¹⁵⁴ V.gr.: violación del secreto profesional.

¹⁵⁵ El tema es de rigurosa actualidad. Corriendo a contrapelo de la doctrina consagrada por la ley procesal, algunos jueces aceptan y –más grave aún– hacen mérito de declaraciones de testigos que ocultan su identidad y, con ello, incriminan penalmente a alguien, lo procesan y lo detienen. Como puede apreciarse fácilmente, hemos vuelto en pleno siglo XXI a la mejor época de la Inquisición española: recuerde el lector que allí el reo ignoraba quién lo acusaba, *quiénes eran los testigos de cargo* y, a veces, de qué se lo acusaba. Toda la historia del pensamiento político procesal gira alrededor de la idea de brindar adecuado derecho de defensa en juicio al acusado penal o demandado civil. Culminación de esa historia puede verse en los Pactos internacionales que exigen el efectivo control de la pretensión deducida en juicio y de los medios de confirmación que la sustentan. La Argentina ha ratificado esos Pactos, tal como es de pública notoriedad. ¿Por qué no se cumplen? ¿Cómo es que nadie dice algo al respecto?

- el testigo debe haber contado con plena *capacidad mental* al momento de la percepción de los hechos acerca de los cuales depone, y no haber tenido perturbaciones psicológicas o de otro orden que –aun cuando no alcancen a producir incapacidad mental– puedan afectar la veracidad o la fidelidad del testimonio,
- y tener una *capacidad memorativa* normal de acuerdo con la antigüedad de los hechos sobre los cuales atestigua,
- sin que existan circunstancias objetivas o subjetivas que puedan haber *alterado la fidelidad de esa percepción o de su memoria*,
- y no padecer de *falta total o parcial o de defectos del órgano de percepción* que debió utilizar para tomar conocimiento del hecho;
- el relato debe ser hecho refiriendo a hechos que no deben aparecer *inverosímiles o imposibles*,
- o estar en *contradicción con las reglas generales de la experiencia*,
- y las respuestas ser *claras*¹⁵⁶ y *seguras y precisas* las afirmaciones,
- que deben contar con el respaldo de la *razón de los dichos*¹⁵⁷ de modo tal que el *conocimiento* del testigo esté *de acuerdo con esa razón del dicho*,
- y sin exceder el objeto propio del testimonio
- ni violar una reserva o secreto profesional
- y no parecer seriamente *improbable la ocurrencia del hecho* en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que el testigo expone;
- además, debe haber ausencia tanto de *interés personal o familiar* del testigo en el litigio en el cual se discute el hecho objeto del testimonio como de antecedentes de perjurio, falso testimonio o deshonestidad del testigo; del mismo modo no debe haberse acreditado incidentalmente en el proceso el dolo del testigo o la falsedad de su testimonio;
- no debe existir efecto de *caso juzgado* ni *presunción de derecho* en contrario a lo declarado;
- cuando son varios los testigos, es menester que no existan entre ellos *graves contradicciones*, debiendo preferir el juez al que goce de mayor credibilidad;
- si se trata de una declaración trasladada desde otro proceso entre las mismas partes, *su ratificación*:
- en todo caso, que se hayan *cumplido las formalidades* de modo, tiempo y lugar para su recepción
- y que el declarante no sea persona que habitualmente es llamada a de-

¹⁵⁶ No vagas ni incoherentes.

¹⁵⁷ Es el fundamento del saber del declarante.

clarar en Justicia¹⁵⁸

3.5.2.5. LA “PRUEBA” DE INFORMES

Este tipo de “prueba” es relativamente moderno y aparece legislado en los códigos en forma casi generalizada a partir de la segunda mitad del Siglo XX y, conforme se halla reglamentado, viene a erigirse en una suerte de *testimonio de la persona jurídica*¹⁵⁹ sólo y exclusivamente, acerca de hechos de los que existe constancia registral en sus archivos o libros regular y legítimamente llevados.

Y parece absolutamente razonable la admisión legal pues, sin perjuicio de lo recién dicho, tales registros se presentan también como una variante de la *prueba documental*.

3.5.2.5.1. LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA DE INFORMES

Toda vez que el *informe* es una suerte de *testimonio documental* que brinda una persona jurídica, se aplican al caso –en lo pertinente– los mismos que ya expliqué respecto de la prueba de documentos y de la prueba de testigos.

1) Los requisitos de existencia de la prueba de informes

Son:

- debe ser *declaración* del representante legal de una persona jurídica que es *tercero* (no parte¹⁶⁰) en un *proceso*,
- que tenga significación confirmatoria y
- que verse sólo acerca de *hechos o de datos* que consten asentados en forma correcta en registros llevados regularmente por el informante¹⁶¹.

¹⁵⁸ El llamado *testigo profesional*, tan abundante en algunos lugares de América.

¹⁵⁹ He sostenido antes que sólo la persona física puede testimoniar. Y la afirmación que aquí glosó no es incongruente con ello pues lo que digo ahora es que se trata de una *suerte* de (parecido al) testimonio. Y si bien se mira ello es exacto: cuando el representante de una sociedad anónima afirma que en sus libros consta tal o cual registración, el testimonio es de la propia sociedad, no de su *representante*....

¹⁶⁰ Salvo caso de litisconsorcio.

¹⁶¹ El tema es de fundamental importancia, ya que el informe sólo puede versar acerca de datos contenidos en registraciones regulares y legales que lleva el informante (por ejemplo, una oficina pública, un Banco, la Bolsa de Comercio, una sociedad anónima, etc.). Es moneda común en los litigios que tramitan en la Argentina que por la vía informativa se expidan verdaderos testimonios que, así, escapan a los requisitos propios de tal medio de confirmación y que, por ende, no existen como tales. Como dato gracioso por lo absurdo, recuerdo acá que en los pleitos que versan sobre asuntos de familia, por ejemplo, algunos jueces encomiendan a la Policía la realización de *informes ambientales* respecto de una cualquiera de las partes: y ello termina en el reflejo que un agente policial cuenta –informa– acerca de lo que él mismo ha preguntado al propio interesado, quien siempre asegura ser buena per-

2) Los requisitos de validez de la prueba de informes

Son:

- el *ofrecimiento* del medio por *parte legitimada* al efecto (nunca por el juez) y la *admisión y ordenación* del informe por el juez en legal forma,
- su *recepción* y eventual constatación por funcionario hábil a ese efecto;
- y cumplir las *formalidades procesales* de tiempo de tiempo, modo y lugar que establece la ley para efectuar el informe;
- además, no debe haber *motivos generales de nulidad* del proceso que puedan afectar la validez del informe
- y la parte contraria de quien ofreció la prueba debe contar con posibilidad de *adecuado control* de la emisión y del contenido del informe.

3) Los requisitos de eficacia de la prueba de informes

Son:

- el medio debe ser *conducente y pertinente* con el hecho a probar
- y *útil* para generar convicción en el juzgador;
- y las respuestas ser *claras*¹⁶² y *seguras y precisas* las afirmaciones,
- en todo caso, que se hayan *cumplido las formalidades* de modo, tiempo y lugar para su recepción.

3.5.2.6. LA “PRUEBA” DE INDICIOS Y PRESUNCIONES

Ya se vio en el # 3.5.1.4.5. lo relativo al indicio como medio de convicción. Veamos ahora los aspectos particulares de este medio.

3.5.2.6.1. LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA DE INDICIOS

Reiterando el esquema expositivo empleado en páginas anteriores, trataré seguidamente los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia de este medio de confirmación.

1) Los requisitos de existencia de los indicios

Son:

- que haya *plena prueba* del hecho indicador
- y que tal hecho tenga alguna significación confirmatoria respecto del hecho que genera el razonamiento indiciario, por existir alguna conexión lógica entre ellos.

sona.... Como es obvio, esto carece de todo valor.

¹⁶² No vagas ni incoherentes.

2) *Los requisitos de validez de los indicios*

Son:

- que el medio confirmatorio del hecho indicador o indiciario haya sido decretado y practicado en legal forma y realizado por medios lícitos y no prohibidos por la ley;
- que no haya una causa general de nulidad del proceso que vicie el hecho indicador
- ni prohibición legal de investigar el hecho indicador o el hecho indicado.

3) *Los requisitos de eficacia de los indicios*

Son:

- la *conducencia* del medio indiciario respecto del hecho investigado,
- que se haya descartado razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el hecho investigado sea *aparente, por obra de la casualidad o del azar*, así como la *posibilidad de falsificación* del hecho indiciario por obra de terceros o de las partes;
- que aparezca clara y cierta la *relación de causalidad* entre el hecho indicador (el conjunto de ellos, si son contingentes) y el indicado
- y que sean *varios, graves, precisos y concordantes o convergentes*, cuando los hechos indicadores son contingentes;
- que no haya *contraindicios* que no puedan descartarse razonablemente
- y que se hayan eliminado las otras posibles hipótesis y los argumentos que pueden contradecir la conclusión adoptada;
- que el resultado inferido sea unívoco e inequívoco (no polívoco o equívoco);
- que no existan otros medios de confirmación que contradigan los *hechos indiciarios* o que demuestren la *existencia de un hecho opuesto* al indicado por aquéllos;
- que se haya llegado a una *conclusión precisa y segura*, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez.

3.5.2.7. LA “PRUEBA” DE INSPECCIÓN O DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Ya se ha visto en el # 3.5.1.3. que en un sistema republicano de juzgamiento, el juez no puede erigirse en *fuentes de prueba* pues todo lo que él vea, oiga, toque, guste o huela queda incorporado a su persona y, así, el resultado del reconocimiento o de la inspección queda absolutamente fuera de control de las partes procesales, con todo lo que ello implica de conculcación del derecho de defensa en juicio.

Tanto es así que, muchas veces, el resultado de la inspección se mezcla con

el saber privado del juzgador o queda condicionado por éste, a espaldas de los interesados que habrán de sufrir las consecuencias disvaliosas de la sentencia dictada haciendo mérito de ellos.

Esta es la razón por la cual, en los últimos años y en los lugares donde comienza a predominar el sistema acusatorio de juzgamiento, este medio probatorio se halla por completo en demérito doctrinal y legislativamente y, así, resulta prohibido en su realización oficiosa. Se admite, en cambio, cuando se realiza a pedido de parte y con la precisa condición de que la inspección la realice un funcionario que no sea el propio juez o, para el caso de que éste deba hacerlo en forma personal, que haga constar en acta *ad hoc* todo lo inspeccionado y reconocido, a fin de que en ello y sólo en ello pueda basar eventualmente su sentencia, en tanto lo contenido en el acta ha podido ser materia de control de las partes eventualmente afectadas por lo sentenciado.

Hechas estas aclaraciones, trataré ahora el tema desde la óptica de las leyes inquisitivas pero adecuando los requisitos a lo que sistémicamente debe ser un *debido proceso*.

3.5.2.7.1. LOS REQUISITOS DE LA “PRUEBA” DE INSPECCIÓN JUDICIAL

1) Los requisitos de existencia de la inspección judicial

Son:

- debe ser realizada por la persona que el juez haya designado al efecto,
- siempre que sea funcionario judicial que actúe en ejercicio del cargo.

2) Los requisitos de validez de la inspección judicial

Son:

- que no exista *prohibición legal* de practicar la diligencia de reconocimiento,
- la que debe ser *ordenada y notificada a las partes* en legal forma
- por el *juez competente* para realizarla
- a fin de que puedan los interesados consentirla y, en su caso, tomar toda la participación que deseen;
- además, que no existan *motivos generales de nulidad que vicien el acto*.

3) Los requisitos de eficacia de la inspección judicial

Son:

- la *conducencia* del medio respecto de lo inspeccionado (debe ser susceptible de percepción directa por el funcionario delegado al efecto por el juez)
- y la *pertinencia* del objeto de la inspección con el litigio;
- que tal objeto no sea *jurídicamente imposible*, por existir presunción de derecho o efecto de caso juzgado en su contra.

- que se labre prolija y clara *acta* de todo lo acaecido en la oportunidad de modo tal que permita conocer con seguridad a los interesados en saberlo qué fue el objeto de la inspección y cuáles sus características y resultados;
- que las conclusiones allí relatadas no aparezcan absurdas o imposibles;
- que no haya habido rectificación o retractación de tales conclusiones por quien las emitió
- ni otros medios confirmatorios que las desvirtúen
- ni declaración judicial de falsedad del *acta*.
- Además, que se no haya violado reserva legal o secreto profesional alguno
- y que haya sido procesalmente posible para las partes contradecir su resultado.

3.6. EL PROCEDIMIENTO CONFIRMATORIO

(CUÁNDO SE CONFIRMA)

Ya expliqué en su momento que todo proceso constituye una serie de etapas¹⁶³ de necesaria existencia y que se abren —o no— en cada caso concreto en función de lo efectivamente allí actuado por las partes.

Cabe recordar que la *etapa de afirmación* debe presentarse siempre e imprescindiblemente en *todo proceso*, pues éste se incoa por demanda y ella debe contener *sí o sí* una afirmación¹⁶⁴.

También debe existir la posibilidad legal de abrir una *etapa de negación* de lo afirmado en la demanda. Pero esta etapa no es de tránsito imprescindible¹⁶⁵ para el demandado.

De la misma forma, de no haber oposición a la demanda nada habrá para confirmar, pues en un verdadero sistema procesal el silencio *debe tener un valor impuesto por la ley*: en todo litigio de objeto transigible implicará siempre el reconocimiento de los hechos expuestos por el actor.

Finalmente, también debe existir la posibilidad de abrir con posterioridad una *etapa alegatoria* para que cada parte haga mérito de los medios confirmatorios producidos e intente convencer al juzgador de sus respectivas razones. Pero es claro que, caso de no producirse elemento confirmatorio alguno,

¹⁶³ Afirmación – negación – confirmación – alegación.

¹⁶⁴ La lógica impide imaginar una demanda sin contenido pretensional así como pensar en una pretensión que carezca de la afirmación de un hecho al cual el pretendiente asigna efectos jurídicos.

¹⁶⁵ Recuérdese que el demandado bien puede allanarse o, también, no contestar la demanda, guardando silencio al efecto en el momento pertinente. En tal hipótesis no existirán los *hechos controvertidos* que habiliten la existencia de la apertura de una etapa confirmatoria.

carece de sentido abrir dicha etapa¹⁶⁶.

Por tanto: la pregunta *cuándo se confirma* debe ser contestada con la respuesta *en la etapa respectiva*, siempre que ella sea abierta al efecto.

Habida cuenta de que en cada tipo procedimental¹⁶⁷ las leyes establecen plazos diferentes a tal efecto, ese *cuándo*, además, debe ser relacionado con aquél.

3.6.1. LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO CONFIRMATORIO

Contestada la demanda¹⁶⁸ y existiendo algún hecho controvertido por los interesados (o, en defecto de ello, alguno que no ha sido contradicho pero que debe ser de *demonstración necesaria*¹⁶⁹ en función del valor jurídico en litigio) el juzgador debe ordenar la apertura de la etapa confirmatoria¹⁷⁰, que se compone de cuatro subetapas: la de ofrecimiento, la de aceptación, la de admisión y la de producción.

3.6.1.1. LA SUBETAPA DE OFRECIMIENTO DE LOS MEDIOS DE CONFIRMACIÓN

Abierta por el juez la etapa confirmatoria, la ley fija —o debe fijar— un determinado plazo para que cada parte ofrezca los medios de confirmación con los cuales cree que logrará oportunamente convencer¹⁷¹ al juzgador acerca de la razón que lo asiste y, así, ganar el pleito cuando él lo sentencie¹⁷².

Ese plazo debe ser necesariamente *común* y ha de correr a partir del día hábil siguiente al de la fecha en la cual ambos contendientes han consentido el decreto que ordenó la apertura.

¹⁶⁶ En tal supuesto la etapa alegatoria debe ser suplida por una similar para que los interesados informen acerca de la vigencia de los derechos defendidos.

¹⁶⁷ Procedimientos *ordinario, sumario, sumarísimo, ejecutivo, oral*, etcétera

¹⁶⁸ O luego de haberse sustanciado las excepciones deducidas en juicio ejecutivo.

¹⁶⁹ Aquél que debe ser confirmado aun cuando haya acuerdo de partes al respecto, pues tiene relación con una pretensión que compromete el orden público.

¹⁷⁰ En el lenguaje tribunalicio habitual, *abre la causa a prueba*.

¹⁷¹ Insisto una vez más que la finalidad de toda la confirmación procesal es lograr la convicción del juzgador.

¹⁷² Debe quedar claro que el proceso es lucha en la cual uno pierde y otro gana. Reitero a riesgo de cansar que los contendientes no van ante el juez para tratar de despejar dudas ni para buscar verdad alguna. Van a ganar o, a lo sumo, a evitar perder demasiado. Quien no ve así al proceso no ha litigado jamás y se halla divorciado de la realidad de la vida tribunalicia.

Sin perjuicio de esto, la ley debe prever la posibilidad de efectuar ofrecimiento posterior, sólo cuando se invocan *hechos nuevos*¹⁷³ después de la apertura de la etapa confirmatoria.

Excepcionalmente, además, puede aceptarse la posibilidad de ofrecer, admitir y producir algún medio de confirmación *antes* de estar trabada la litis (contestada la demanda) o, aún más, *antes de deducir la demanda*. Esto ocurre cuando la ley permite probar ciertos hechos como *medida cautelar previa a un juicio*¹⁷⁴. Esto es bueno y aceptable en un sistema en tanto no se vulnera el derecho de defensa de la persona a quien eventualmente se opondrá el resultado de la prueba anticipada¹⁷⁵.

Por eso es que *siempre y en todo caso*, quien pueda resultar perjudicado por lo que se actúe en la producción de cualquier medio confirmatorio efectuada antes de la apertura de la correspondiente subetapa, debe ser citado adecuada y oportunamente para concurrir al acto respectivo y, así, poder controlar su desarrollo. Parece ocioso sostener, a esta altura de la obra, que si así no se hace se vulnera el derecho de defensa en juicio de alguna de las partes y se deja de lado abiertamente la garantía del debido proceso¹⁷⁶.

En las décadas de los años '40 y '50, totalitarismo procesal mediante, se intentó a todo trance reducir el lapso de duración de los procesos¹⁷⁷. Y para eso se reformó la ley estableciendo que todos los *medios de prueba* presen-

¹⁷³ Hecho nuevo es el ocurrido con posterioridad a la traba de la litis y el que, siendo anterior a ella, no era conocido por el interesado al momento de ofrecer medios de confirmación en un proceso dado.

¹⁷⁴ Hay Códigos que consagran expresamente la posibilidad de producir prueba anticipada, autorizándola no en el capítulo dedicado a la prueba en general sino en el que atañe a *las medidas cautelares*. Establece el art. 272 del CPC de Santa Fe, Argentina, que "Sin perjuicio de las medidas autorizadas por el art. 390 (*medidas preparatorias*), los que sean o vayan a ser partes en un proceso y tengan motivo para temer que la producción de pruebas que les sean necesarias se haga difícil o imposible por el transcurso del tiempo, pueden solicitar el aseguramiento de dichas pruebas". Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de contar con el testimonio de un anciano o de alguien que se traslada definitivamente al extranjero, etcétera.

¹⁷⁵ Es corriente en Argentina practicar *constataciones* notariales al sólo pedido del requirente y sin la participación del otro interesado. Jurídicamente, como es obvio, esto carece de toda eficacia probatoria por cercenamiento del derecho de defensa de la futura parte procesal. Sin embargo, jueces hay que desconocen esto y proceden inconstitucionalmente en forma recurrente.

¹⁷⁶ Hay Códigos —cual el de Santa Fe, Argentina, verdadero propulsor de la materia— que autorizan en caso de urgencia a reemplazar la citación previa del eventual afectado por la de un representante del Ministerio Público. Esto sólo puede aceptarse dentro del perverso régimen inquisitivo que todavía rige en el lugar: ¿por qué hay que presumir que el Ministerio Público puede suplir idóneamente al eventual afectado? Si la urgencia es de tal magnitud que resulta imposible la citación previa pues se perdería definitivamente el derecho que desea preservarse, parece claro que habrá que dar inmediata noticia de lo actuado al eventual perjudicado para que haga o diga lo que quiera sobre lo actuado en su ausencia (cosa que no se hace en el citado Código, donde vuelve a darse noticia al representante Fiscal). ¡Cuánto absurdo procedimental está legislado a espaldas de la Constitución Nacional!

¹⁷⁷ Cosa que no se logró. Tan cierta es esta afirmación que ya entrado el siglo XXI persistimos en el problema que, para colmo de males, se ha agudizado notablemente. Tanto, que ahora el Foro enfrenta una crisis terminal de la cual no encuentra forma de salir.

tados en ciertos tipos procedimentales¹⁷⁸ debían ser ofrecidos junto con los escritos constitutivos del proceso (demanda y contestación □ principal o incidental □ y oposición y contestación de excepciones). Con impensable e imperdonable ingenuidad se creyó que con la eliminación de la subetapa de ofrecimiento se ganaba valioso tiempo para hacer avanzar rápidamente el desarrollo del proceso¹⁷⁹.

En la realidad ocurrió todo lo contrario y es fácil de comprender el efecto notablemente perjudicial que esto tuvo en el desarrollo de las tareas de los juzgadores y, particularmente, en las de los abogados, condenados a trabajar a tientas o a ciegas y, para mal de males, muchas veces en forma asaz y definitivamente inútil.

Para explicar este punto, no tengo más remedio que mostrar una ley vigente¹⁸⁰, tomando un ejemplo puntual que he vivido durante cerca de exactos ¡cuarenta y tres años!¹⁸¹: el que sufre hasta hoy el Foro de la Provincia de Santa Fe. En su normativa procesal se establecen cosas diversas que habrá que ponderar en conjunto para lograr la comprensión del problema apuntado:

a) El Art. 143 establece que “La falta de contestación a la demanda, aun en el juicio en rebeldía, o a la reconvencción, *implica el reconocimiento de los hechos articulados por el actor o reconviniente*¹⁸², sin

¹⁷⁸ Por ejemplo: CPC Nación Argentina, Art. 486: “... Con la demanda, reconvencción y contestación de ambas, deberá acompañarse la prueba instrumental... y *ofrecerse todas las demás pruebas de que las partes intenten valerse*”.

Del mismo modo, CPC Santa Fe, Argentina, Art. 545 (que regula el contenido de la demanda en juicio oral): “La demanda se deducirá por escrito. El actor observará los requisitos exigidos por el Art. 130 y, además, deberá: a) *ofrecer toda la prueba de que habrá de valerse*; b) acompañar los interrogatorios, pliegos de posiciones, puntos a evacuar por peritos, documentos que obren en su poder que, de no poseerlos, procurará individualizar en su contenido expresando, además, el lugar donde se encuentren”.

A su turno, el Art. 549 del mismo Código, al regular los requisitos de la contestación, establece que: “El demandado contestará la demanda en la forma exigida por el Art. 142, *debiendo ofrecer la prueba de acuerdo con lo prescrito en el Art. 545...*”.

Igualmente, CPC Perú, Art. 424: “La demanda se presenta por escrito y contendrá: ... 10) *los medios probatorios...*” El Art. 442 del mismo cuerpo legal, por su parte, establece: “Al contestar, el demandado debe: ... 5) *ofrecer los medios probatorios...*”.

¹⁷⁹ Afirmo que es imperdonable pues, si se estudia cualquier texto legal que establezca la necesidad de hacer un ofrecimiento de prueba conjunto con otro escrito, siempre se autoriza también la correspondiente sustanciación respecto de los hechos nuevos alegados por las partes y se otorga otra posibilidad probatoria. Si se mide adecuadamente el tiempo real empleado en ello, ¿qué se ganó?

¹⁸⁰ Cosa que trato de evitar a todo trance en esta obra.

¹⁸¹ Y sin que nadie se haya rasgado las vestiduras por injusticias notorias derivadas de alguna incontestación.

¹⁸² Cosa asimilar pero no igual establece la mayoría de los CPC de América latina. Por ejemplo, CPC Nación, Argentina, art. 356, establece que: “En la contestación opondrá el demandado todas las excepciones o defensas de que intente valerse. Deberá, además: 1) reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyen y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen. *Su silencio, sus respuestas*

*perjuicio de las prueba que produjere el demandado o reconvenido. Omitida la contestación, se llamarán los autos para sentencia, si correspondiere; decreto que se revocará si aquéllos solicitan la apertura a prueba*¹⁸³.

b) El Art. 145 establece “Si *hubieren hechos controvertidos o de demostración necesaria*, se abrirá la causa a prueba... La prueba debe recaer sobre los hechos contradichos afirmados en el proceso”^{184 185}.

c) El Art. 160 establece que “La parte que pidiere la absolución de posiciones *deberá presentarlas por escrito en el momento de ofrecer esta prueba*, ya en pliego cerrado...”¹⁸⁶. Y el Art. 200 añade: “Al ofrecerse la prueba testimonial, será necesario expresar el nombre, profesión, y domicilio de los testigos *y presentar al mismo tiempo el interrogatorio respectivo*...”¹⁸⁷

Veamos ahora un poco de estadísticas oficiales: en el año de 2004 se incoaron en mi ciudad de Rosario poco más de 300.000 pleitos¹⁸⁸. Si a ese núme-

evasivas o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos *pertinentes y lícitos a que se refieran...*”

¹⁸³ De donde resulta que si el demandado no contesta oportunamente negando los hechos expuestos por el actor, se genera a su favor una presunción legal que tiene la particularidad de invertir la carga confirmatoria: ahora deberá probar el demandado en contra de los hechos ya reconocidos por su silencio. Es importante destacar □ para asumir la entidad de la solución de la ley □ que el número de pleitos que terminan en tales condiciones en el foro mencionado oscila alrededor del cincuenta por ciento del total anual.

¹⁸⁴ Parece obvio que, si por efecto de la falta de contestación a la demanda, *no hay hechos contradichos*, nada debe ser confirmado por ausencia de *tema de prueba*. De tal modo, retomando los números estadísticos mencionados en la nota anterior, resulta que más de la mitad de los pleitos terminan por esta vía, sin necesidad de perder tiempo judicial alguno, prosiguiendo todo un procedimiento por el que ha demostrado desinterés el propio demandado y principal afectado. ¿Cuánto ganaría nuestro sistema de Justicia si todas las leyes dijeren lo mismo que la de Santa Fe?

¹⁸⁵ Cosa similar establece el CPC de la Nación Argentina, art. 360: “Siempre que se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes, aunque éstas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba”.

¹⁸⁶ Quiero que el lector imagine el tiempo que el abogado que está por demandar insume en la confección de este dichoso pliego: si la posición (del latín *positionem*: afirmación) debe contener no una pregunta sino una afirmación susceptible de ser respondida sólo por un si o por un no, su redactor debe hacer un enorme esfuerzo imaginativo para insertar tantos textos de posiciones cuantos sean los hechos expuestos en su demanda pues aún carece de contestación y no hay hechos contradictorios. Pero, por las dudas... ¡a trabajar! Al final, debe firmar y sellar el texto, luego ensobrarlo, cerrarlo, ponerle un cartel identificatorio al sobre, etcétera. Lo mismo debe hacer con el interrogatorio preparado para cada testigo. Y con los puntos sometidos a eventual peritaje. Y con los documentos, que deben ser copiados y ensobrados y preparados para ser guardados, etcétera, etcétera. Si a la postre la demanda no se contesta, todo el tiempo que insumió la tarea realizada se perdió para siempre e irremediablemente pues, en los términos del art. 143 citado en el texto, todos esos medios no van a ser necesarios. ¡Y esto ocurre en más de la mitad de los pleitos! ¿No es un absurdo?

¹⁸⁷ Como se ha visto en la nota # 178, ocurre igual en el juicio oral.

¹⁸⁸ En una ciudad que cuenta con un millón de habitantes, tal cantidad de expedientes anuales revela que hay ¡seiscientas mil personas litigando!, a razón de dos partes por cada ex-

ro total se aplica el porcentaje señalado en la nota # 184, alrededor de 150.000 deben terminar de inmediato con el dictado de la correspondiente sentencia fundada sólo en la incontestación de la demanda. Cosa igual no puede ocurrir en los códigos que no otorgan al silencio del demandado el valor de reconocimientos de los hechos no contestados¹⁸⁹.

Imaginemos ahora el desarrollo confirmatorio de un pleito promedio tipo: parece razonable pensar que el actor ofrece la absolución de posiciones de su contrario (hagamos el ejemplo pensando en la existencia de sólo uno), no menos de dos testigos y un perito. Eso implicará la confección de un pliego de posiciones, dos de interrogatorios de testigos y uno de proposición de puntos que serán objeto de peritaje. Y, por cierto, los correspondientes sobres para la presentación de las plicas.

Continuemos con la imaginación, ahora dentro de un régimen legal como el de la Nación Argentina: no contestada la demanda, como el juez *puede* —y no *debe*— tener al demandado por conforme con los hechos allí expuestos¹⁹⁰, el actor prudente no tiene más remedio que pedir que se reciba la causa a prueba¹⁹¹ y ofrecer todos los medios inimaginables para evitar que, al momento de sentenciar, el juez le diga que faltó prueba convincente acerca del derecho pretendido¹⁹². Y para eso deberá concurrir a un mínimo de cuatro audiencias para producir los medios ofrecidos (y producir los actos notificatorios que sean menester para que ellas sean posibles).

Traslademos ese número al del total de pleitos que podrían terminar de inmediato con la solución del valor del silencio: dijimos que pueden ser unos 150.000. Multiplicándolo por las cuatro audiencias mínimas que hemos señalado, en el curso de un año el tribunal tendrá que atender, dirigir y cuidar el desarrollo de la friolera de unas ¡600.000! audiencias (en doscientos días hábiles, apenas ¡3.000! audiencias diarias que conspiran contra el dictado de sentencias en el resto de los pleitos en los cuales las partes litigan de verdad. ¡Cuánto absurdo para dar pie a los ímpetus inquisitoriales del legislador de turno y al espíritu justiciero de algunos jueces!

Advertirá el lector que el desarrollo que he hecho del tema relativo al *ofrecimiento de los medios confirmatorios en forma conjunta con la presentación de los escritos constitutivos del proceso* es, por lo menos, opinable. Y no se me negará que es conveniente repensar la ley para, por fin, tornarla sistémica, intentando con ello mejorar la eficacia de la Justicia a partir de la instauración de un proceso verdaderamente acusatorio en materia civil.

pediente. Lo que muestra un inusual índice de litigiosidad.

¹⁸⁹ Claro que sin perjuicio de la prueba en contrario que él pueda ofrecer al ser notificado del llamamiento de autos.

¹⁹⁰ Ver la nota # 182.

¹⁹¹ No hacerlo podría generar una eventual imputación de *mala praxis* profesional.

¹⁹² Esto ocurre con mayor frecuencia de la que es dable imaginar. alguna vez he visto a un abogado derrotado en pleito contando en público que había perdido el juicio... ¡litigando contra el juez!

Pero quiero dejar una última acotación sobre el tema que, a mi juicio, entraña notable gravedad: si la garantía del debido proceso juega por igual para actor y demandado, y si se acepta que el proceso es lucha, imponer al actor la carga de ofrecer todos sus medios confirmatorios antes de conocer cuál será la posición jurídica o fáctica asumida por el demandado, hace que el debate sea cuanto menos tramposo¹⁹³. Y la ley no puede aceptar tal cosa por elemental respecto a los principios de igualdad ante la ley y al del debido proceso, ambos de rango mayor que el legal.

3.6.1.2. LA SUBETAPA DE ACEPTACIÓN DE LOS MEDIOS OFRECIDOS

Si se mira con atención el texto de las leyes procesales, se advertirá que esta subetapa no se encuentra habitualmente legislada, salvo alguna excepción producida por algún legislador que entendía del tema en tratamiento.

Parece claro que, en orden a resguardar la bilateralidad de la audiencia —efecto primario de la igualdad de instancias de que deben gozar constitucionalmente las partes de un proceso— cada uno de los litigantes debe conocer inicialmente los medios de confirmación de los cuales se valdrá su contradictor¹⁹⁴, para tener oportunidad de decir y de hacer lo que fuere respecto de ello¹⁹⁵.

Para cumplir tal bilateralidad, todo juez debe sustanciar los ofrecimientos de medios confirmatorios confiriendo traslados recíprocos a ambas parte en litigio, para que actúen en consecuencia a sus respectivos intereses. De tal modo, caso de no haber oposiciones, el juez podrá pasar inmediatamente y sin sobresaltos a la subetapa siguiente, en la cual procederá a admitir los medios ofertados. Caso contrario, hará lo propio luego de haber resuelto las oposiciones sustentadas.

Cuando no se procede así, no sólo no se ahorran incidentes sino que se potencia la posibilidad de incoarlos. En efecto: si el juez admite liminarmente todos los medios ofrecidos y ordena la producción de ellos, no será posible incoar el trámite respectivo pues alguna de las partes no consentirá el decreto de proveimiento a fin de poder presentar las oposiciones respecto de las cuales estuvo imposibilitado antes.

3.6.1.3. LA SUBETAPA DE ADMISIÓN JUDICIAL DE LOS MEDIOS OFRECIDOS

¹⁹³ Si el proceso fuere un juego de barajas, el demandado tendría siempre la ventaja de ver todas las cartas de su contrario antes de jugar las propias. Y en esto nadie dudaría en afirmar que se trata de trampa imperdonable.

¹⁹⁴ Piénsese, por ejemplo, en el ofrecimiento de un testimonio inadmisibile, en el de una absolución de posiciones en litigio en el cual ella está prohibida por la ley, en el de algún medio que puede ser tachado de ilícito, en el de un peritaje que puede vulnerar el derecho a la intimidad de la parte que será peritada, etcétera.

¹⁹⁵ Piénsese en la tacha a la persona de un testigo, en la oposición liminar a una prueba ilícita, etcétera.

Ofrecidos los medios confirmatorios y consentidos por ambas partes o resueltas por el juzgador las oposiciones deducidas, se abre esta subetapa, en la cual dicta resolución admitiéndolas¹⁹⁶ y ordenando su producción. A este efecto, ordena citar a partes, testigos, peritos y terceros a las audiencias¹⁹⁷ señaladas al efecto, libra los oficios y exhortos del caso, ordena la agregación de documentos, etcétera.

Aquí es donde se ve muy clara la necesidad de cumplir la fase previa de *aceptación por las partes de los medios ofrecidos*, tal como lo sostuve *supra*. Y es que cuando el juez ordena la producción de los medios del caso, ya no habrá oposiciones respecto de la admisión y se pondrá entrar de lleno en la subetapa de producción.

Finalmente cabe reparar en dos problemas que se presentan siempre en esta oportunidad y que las leyes denominan como *improcedencia* o *inadmisibilidad* e *impertinencia* o *inconducencia* de un medio confirmatorio.

Es medio confirmatorio *improcedente* o *inadmisible*:

a) el que está prohibido por la ley¹⁹⁸;

¹⁹⁶ Recordar que la palabra *admisión* significa *dar curso*.

¹⁹⁷ Como es obvio, todas las audiencias deben ser fijadas en fechas que se encuentren dentro del plazo por el cual se abrió el período confirmatorio. Hay Códigos que no establecen un término a dicho plazo, con lo cual el proceso se desarrolla con visos de cierta razonabilidad y sin mayores sobresaltos abogadiles. En cambio, otros lo limitan temporalmente – por ejemplo, CPC de Santa Fe, que lo fija en 40 días para el juicio ordinario y en 10 para el sumario y el ejecutivo– y, cuando ello ocurre, el proceso se convierte en trampa mortal para la parte y, particularmente, para su abogado, que debe cuidar su pleito y, además, convivir con los jueces y mantener buenas relaciones con ellos. Repárese en que, conforme con el número de expedientes que tramitan al mismo tiempo en un tribunal y dado el deber judicial de dirigir personalmente todas las audiencias de confirmación procesal, es imposible para cualquier juzgador fijar fecha para todas sus audiencias dentro de los exiguos plazos regulados por la ley. De tal manera, es probable que alguna audiencia se programe para fecha posterior a la del vencimiento del plazo de la subetapa de producción. Y hasta aquí nada pasaría si las partes respetaran el *fair play* que el legislador quiere imponer en el debate. Pero como esto no es entendido así por todos, siempre hay un contradictor que, después de haber consentido la fecha extra término, solicita despreocupadamente la clausura del plazo confirmatorio y la apertura de la subetapa de alegación. ¡Y los jueces le hacen caso! Con lo cual es posible que la sentencia llegue antes de la realización de la audiencia de marras. Para tratar de evitar la disvalía de este procedimiento absurdo, la ley establece que si el medio confirmatorio se produce después de la sentencia, habrá de ser tenido en cuenta en la instancia apelatoria. Pero esto es claramente insuficiente por las razones que se comprenderán cabalmente cuando el lector descubra cómo se manejan los meandros impugnativos.

¹⁹⁸ Por ejemplo, está prohibida la indagación de la maternidad cuando quien se pretende hijo la atribuye a una mujer casada (Cód. Civil, art. 326); la absolución de posiciones que puede derivar en confesión (en los juicios de divorcio legislados por la antigua ley de matrimonio civil argentina, art. 70); la declaración de testigos cuando se impugna el contenido de un documento dado en blanco (Cód. Civil, 1017) y cuando se intenta acreditar la existencia de contratos de monto superior a una cantidad establecida por la ley (Cód. Civil, art. 1193), salvo que haya *principio de prueba por escrito* (Cód. Civil, art.1191); la exhibición de las declaraciones juradas hechas con motivos impositivos; la declaración testimonial de consanguíneos o afines en línea directa de la parte o de su cónyuge (CPC Nación, art. 427);

b) el ofrecido extemporáneamente, luego del vencimiento del plazo respectivo¹⁹⁹; y

c) el que se ofrece como ya producido sin haberse respetado el control de partes²⁰⁰ o sin haber sido ordenado regularmente por el juez competente en el pleito²⁰¹ o el que ha violentado el derecho a la intimidad de la parte Interesada o afecta la libertad, la moral, de los litigantes o de terceros²⁰².

Es medio confirmatorio *impertinente* el que tiende a lograr convencimiento en el juzgador acerca de la existencia de hecho no litigioso²⁰³.

Es medio confirmatorio *inconducente* el que refiere a hecho que no interesa para la solución del litigio²⁰⁴.

Desde las antiguas leyes españolas se ha facultado al juez para declarar liminarmente la improcedencia pero no la impertinencia de un medio confirmatorio ofrecido por las partes²⁰⁵. Y esto que, obvia y elementalmente es correcto, ha sido desconocido por casi todos los Códigos que han instrumentado el desarrollo de la producción de la prueba conforme con los postulados del ya tantas veces denostado sistema inquisitivo.

Reconozco que ha habido motivo para ello a partir del notable abuso que durante muchos años se hizo del ofrecimiento de prueba impertinente con la

pedido de informe que intenta sustituir el medio confirmatorio previsto al efecto en la ley (id., art. 397); etcétera.

¹⁹⁹ Esta es la única extemporaneidad atendible en el supuesto en tratamiento, Equivocada jurisprudencia lo refiere también a la ofrecida *antes* de la apertura de la subetapa de ofrecimiento (denominada *ante tempus*). Y es que los plazos, que habitualmente son de carácter preclusivo, juegan siempre *a favor de la parte*, razón por la cual puede renunciarlos, anticiparlos, etcétera.

²⁰⁰ Refiero al típico caso de la escritura pública de constatación extrajudicial de algún hecho que hace un escribano a requerimiento de una de las partes y a espaldas de la otra.

²⁰¹ El típico caso de la prueba producida trasnochadamente, sin conocimiento del juez de la causa. Por ejemplo, secuestro de elementos presuntamente delictivos encontrados en un domicilio particular al cual se accedió sin previa expedición de orden de allanamiento por juez competente.

²⁰² Refiero a las actualmente tan en boga grabaciones telefónicas clandestinas y a las filmaciones de actos aparentemente delictivos que provoca o incita, precisamente, quien ordenó hacer la grabación o filmación. No puedo olvidar que a esta notable ilicitud es muy afecta la prensa amarilla que gobierna la opinión pública del país.

²⁰³ El concepto incluye a todo medio que tiende a lograr convencimiento acerca de pretensiones no demandadas o de hechos que han sido admitidos por el demandado.

²⁰⁴ Ejemplos típicos son el que intenta acreditar un hecho que puede servir de indicio para generar otro y el que sirve para calificar la idoneidad de un testigo o de un perito. Como se colige, resulta peligroso otorgar al juez la facultad de hacer calificaciones previas al respecto.

²⁰⁵ En esta tónica hay varios Códigos actuales que respetan las bondades de las leyes del pasado. Por ejemplo, en Argentina, CPC de Santa Fe, art. 145: CPC Mendoza, art. 145: CPC La Rioja, art. 183.

Por el contrario, y mereciendo los reproches del texto, ver LEC española, art. 566: "Los jueces repelerán de oficio las pruebas que no se acomoden a lo establecido en el artículo anterior y todas las demás que sean, a su juicio, *impertinentes* o *inútiles*".

finalidad de dilatar hasta llegar a extremos insospechados la duración de un pleito.

Pero creo que si hubo mala fe y carencia de escrúpulos por parte de algún abogado, lo que correspondía era sancionarlo con todo el rigor que la ley permitiera en el caso. En cambio, lo que se hizo fue establecer el deber judicial de evaluar siempre la eventual pertinencia confirmatoria de un medio cualquiera²⁰⁶ y, con ello, hacer que *todo* juez investigue en *todo* expediente si *todo* medio de confirmación ofrecido es o no pertinente. Con los inconvenientes sistémicos que ello genera para el servicio.

La enorme y absurda pérdida de tiempo que esto ha representado para el sistema de Justicia influyó notablemente en la morosidad judicial, pues los juzgadores pasan gran parte de su tiempo útil tribunalicio investigando cosas ajenas a la labor de juzgar en vez de dictar las sentencias que la sociedad les requiere.

Cuando al fin se constitucionalice el procedimiento judicial —día vendrá seguramente, pues no se puede vivir durante dos siglos al margen de la ley fundamental— ésta es una de las facultades que habrá que vedar a los jueces, tal como siempre se hizo en el pasado

3.6.1.4. LA SUBETAPA DE *PRODUCCIÓN* DE LOS MEDIOS ADMITIDOS

Admitidos los medios ofrecidos y ordenada su producción, resta ahora efectivizar cada uno de ellos. Para esto, se cita a las partes que absolverán posiciones, a los testigos que depondrán y a los peritos que dictaminarán; se libran oficios y exhortos pidiendo informes y se agregan los documentos que fueren menester; etcétera.

Para todo ello hay plazos y, además, términos para las audiencias. Y es obvio que en un sistema acusatorio, incumbe a las partes urgir adecuadamente la producción de los medios ofertados.

Por eso es que, fracasada una diligencia confirmatoria, el oferente del medio respectivo ha de solicitar la designación de nueva fecha para la realización de la audiencia que no se efectivizó. Corrientemente, las leyes procesales bien otorgan para ello un plazo de tres días y otro más de idéntico tiempo para que el urgimiento lo haga la contraparte²⁰⁷. Si así no se hace, las normas inquisitivas autorizan a los jueces a declarar negligente al propio oferente, con lo cual pierde toda chance posterior de repetir el medio. Paradojicamente, la misma ley otorga en forma paralela al juez la facultad (o el deber) de ordenar por la vía de *medidas para mejor proveer* la producción de la prueba fracasada por negligencia. ¡Qué disparate!

²⁰⁶ Hoy convertido en deber de uso diario conforme con lo que establece, por ejemplo, el CPC de la Nación, art. 36, inc. 4: “Aun sin requerimiento de parte, los jueces deberán: ... 4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes(¡?!).”

²⁰⁷ Esto es consecuencia de la regla de *adquisición* de los medios confirmatorios.

Por mi parte insisto en que siempre que se litigue respecto de materia transigible, los jueces no deben actuar de oficio, con lo cual este problema desaparece. Y ello porque nadie mejor que las propias partes litigantes para cuidar de sus intereses litigiosos.

3.7. LA ETAPA DE ALEGACIÓN ACERCA DE LOS MEDIOS CONFIRMATORIOS PRODUCIDOS

Siempre que se hayan producido medios confirmatorios en la etapa procesal denominada de *confirmación procesal* y una vez concluida ésta, corresponde ahora abrir nueva y siguiente etapa: la de *alegación* o *evaluación* de las partes respecto del valor de convicción que —para cada una de ellas— tienen todos los medios rendidos²⁰⁸.

La voz *alegar*²⁰⁹ referida a la confirmación procesal, genera el sintagma *alegato de bien probado*, que es el escrito²¹⁰ que hace el abogado después de producidos todos los medios confirmatorios, en el cual trata de convencer al juez de que su parte ha justificado completamente los hechos y el derecho que amparan su pretensión, al tiempo que el contrario no ha hecho lo propio con el suyo, insistiendo así en que el juez sentencie oportunamente a su favor. Por eso es que lo que corresponde hacer a todo letrado en esta ocasión es analizar con precisión y esmero cada uno de los resultados confirmatorios para relacionarlos prolijamente entre sí a fin de llevar de la mano al juzgador en el momento de tener que hacer él mismo su propia evaluación de los mismos medios. Además, debe contener un análisis de la problemática jurídica contenida en el debate procesal, que viene formándose desde el inicio mismo del proceso con el contraste de las pretensiones y de las confirmaciones obtenidas en el curso del proceso.

²⁰⁸ Antigamente, la finalización de esta etapa recibía la denominación de etapa de conclusiones, en la cual las partes manifestaban que nada más querían ni tenían que justificar ante el juez. De tal modo, quedaban a la espera de la respectiva sentencia.

²⁰⁹ Semánticamente, *alegación* significa argumento, discurso o razonamiento en favor o en contra de algo. El producto de la alegación es el *alegato*.

²¹⁰ En casi todas las legislaciones americanas carece de requisitos formales. En otras palabras: no hay un *acto patrón*, como lo hay de la demanda, de la contestación, de la sentencia, etcétera.

En cambio, la LEC española, art. 670: “Los escritos de conclusión se limitarán a lo siguiente: 1) en párrafos numerados, se expresarán con claridad y con la posible concisión, cada uno de los hechos que hayan sido objeto del debate, haciendo un breve y metódico resumen de las pruebas que, a juicio de cada parte, los justifiquen o contradigan; 2) en párrafos también numerados y breves, y siguiendo el mismo orden de los hechos, se apreciará la prueba de la parte contraria; 3) se consignará después, lisa y llanamente, si se mantiene en todo o en parte, los fundamentos de derecho alegados respectivamente en la demanda y contestación y, en su caso, en la réplica y dúplica; 4) podrán alegarse también en este lugar otras leyes o doctrinas legales en que pueda fundarse la resolución de las cuestiones debatidas en el pleito, pero limitándose a citarlas sin comentarios ni otra exposición que la del concepto positivo en que se estimen aplicables al caso Sin ningún otro razonamiento, se concluirá para sentencia”.

Recuerdo ahora que el desarrollo de la tarea abogadil en un proceso cualquiera debe transcurrir por dos diferentes líneas paralelas: la de la *eficacia*²¹¹ y la de la *eficiencia*²¹².

Y el alegato debe contener la puntual explicación de que la confirmación procesal ha sido eficiente.

A tal punto es así esto, que Briseño Sierra denomina *el acertamiento sobre la eficiencia* a los sistemas evaluativos de los medios de confirmación.

3.7.1. EVALUACIÓN POR LAS PARTES LITIGANTES ACERCA DE LOS MEDIOS PRODUCIDOS

Si bien se mira, el alegato es la pieza más importante que puede producir una parte en litigio²¹³. Sabido es que una buena demanda debe ser escueta aunque prolija en la enunciación de los hechos en los cuales se basa la pretensión deducida y correctamente implicados en la norma jurídica que el pretendiente desea que se aplique para obtener la solución que él busca en la sentencia²¹⁴. Una buena contestación de demanda, a su turno, debe contener sólo puras negaciones de los hechos afirmados por el actor o del derecho en el cual él los implica²¹⁵. El alegato, en cambio, tiene que contener todos los argumentos necesarios para que el juez se convenza de la razón de la parte mediante el análisis minucioso de quien lo redacta²¹⁶, haciéndole

²¹¹ Se presenta dentro del estricto marco de la actividad de procesar y respecto del puro *instar*: la parte debe ofrecer tempestivamente el medio confirmatorio de que se trate, cumplir las cargas formales impuestas para el caso por la ley, efectuar las notificaciones del caso, concurrir a la audiencia señalada al efecto de su producción, etcétera. Pero hacer correcta y prolijamente todas estas tareas no sirve de nada si, a la postre, el testigo ofrecido –por ejemplo– no sabe las cosas acerca de las cuales se le interroga. De ahí la importancia de lo apuntado en la nota siguiente.

²¹² Se refiere a la solución del litigio y, por ende, a la eficiencia del pretender, confirmar y alegar. Trabajando idóneamente en esta línea, el oferente del medio confirmatorio debe procurar que, al momento de producirse, sea congruente con sus postulaciones y, además, convincente para el juzgador.

²¹³ Esto, que es universalmente reconocido, se desconoce en la Argentina y, al influjo de sus doctrinarios, en muchos otros países de América. Sucede que, so pretexto de agilizar el trámite de los pleitos, se ha eliminado la etapa del alegato en la mayoría de los tipos procedimentales legislados, logrando con ello que las partes deban exponer en los escritos de demanda y contestación los temas jurídicos que son desde antaño propios del alegato en todas partes del mundo. Como es obvio, con esto se ha vulnerado una vez más el derecho de defensa de los litigantes y se ha tornado aún más inconstitucional el trámite procesal.

²¹⁴ Personalmente creo que es un grave error hacer citas doctrinales o jurisprudenciales en el texto de la demanda.

²¹⁵ Mal hace un demandado cuando enuncia su propia versión de los hechos en la demanda pues, además de ser ello asaz inútil para el sentenciante, le produce perplejidad en caso de ausencia confirmatoria del actor (mucho más si también hay carencia en el propio demandado). Y muchas veces el juzgador imagina que el demandado tiene cargas que técnicamente no debe soportar según la ley.

²¹⁶ Dichoso el abogado a cuyo alegato debe seguir necesariamente el juez al momento de sentenciar, pues su razonamiento exhaustivo no sólo lo ha convencido de su razón sino que, además, le ha cerrado todas las puertas posibles de escape en busca de otros argu-

sencilla la lectura y el estudio de los autos, máxime si se trata de folios voluminosos. De la misma forma, debe contener las citas jurisprudenciales²¹⁷ que muestran la bondad de la solución pretendidas.

Cuando le toque al juzgador hacer su propia evaluación, tendrá que sujetarse a algún sistema previsto en la ley. Y ello nos lleva a explicar el próximo punto.

3.7.2. EVALUACIÓN POR EL JUEZ ACERCA DE LOS MEDIOS PRODUCIDOS

(QUÉ VALOR TIENE LA CONFIRMACIÓN)

Ya he mencionado antes de ahora²¹⁸ cuál es el valor que el juzgador debe dar a cada uno de los medios confirmatorios.

Sin embargo, toca hacer ahora el estudio integral y generalizado del tópico en cuestión a partir de su verdadera esencia: el problema es de *política procesal* y no de simple *técnica procedimental*, pues se vincula con la mayor o menor confianza que tiene en los jueces quien ejerce el verdadero poder en lugar y tiempo determinado²¹⁹.

Cuando esa confianza es escasa, el legislador se reserva para sí el establecer cuál es el exacto valor confirmatorio que tiene cada medio en particular²²⁰ para que así y no de otra forma lo evalúe el juez en cada caso concreto; cuando la confianza es grande, la ley delega a los jueces la extrema facultad de apreciar como mejor les parezca cada uno de los medios aceptados y producidos²²¹.

De tal forma, lo recién apuntado genera dos sistemas de evaluación de medios de confirmación ya producidos:

- a) el que se conoce con la denominación de *prueba tasada o legal* (establecida por el propio legislador y que los jueces no pueden ignorar);
- b) el que se menciona como sistema de *prueba convictiva* (que puede analizar el juez según sus propios parámetros interpretativos, fallando luego a base de lo que realmente lo haya convencido para emitir su decisión en de-

mentos para hacer ganar el pleito a la contraparte.

²¹⁷ Este es el lugar apropiado para hacer estas citas, a las cuales ya he referido en la nota # 213.

²¹⁸ Al tratar en particular cada uno de los medios legales.

²¹⁹ En la eterna lucha en pro del ejercicio de un poder sin límites o, al menos, cada vez mayor, el mandamás de turno necesita asegurarse siempre de que quien no ha cumplido con la norma de conducta impuesta por la ley será condenado a acatarla por orden de los jueces. Cosa que muchas veces no ha ocurrido en la historia.

²²⁰ Tal como ocurrió con la *Ley de Partidas* y con el *Código Napoleón*. El Código Civil argentino es clara muestra de esto.

²²¹ Paradigma de esta posición es el Código Procesal Civil de Colombia.

terminado sentido)²²².

Veamos ahora en qué consiste cada uno de los sistemas señalados.

3.7.2.1. SISTEMA DE LA TASACIÓN O DE PREORDENACIÓN POR LA LEY DEL VALOR DE CADA MEDIO PARTICULAR

En la historia procesal, este sistema de evaluación vino a civilizar las pruebas judiciales bárbaras (ordalías), como resultado de la influencia que los canonistas ejercieron en todo el sistema procesal vigente durante la Edad Media²²³ y, por supuesto, estuvo al servicio de la Inquisición, donde tuvo gran auge.

En lo que interesa a nuestras legislaciones en América, este sistema aparece normativamente en la *Ley de Partidas*²²⁴ y se repite en casi todos los ordenamientos posteriores.

Para la mejor comprensión del tema debo recordar que la Partida III otorgaba a ciertos medios confirmatorios un grado probatorio preordenado tal que el juez no podía desconocer.

Partiendo de su concepto de *prueba*²²⁵ estableció que ella podía ser *plena*²²⁶ o *semiplena*²²⁷. Y a partir de allí, legisló cuáles eran los medios que las producían^{228 229}.

²²² Reconozco que esta presentación del tema no es habitual ya que, al estudiar el tema históricamente, la mayoría de los autores lo muestran como compuesto de distintas técnicas: la *ordálica*, la *tasada*, la *libre* y la de la *sana crítica*. Por ahora insisto en que las ordalías no pueden constituir método alguno de evaluación seria y que tanto la apreciación libre como la de la sana crítica quedan atrapadas en el método convictivo. Luego me referiré puntualmente a todo ello.

²²³ Gracias a esto, se adujo por importante doctrina procesal que el antiquísimo sistema acusatorio, vigente en Europa desde la caída del imperio romano, fue bien sustituido por el inquisitivo, viéndose en ello adelantos morales y bondades legislativas que, a estas alturas de los acontecimientos, no pueden aceptarse como tales. Como consecuencia de ello, se elogió largamente al sistema de tarifa legal que explico luego en el texto.

²²⁴ Si bien se mira, lo allí legislado es casi el mismo derecho romano de la época justinianea. Su importancia parece manifiesta, ya que fue la principal fuente de las *Leyes de Enjuiciamiento Civil* españolas de 1855 y de 1881, a su turno predecesoras directas de la legislación americana de los siglos XIX y XX.

²²⁵ La averiguación que se hace en juicio de una cosa y el medio con que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa.

²²⁶ La *plena*, que también puede llamarse *completa* o *perfecta*, es la que manifiesta sin dejar duda alguna la verdad del hecho controvertido, instruyendo suficientemente al juez para que en virtud de ella pueda dar sentencia condenatoria o absolutoria.

²²⁷ La *semiplena*, que también puede llamarse *incompleta* o *imperfecta*, es la que por sí sola no demuestra con claridad el hecho, dejando duda acerca de la verdad de él y, por consiguiente, no instruye al juez en términos de poder dar sentencia.

²²⁸ Producen plena prueba: 1) la confesión de la parte en juicio; 2) la declaración de dos o más testigos contestes; 3) las escrituras u otros documentos públicos; 4) la evidencia o ins-

Con estos datos en nuestro poder, veamos ahora en nota algunos ejemplos de clara tasación del valor de algunos testimonios²³⁰.

Otros ejemplos de preordenación de cierto valor confirmatorio se encuentran en el art. 993 del Código Civil argentino respecto del contenido de una escritura pública²³¹ y en el art. 166 del CPC de Santa Fe, Argentina²³², en cuanto al valor probatorio definitivo de la confesión judicial.

Es indudable que un sistema de valor confirmatorio pleno y preordenado tiene enorme importancia para el buen desenvolvimiento del tráfico jurídico: cuando un vendedor entrega al comprador la cosa vendida y no ha percibido aún su precio, parece obvio —ante la posibilidad de que ello sea negado en el futuro— que desee poder mostrar eventualmente un documento fehaciente que tenga para un juez pleno crédito del hecho relativo a la compraventa.

De ahí que yo sea defensor acérrimo del sistema de tasación en todo lo que refiere a los instrumentos mencionados en el # 3.5.1.2.1. Pero al mismo tiempo, creo que no cabe hacer tasación alguna de los restantes medios de confirmación y, particularmente, de los relativos a declaraciones de testigos.

3.7.2.2. SISTEMA CONVICTIVO

El sistema contrario al anteriormente explicado es el que hace reposar la evaluación de los medios confirmatorios en la prudencia, el saber y la experiencia del juez para que, razonando los datos evaluados al momento de sentenciar, logre la *convicción*²³³ necesaria para aceptar o rechazar la existencia de un hecho afirmado por una de las partes.

pección ocular del juez, principalmente en las causas de división o de amojonamiento.

²²⁹ Producen semiplena prueba: 1) la deposición de un solo testigo (de donde la antigua máxima *testis unus, testis nullus*); 2) la confesión extrajudicial; 3) el cotejo de letras; 4) la fama pública por sí sola, sin el apoyo de testigos idóneos; 5) el juramento supletorio; 6) las presunciones.

²³⁰ "Dos testigos contestes y mayores, sin tachas, que concuerden en la persona, hecho o caso, tiempo y lugar donde pasó, bastan para hacer plena prueba" (Ley 32, Título 16). Pero para "probar el pago de una deuda cuando ésta consta en escritura pública, son menester cinco testigos llamados y rogados para presenciar tal pago" (Idem). "Para probar la falsedad de un instrumento o escritura hecha ante escribano, son precisos cuatro testigos idóneos, los cuales depongan que la parte estaba en otro lugar diferente el día en que se otorgó dicho instrumento. Pero si fuese privado, bastan dos testigos" (Ley 115, Título 18). Etcétera.

²³¹ "El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falsedad por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia"

²³² "La confesión judicial provocada, aunque sea ante juez incompetente, *hace plena prueba contra el confesante, salvo...*".

²³³ Ver el # 3.5.1.4.

De tal modo, nada le indica el legislador acerca del valor de eficiencia que debe dar a cada uno de los medios en particular²³⁴. Al referir al tema, la doctrina apela a sus *máximas generales de experiencia*.

En la mayoría de los casos en los cuales un juzgador cumple la tarea de juzgar, en orden a las pretensiones y defensas esgrimidas tiene cuasi decidido el pleito inmediatamente después de contrastar demanda y contestación. Cuando le resulta menester el análisis de medios confirmatorios producidos en la causa, en tanto los razona mentalmente puede ir manteniendo o cambiando su posición originaria según el grado de convicción que cada medio le produzca, pues no siempre es sencillo adoptar una solución que sea decisiva en el pleito. Pero en algún momento ella se logra y es menester emitirla.

Cuando eso ocurre, y el juez se halla ante la inminencia de dictar sentencia

1) o nada explicará en ella acerca de las razones que tuvo en cuenta para tomar una decisión y no otra

2) o tendrá que explicarlas con la mayor prolijidad posible por mandato de la ley, para lograr con ello que quien pierda en definitiva el pleito acepte convencido la justicia de lo resuelto²³⁵.

Y esto es lo que origina dos subsistemas que encuadran en el concepto de convicción: el primero, en el cual el juez nada explica, se conoce como *libre convicción* (o, también, de *íntimo convencimiento* o de *convicción moral*) y es el que emplean siempre los miembros de un jurado²³⁶ y los arbitradores en el juicio de arbitramento.

El segundo, en el cual se explica razonadamente el *iter* del pensamiento del juez en la tarea de tomar una decisión, se conoce con la denominación de *sana crítica* (o de *apreciación razonada*) y es el que emplean todos los jueces de derecho y los árbitros en los juicios arbitrales.

²³⁴ Que es, precisamente lo que hace el método antes descrito.

²³⁵ Creo que esto es muy importante de destacar. Parece claro que de nada hay que convencer a quien gana el pleito: lo ganó y punto. Seguramente eso era lo que esperaba, de modo que el resultado obtenido no le produce sorpresa ni es causa de sus cavilaciones. El que perdió, en cambio, siempre mirará con desconfianza lo actuado por el juzgador y, cual ocurre con mayor habitualidad que la deseada, descreerá del sistema y de los jueces. Y esto es disvalioso pues cada sentencia no aceptada con buenas ganas por el perdedor mantendrá latente el estado de conflicto. Y ello no es lo mejor para el mantenimiento de la paz social, meta última de la actividad jurisdiccional.

²³⁶ No es éste momento apropiado para reflexionar acerca del juicio por jurados, aceptado como modelo de juzgamiento por la Constitución argentina de 1853 y aún pendiente de efectivización más de ciento cincuenta años después. Ya he afirmado antes de ahora que personalmente aplaudo la decisión del constituyente y que lamento que no se haya implementado hasta ahora. Pero la afirmación que corresponde hacer aquí es otra: entre quienes se oponen a ello, se afirma que el jurado no razona su pronunciamiento, no lo motiva, por cuya razón se violenta el derecho de defensa de quien no puede impugnar una decisión que le es adversa. Por cierto, esto debe verse desde otra óptica: la sentencia del juez de derecho es razonada pues en esa actividad se fundamenta precisamente la garantía de la defensa. El jurado, por su parte, ofrece esa garantía por razón diferente: la particular circunstancia de que su decisión debe ser tomada *unánimemente por elevado número de personas* (por ejemplo 12).

El sintagma *sana crítica* o, mejor aún, su equipolente *reglas de la sana crítica*, debutó como método de apreciación de testimonios en el art.137 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española de 1855²³⁷. Se trataba, simplemente de eliminar las operaciones aritméticas que debían hacer los jueces al contar y sumar personas que declaraban en un mismo sentido y reemplazarlas por operaciones de razonamiento mental basado en la lógica y en las observaciones que nacen de la experiencia personal del juez, confirmadas por la realidad.

Con el tiempo, y tal vez por la notable imprecisión del significado de los conceptos empleados para formar el sintagma²³⁸ los autores primero y las leyes después, extendieron estas *reglas* a la apreciación de todo medio confirmatorio²³⁹, con lo cual puede llegar a instalarse la arbitrariedad judicial en el sistema.

De donde resulta que, actualmente, el juzgador debe razonar toda su decisión, aun en la etapa que contenga pura valoración tasada por el legislador.

De ahí que importante doctrina afirme que la *sana crítica* exige que el juzgador piense y describa su razonamiento de modo tal que permita al perdidoso comprender las razones objetivas y subjetivas que influyeron en su ánimo al tomar la decisión que le es adversa y, además, posibilitar al superior igual conocimiento para que pueda saber lo mismo y, eventualmente, atender los agravios del impugnante. Se concluye de ello que la valoración conforme la *sana crítica* al día de hoy no es una técnica exclusiva sino que es la resultante de una combinación que reúne desde el valor anticipado de los medios de acreditamiento a la libre convicción en las declaraciones, para llegar a la ponderación final de todos los medios de eficiencia regularmente llevados al proceso.

4. CONCLUSIONES FINALES

Con la declarada intención de posibilitar un conocimiento sistemático del espinoso tema relativo a la *prueba judicial* y, además, de evitar peligrosos huecos interpretativos que subjetivizan en demasía el de por sí muchas veces azaroso resultado de un litigio, he intentado presentarlo como parte integrante de un *verdadero sistema procesal* que funcione lo más objetivamente posible para hacer siempre predecible la respuesta jurisdiccional y, así, mejorar a la postre la labor abogadil.

Para ello, puse énfasis en sostener que el proceso es *método neutro* y no meta a lograr; que el objeto de la labor probatoria no se encamina a la búsqueda final de la verdad última de las cosas sino al simple convencimiento

²³⁷ Fue tomada del anterior *Reglamento de lo Contencioso ante el Consejo de Estado* español (arts. 147 y 148)

²³⁸ Adviértase que *crítica* es el sustantivo que produce la actividad de *criticar*: censurar o juzgar en forma desfavorable a personas o actos. Y *sana* significa *buena, con buena salud*. Por extensión, *sin vicios ni costumbres moral o psicológicamente reprochables*.

²³⁹ No obstante, la mayoría de los cuerpos legales vigentes en el continente reservan su utilización para la sola apreciación de la declaración de testigos: ver, por ejemplo, en Argentina, CPC Nación, art. 456 y Santa Fe, art. 224.

del juez que debe resolver el litigio; que el juzgador debe manejarse con auténtica imparcialidad tanto en la labor de procesar cuanto en la de sentenciar; que en virtud de ello debe abstenerse de efectuar toda y cualquiera labor de naturaleza probatoria; que es posible sistematizar adecuadamente los medios confirmatorios conocidos, otorgándoles diferentes grados de eficiencia probatoria; que es conveniente eliminar algunos y sustituir otros para que el sistema pueda funcionar armónicamente.

Finalmente, me empeñé en mostrar medios de comprobación, de demostración, de acreditación y de convicción, para terminar sosteniendo que, en cualquiera de todas las hipótesis posibles, el juez debe lograr convicción y, a base de ella, decidir el conflicto normando en consecuencia. Con el agregado de que la única forma que tiene de hacerlo es explicando razonadamente todos los motivos que tuvo *in mente* para fallar en un sentido y no en otro.

Ignoro si logré cumplir en el papel la intención que me guió. Toca al lector decírmelo.

Si no es así, tal vez algunas de las ideas aquí volcadas, la mayoría producto de experiencias acumuladas durante toda una vida judicial primero y abogado después, pueda inspirar a otros para llegar alguna vez a la meta de tener la Justicia con la cual siempre soñamos y que, por mi parte, pocas veces pude vivir.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

aav@alvarado-abogados.com