

LECCIÓN. 19

LA CONFIRMACIÓN PROCESAL¹

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
 - 3.5.1.1.1. Instrumento
 - 3.5.1.1.2. Documento
 - 3.5.1.1.3. Monumento
 - 3.5.1.1.4. Registro
 - 3.5.1.3. Mostración
 - 3.5.1.4. Convicción
 - 3.5.4.1.2. Juramento
 - 3.5.4.1.3. Peritaje de opinión
 - 3.5.4.1.4. Testimonio
 - 3.5.4.1.5. 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”

¹ Esta Lección ha sido ya publicada con algunas variantes en el libro *La prueba judicial (algunas reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)* por Editorial *Tirant Lo Blanch*, Valencia, España, 2006 y por Editorial *Juris*, Rosario, Argentina, 2008.

- 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

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 mude 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), etc.

En estas condiciones, haciendo un uso extensivo del vocablo que, así, resulta omnicomprendivo 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*, etc., 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 hartamente disímiles entre sí.

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 sostenerla.

Dados los alcances de la ciencia actual, no puede escapársele al lector que, por otra parte, *existen afirmaciones científicas definitivamente incontestables*: por ejemplo, la existencia de

la *ley de gravedad*, la rotación del planeta alrededor del sol, etc.

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 contestatarios... 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 10²*” y comprobará cuán exacta es esta afirmación).

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.

2. LOS PROBLEMAS FILOSÓFICO - POLÍTICOS DE LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

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 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* y desde la propia ley cuál debe ser su actuación procesal en cuanto a la búsqueda y captación de los hechos 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).

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 procesal* –que los hay, y mu-

² La novela está diagramada sobre la exclusiva base de distintos testimonios, ninguno de los cuales concuerdan entre sí.

chos— 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 —sostenida por numerosos medios de información— que pregona la 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, vedar toda excarcelación, etc.

Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidaria*, generadora del *solidarismo penal*³ y éste, a su turno, del *solidarismo* o *decisionismo*⁴ *procesal*, y se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más *activos*, más *viriles*, 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, etc.) 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 de no colocarlas por encima de la Constitución.

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

³ 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, etc. 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.

⁴ 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.

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 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 que el juez decrete oficiosamente medios de confirmación!*

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...*⁵

2.2. LA ACTIVIDAD DEL JUZGADOR EN LA ETAPA CONFIRMATORIA

El tema merece una aclaración previa: en toda esta obra, la Lección. 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 antes.

Durante casi toda la historia del Derecho se aceptó en forma pacífica y en todo el universo entonces conocido que al juzgador sólo tocaba establecer en su sentencia la *fijación de los hechos* 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 la *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).

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 admiten 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,

⁵ ¿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?

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, pues 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 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 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 allá. En otras palabras, hay *tantas verdades como personas pretenden definir las* (recuérdese, por ejemplo, que Aristóteles justificó la esclavitud... ¿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?

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 cadí.

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

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

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).

En razón de que el objeto del proceso es la *sentencia*, en la cual el juzgador debe *normar específicamente* 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 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 hurtare...). 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 lo relativo a:

- *qué puede ser confirmado (objeto de la confirmación)*,
- *de dónde debe extraerse la confirmación (fuente 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 contrario (CC, 8)– y, particularmente, por el juzgador, para quien rige en este aspecto la regla procesal *iura novit curiæ* (el juez conoce el derecho) (ver Lección 9) (art. 159, e).

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, etc. y, por supuesto, la ley extranjera en cualquiera de sus formas.

Claro está: lo 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 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*.

[Las consecuencias de la falta de contestación de demanda y de la respuesta evasiva están previstas en CPC, 235, a.](#)

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).

La causa se abre a prueba sólo si hay hechos *conducentes acerca de los cuales las partes no están conformes* (art. 243) y debe recaer sólo sobre hechos articulados por las partes en sus respectivos escritos (art. 247).

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, etc., 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 (art. 235, a, 2° párr.).

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 serlo.

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 acaece 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, etc. 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; etc.

Hasta aquí parece clara la conceptualización 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 *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; etc.

e) *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 si 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 hacerlo. 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 *misma 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 la *persona que declara* (*fuentes* 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, etc.), de comprensión inteligente y de conocimiento del hecho (de lo contrario, no sería *fuentes*), su declaración debe exhibir una clara ajenezidad 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, etc. (*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 infor-*

mes que, al igual que los anteriormente citados, explicaré más adelante;

3) los *documentos* 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, etc.: a todos les otorga el mismo tratamiento y, así, las leyes, resultan final y ferozmente 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 claro— 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 generó 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 **CC, 6°**, 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 latitud. Otro tanto ocurre respecto del llamado *hecho negativo*.

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, la que ha cuajado legislativamente en la mayoría de las legislaciones procedimentales es la que atribuye la carga a *cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable*. 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.

De ahí que esta idea haya sido generadora de varias 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, etc.

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 sí 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, etc.

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*), 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 aquel 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, etc.).

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 adecuadamente 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 asegu-

rando 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 tribunalicia 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 *pudiencia* 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 *pudiencia* 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 lógica.

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 tribunalicia, 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 tema en trato. En los lugares donde ello ocurre (por ejemplo, en Santa Fe) 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 [art. 249](#), donde 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.”

Resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las “*cargas dinámicas probatorias*” no puede coexistir con la norma pre transcrita, 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 cuando 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 salir con bien del proceso!

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 imputado.

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.

3.6. 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 est*: peritaje) (o prueba *pericial*), *informes* (o prueba *informativa*), *presunciones* (o prueba *presuncional* o *indiciaria*) y *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* 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, etc.

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

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, mojoneros, logotipos, marcas de fábricas, etc.

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, etc.

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*, etc.) y las *cartas privadas*, los *libros de comercio* que no son llevados conforme con la ley, etc.

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.

3.5.1.2.3. 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 tarjas*; *logotipos*, *marcas de fábrica y marcas y señales de ganado*; *árboles genealógicos*, *señales de tránsito*, etc.

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 filmicos*, *fotografías y radiografías*; *registros de voces, de soni-*

dos, de luminosidad, de electromagnetismo, de fotoquímica, de dactiloscopia, etc.

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* 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*, con libertad de espíritu y sin coacción alguna

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 reinsertión 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, etc.).

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 sojuzgar a judaizantes (*marranos*), musulmanes, luteranos, etc.

Otra vez se buscó la *confesión* del imputado con el obvio fin de lograr una 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 los 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 un 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, casti-

zamente, *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 (y en el Paraguay) 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 absuelta 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 formulan.

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.

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; **a tal punto, que el CPC no lo acepta como medio de confirmación. Sin embargo sí lo hace el CPT**, razón por la cual debo dedicarle aquí una explicación.

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* 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.*

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 resistencia.

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 diferencias. Y se llama así 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 resultado.

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!

En el proceso laboral paraguayo es lugar común el ofrecimiento de la prueba de “declaración jurada del trabajador”, que por imperio del CPT, art. 161, sirve para tener por ciertas las afirmaciones del trabajador efectuadas “bajo juramento”, si los libros o documentos de tenencia obligatoria que debe presentar el empleador intimado al efecto, “no reuniesen los requisitos de fondo y forma legales o reglamentarios.” Con lo que en la práctica, este juramento basta para que todas las presunciones legales y la inversión del *onus probandi* funcionen a favor del trabajador.

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.

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*, 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, etc., que actúan *comprobando*, y peritos médicos, mecánicos, armeros, fotógrafos, tasadores, etc., que actúan *opinando*.

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 irremediablemente por el juez, claro que a salvo de las impugnaciones que puedan hacerse en su contra por no 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 ajeno respecto:

- a) de hechos⁶ 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

⁶ 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.

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*. Y cuando esto ocurre, la *parte 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 sentidos.

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*.

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 confiable.

Pregunté allí: ¿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, ¿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 registros fotográficos o visuales, de fotocopias, etc.?

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, etc.), 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 declara. 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, etc.

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*

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) *El Indicio*

Denomínase *indicio* a un *hecho conocido* (el *indiciario* o el *indicador*) a partir del cual se razona –por inducción⁷, deducción⁸ o abducción⁹ crítica– la existencia de un *hecho desconoci-*

⁷ 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. Actualmente se expresa mejor diciendo que es la forma de inferencia que permite predecir la *regla* que vincula a ciertos *rasgos* (o características) que surgen de un *caso* determinado.

do (el indicado).

Constituye, por ende, un *medio de confirmación indirecto* que le permite al juez obtener el *resultado* de una *presunción*¹⁰ 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* (deben ser por lo menos tres¹¹ para que el razonamiento tenga 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 contradocumento que le permita confirmar su afirmación; de donde se impone la confirmación indiciaria

⁸ 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. Actualmente se explica mejor el tema diciendo que es la inferencia que permite predecir los *rasgos* (o características) que aparecerán a partir de la aplicación de una *regla* a un *caso* determinado.

⁹ El moderno término *abducción* refiere a la forma de inferencia que permite identificar a un *caso* perteneciente a una *regla* a partir de ciertos *rasgos* (o características) determinados.

¹⁰ 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.

¹¹ Confieso que he pensado mucho para establecer este número, al que señalo como mínimo para poder obtener una presunción *hominis*. Y lo he elegido pues creo que con él se respetan los elementos necesarios para la operación lógica que conlleva, de la cual puede nacer la inducción, la deducción y la abducción (ver notas # 7, 8 y 9).

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 muestra, exigen ocurrir al indicio emergente de su propia negativa, cual invariablemente lo hacen nuestros tribunales desde hace ya bastante tiempo.

2) La *presunción*

Se entiende por *presumir* 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 contrario. 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: presunciones absolutas o de pleno derecho, relativas y emergentes del análisis de varios hechos indiciarios y que, obviamente, también es relativa.

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*, que está impuesta por el legislador y debe ser aplicada por el juez, y *humana* o *del hombre* 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*, que no admite medio confirmatorio alguno en contrario y que otorga *certeza* al juzgador y la *presunción relativa* que admite confirmación en contrario y que, por tanto, genera *certeza* o *simple probabilidad* en el juzgador (por eso un medio de *convicción*).

3.5.1. LOS 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 piramidal.

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 esta Lección 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*, *mostración* 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 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.

a) *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.

b) *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. (arts. 276 y ss.).

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 CONFESIÓN

Numerosos son los autores que se han ocupado de estudiar el tema relativo a la *prueba judicial*¹². A mi juicio, quien mejor ha logrado sistematizarlo es el inolvidable maestro colombiano Hernando Devis Echandía quien, en su conocida obra¹³, analiza en tres grandes grupos los requisitos que hacen a la *existencia*, a la *validez* y a la *eficacia confirmatoria* de cada

¹² 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, JOSSERAND, 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 México, los grandes *Tratados generales* sobre la prueba judicial son, a mi juicio: BENTHAM, *Tratado de las 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.

¹³ Ver su *Teoría general de la prueba judicial*, ed. de Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1970, 2 tomos.

uno de los medios conocidos.

Todo el invaluable esfuerzo doctrinal efectuado para presentar sistémicamente los requisitos de marras no ha sido aun reconocido de forma integral por las respectivas legislaciones, ya que tan sólo algunas de las condiciones que luego enumeraré tienen efectivo tratamiento normativo. Pero ello no resta importancia al tema pues los requisitos todavía no incorporados como tales a las leyes son de tal obviedad que es imposible desconocerlos en la práctica judicial. A raíz de ello, haré constar en el congruo lugar la norma que refiere a los que ya ostentan rango legal¹⁴.

Veamos cada uno de ellos.

1) *Requisitos para la existencia de la confesión*

Son:

- debe ser *declaración de una parte procesal* originaria o sucesiva (art. 276),
- hecha *en persona* o por un tercero que esté expresamente autorizado para efectuar la confesión a nombre de la parte procesal (arts. 279 y 283);
- que, en forma *expresa* (no implícitamente) 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* (ver art. 276).
- Finalmente, debe ser *voluntaria* y *consciente*, por encontrarse el declarante 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 acto (ver art. 276).

2) *Requisitos para la validez de la confesión*

Son:

- el confesante debe tener –al momento de declarar– plena capacidad civil, salvo casos especiales previstos por la ley;
- 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* como medio de prueba del hecho confesado con relación al objeto del litigio o que tenga *aptitud legal* para confirmar ese hecho y
- *pertinente* respecto de hechos *alegados por alguna de las partes* (recuérdese que el juez no debe introducir oficiosamente hechos al litigio) y que, además,
- deben ser *física y jurídicamente posibles* y
- no estar en contradicción con las *máximas generales de la experiencia* del propio juzgador
- ni con otro medio de confirmación que brinde adecuada convicción al juzgador.
- Además, debe tener *causa y objeto lícitos* y

¹⁴ Esta acotación es válida para todos los medios de confirmación que serán tratados *infra*.

- no ser *dolosa* ni *fraudulenta* (art. 297)
- y ser hecha ante *juez* 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* o *preclusiva e irrevocable* 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 provocando la declaración de nulidad del respectivo acto (art. 297).

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 confirmatorio.

De allí que muchas leyes vigentes normen textualmente que *la confesión judicial hace plena prueba contra el confesante* salvo algunas circunstancias 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*: 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*).

A) *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 (ver art. 296).

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.

B) *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 compleja (art. 296, a, b y c).

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.

Pliego de posiciones

El interrogatorio en base al cual habrá de declarar la parte debe estar contenido en un *pliego* que se presenta *cerrado*, por lo menos una hora antes de la fijada para la audiencia. Pero la falta de presentación del pliego no acarrea la caducidad de la prueba, pudiendo el ponente formular las posiciones verbalmente si el absolvente asintiere (art. 284). De lo contrario, deberá solicitar nueva audiencia. Si no dejare pliego ni compareciere, el ponente será tenido por desistido de la prueba.

Ofrecimiento de la absolución de posiciones

Debe ofrecerse dentro de los primeros 20 días del periodo probatorio, una vez en cada instancia (arts. 277 y 278).

Redacción de las posiciones

Cada posición contendrá un solo hecho concreto, susceptible de respuesta afirmativa o negativa, que haga relación a los hechos controvertidos. Las partes tendrán derecho de formular también preguntas relativas a las cuestiones en debate luego de finalizadas las posiciones, al

igual que el juez (arts. 286 y 289).

Citación del absolvente

Personalmente o por cédula dirigida al domicilio real del absolvente, con una anticipación no menor de dos días al del acto (si bien no existe en el CPC norma alguna que imponga expresamente este plazo, se lo aplica por costumbre judicial).

Juramento

Por disposición de CN, art. 18, “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”.

El CPC no establece obligación de prestar juramento ni promesa de decir verdad. No obstante, en caso de alterar manifiestamente la verdad de los hechos contenidos en las posiciones, podrá ser declarado litigante de mala fe por el juez, a pedido de parte (art. 52, a).

El CPT, art. 142, sí prescribe que la parte citada concurra personalmente a la audiencia, “para que absuelva con juramento, posiciones” que la otra formule.

Respuesta al pliego

El absolvente deberá responder de palabra, por sí mismo, en forma clara y concreta. Se permite la consulta de apuntes cuando deba referirse a nombres, cifras u operaciones contables o lo aconsejen circunstancias especiales; pero sin valerse de consejos ni de borradores (art. 287).

Negativa a responder

Puede negarse a responder si considerare impertinente la posición; pero si el juez no la tuviera por tal al dictar sentencia, podrá tenerlo por confeso (art. 288), sin perjuicio de la facultad del juez de modificar, ampliar o restringir el interrogatorio (lo cual resulta manifiestamente vejatorio del derecho a la defensa de las partes).

Ampliación del pliego

El *ponente* y el *juez* pueden ampliar sin restricción las posiciones o formular nuevas preguntas, con la particularidad de la norma que permite al juez interrogar también al ponente (art. 289).

El *abogado o apoderado del absolvente* pueden formular preguntas ampliatorias o aclaratorias de los hechos que hayan sido materia de las posiciones a la parte presente y en tanto el juez lo permita.

La *confesión* concebida como *medio de prueba* 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 contra.

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*, lo que implica que no puede existir constricción ni sanción ni aplicación de apercibimiento alguno por incumplimiento de deber, obligación o carga.

He recordado esto pues la *citación para absolver posiciones* 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 par-*

te 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.

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?

Si el absolvente no concurre a la audiencia de absolución de posiciones o, compareciendo, se niega a declarar, puede ser tenido por confeso en la sentencia, si así resulta de la apreciación conjunta de las demás pruebas y los principios de la sana crítica (arts. 282 y 302).

En cuanto a la *contestación a las posiciones*, “si el absolvente se negare a contestar o contestase en forma evasiva, podrá ser tenido por confeso en la sentencia” (art. 287, 2º párrafo).

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 en la mayoría de las legislaciones *bajo juramento de decir verdad*.

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...

Esto fue advertido —otra vez— por los penalistas: el delito de *perjurio* 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 posición que se formula en juicio (ver CPT, 142).

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 (al igual que en el Paraguay), casi todo lo relativo a los *documentos en general* y aun a su valor confirmatorio está contenido en el CC.

De tal forma, al ocuparse del tema los códigos procesales, se limitan a regular aspectos puramente procedimentales 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 confirmación.

1) *Los requisitos de existencia del documento*

Son:

- que tenga *aptitud representativa* 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*.

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 (CC, 399).

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*,
- con las *formalidades legales* y llevado al proceso en forma *legítima*, con las formalidades de modo, tiempo y lugar exigidos por la ley;

Presentación de documentos por la parte.

1) Deben ser presentados con el escrito de demanda o de contestación; en los incidentes o excepciones, con los escritos respectivos, salvo que no los tengan en su poder, en cuyo caso deben indicar el lugar en que se encuentran (art. 219); salvo los de fecha posterior o desconocidos, previo juramento de esta circunstancia, que podrán ser agregados hasta la providencia de autos para sentencia (art. 221).

2) El juez puede ordenar se traiga a la vista cualquier documento, antes de dictar sentencia (art. 18, b); en caso de expedientes judiciales, puede requerir su remisión al juez respectivo antes de dictar sentencia (art. 248).

3) Cuando se halla en poder de terceros o de la parte contraria, deben ser intimados a su presentación (art. 304).

Exhibición de documentos (por la contraparte y por tercero).

1) La *contraparte* tiene la *carga* de exhibir los documentos relativos a la cuestión litigiosa que estén en su poder o, caso contrario, de indicar el lugar donde se hallan (art. 305). Si se niega a presentarlo y se prueba la existencia del mismo en su poder, debe tenerse por exacta la copia que presente el que solicitó la exhibición del original, o se tiene como cierta la afirmación que ha hecho sobre su contenido. Si por otros elementos de juicio resulta manifiestamente verosímil que el documento se encuentra en su poder, así como su contenido, la negativa a presentarlo constituye una presunción en su contra (art. 305).

2) El *tercero* ajeno a un proceso también tiene obligación de exhibir documento (art. 306), pero curiosamente y en contra de toda lógica, el CPC establece que el tenedor del documento puede negarse a su exhibición si la misma pudiere causarle perjuicio, alegando que el docu-

mento es “de su exclusiva propiedad” (como si normalmente esto no fuera así).

Reconocimiento de documentos privados

En CPC, el art. 307 viene a modificar la concepción tradicional respecto del “reconocimiento” de los documentos, ya que en lugar de exigirse el reconocimiento de firmas en audiencia (inexistente en el proceso de conocimiento ordinario actual y reservada sólo para la preparación de la acción ejecutiva), los documentos presentados por una de las partes y atribuidos a la otra “se tienen por auténticos salvo impugnación y prueba en contrario”.

Fácil es advertir que quien presentó el documento no debe solicitar el “reconocimiento de la firma”, dado que: a) si la firma no es negada o el traslado no es contestado, debe solicitar directamente se tenga por auténtico el documento; o, b) si la firma es negada e impugnado el documento, debe el impugnante producir la prueba en contrario. Aunque en la práctica, todavía siguen realizándose en nuestros Juzgados de toda la República miles de audiencias de “reconocimiento de firmas”...

Si el documento ha de ser reconocido por tercero, debe ser citado conforme a lo previsto para la prueba testimonial y se aplica lo dispuesto en art. 307, 2ª parte.

Cotejo

Si el requerido para reconocer documento niega su firma o no reconoce la atribuida a otra persona, se procede a la comprobación de la autenticidad por medio de prueba pericial caligráfica, sin perjuicio de los demás medios de prueba (art. 309).

A falta de acuerdo de partes acerca del documento indubitable sobre el que se hará el cotejo (art. 310), el juez puede tener por tal a documentos públicos o privados reconocidos judicialmente u ordenar la formación de cuerpo de escritura (art. 312).

- y, tratándose de *copias*, que se hayan cumplido los requisitos exigidos para su *legítima expedición*

Aunque el CPC no lo prevé expresamente, cualquiera de las partes puede solicitar la *compulsa* de las copias de instrumento público con su original. Cualquier litigante puede pedir el cotejo con el original si cree: a) que la copia es inexacta, aun en supuesto de poder ser expedida sin necesidad de citación de partes; b) que necesita ampliaciones.

La compulsas puede realizarse por el Actuario, en el lugar en que se halla el original y en presencia de las partes interesadas.

Este requerimiento cobra especial trascendencia en el caso de redargución de falsedad del documento (art. 308) y de su peritaje.

3) *Los requisitos de eficacia del documento*

Son:

- que su contenido sea *convinciente* y
- no haya otro medio confirmatorio válido en *su contra*;
- 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*, sin *alteraciones, mutilaciones, tachaduras o enmiendas* sin salvar adecuadamente de puño y letra del emisor o con 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.

El art. 105, última parte, dispone que sólo pueden ser agregados documentos redactados en idioma español, y si están redactados en lengua extranjera, deben estar traducidos por traductor público matriculado. Los documentos emanados en el extranjero, deben además ser debidamente legalizados, en su caso.

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 notas 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 códigos más modernos que los que rigen en la Argentina (al igual que en Paraguay), 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 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* 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 juego que los interesados guardaron estrictamente durante el desarrollo del proceso.

Parece obvio destacar que en el cambiante mundo actual corresponde inclinarse hacia el lado del legislador y no 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 tesis 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 falso.

[El valor probatorio de los instrumentos públicos está regulado en CC, 375 a 388.](#)

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

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.

[El valor probatorio de los documentos privados se halla reglado por CC, 399 a 409.](#)

[El instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o declarado](#)

debidamente reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores (art. 407, 1er. párrafo).

La prueba que resulta del reconocimiento de los instrumentos privados es indivisible, en el sentido de que prueban con la misma fuerza contra quienes los reconocen, como contra aquellos que los presentaren (art. 407, 2º párrafo).

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

Ya se ha visto el tema en los # 3.5.1.1. y # 3.5.1.4.3. Habrá 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 multívoca.

Esa equivocidad ha permitido la antigua y permanente confusión de los autores al tratar de *diferenciar a un testigo de un perito* 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 gravedad* con un *perito tasador de inmuebles* o un *perito calígrafo* y a todos se les aplica idéntica solución (art. 343).

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*

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 jueces. Y ello, por cuanto –al igual que el juzgador– el perito judicial debe ostentar sus mismas cualidades: ser imparcial, imparcial e independiente (art. 352).

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) (art. 352).

c) El *perito de parte* no pasa de ser un simple *consultor* o *delegado técnico* 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 ella (art. 344, b).

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* en un *proceso* y a consecuencia de un *encargo judicial*,

El dictamen pericial debe ser decretado cuando cualquiera de las partes lo solicite o el juez lo crea necesario (arts. 344 y 350).

El número de peritos a designar varía conforme a la importancia y valor del asunto, y a si existe o no acuerdo de partes para la realización de la prueba.

- cumplido por un *tercero*
- y debe versar sobre *hechos*, nunca sobre *derecho* cuyo conocimiento, interpretación y aplicación incumbe exclusivamente al juez.

2) Los requisitos de validez del peritaje

Son:

- el encargo judicial de su realización debe ser *conforme con la ley*

El art. 348 establece que, al decretar el examen pericial, el juez debe nombrar a los peritos y fijar con precisión los puntos de pericia teniendo en cuenta los presentados por las partes. Además, determina el plazo para dictaminar y presentar el respectivo informe.

- y no existir *prohibición* de practicarlo;
- el perito debe ser persona civilmente *capaz*,
- haber tomado *debida posesión del cargo*

Los peritos ofrecidos por las partes deben firmar el escrito de ofrecimiento respectivo, haciendo constar la aceptación del cargo y el juramento o promesa de decir verdad (art. 344, b). Los que son nombrados por el juez, deben comparecer a aceptar el cargo ante el actuario, bajo juramento o afirmación de desempeñarlo debidamente (COJ, 177).

- 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,

La prueba puede practicarse en un solo acto, en cuyo caso asisten el juez y las partes con sus asistentes letrados, debiendo retirarse cuando los peritos pasan a deliberar (art. 356). Los peritos pueden realizar la diligencia unidos o por separado.

- presentado o expuesto finalmente ante el juez con las *formalidades del caso* en cuanto a tiempo, modo o lugar.

Si las modalidades del examen lo permiten, los peritos pueden emitir su dictamen de inmediato (art. 357).

Caso contrario, el dictamen se presenta por escrito, con copia para las partes, dentro del término fijado y en tantos ejemplares cuantas opiniones diversas haya (art. 358).

Caso de falta de presentación en tiempo, corresponde el reemplazo de los peritos y su sanción (art. 355).

- Además, no debe existir *causal general de nulidad* que vicie también el peritaje (art. 111) y,
- cuando son varios los peritos, la *deliberación debe ser hecha en forma conjunta*, con explicación de lo deliberado en la ocasión (arts. 356 y 359).

Cuando el informe se presenta por escrito, las partes pueden solicitar señalamiento de audiencia para que los peritos comparezcan a brindar las explicaciones o hagan las ampliaciones necesarias con relación a su dictamen. Según el caso, puede solicitarse informe complementario por escrito.

La incomparecencia del perito o falta de presentación del informe complementario acarrea la pérdida del derecho a percibir honorarios, total o parcialmente (art. 359).

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 (art. 351);
- 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*,
- sin *exceder los límites del encargo judicial*
- ni haberse hecho el estudio previo al dictamen *sin conocimiento y participación de todos los interesados* en el resultado (lo que significa que no puede existir violación del derecho de defensa de las partes) (art. 356);
- 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* (art. 358)
- y no haber *rectificación o retractación del perito* acerca de sus conclusiones.

La valoración de la prueba pericial debe efectuarse según la regla general de la sana crítica (art. 269) y, además, teniendo en consideración “la competencia de los peritos, la conformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden y las demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca” (art. 360).

El juez no está obligado a ceñirse al dictamen pericial, el cual debe ser valorado por él mismo (cual *perito de peritos*) (art. 360). En cualquier caso, el juez debe dar razones fundadas por las cuales resuelve dar valor o apartarse de un dictamen pericial.

De oficio o a pedido de parte, el juez puede ordenar informes a las oficinas técnicas cuando lo crea necesario (art. 362).

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. 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.

a) *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*. Si no comparece sin causa justificada, se constriñe su comparendo.

El deber de comparecer de toda persona mayor de 14 años está consagrado en el art. 314.

Las excepciones al deber de comparecer están previstas en el art. 315: consanguíneos o afines en línea recta de las partes (sin limitación del grado), el cónyuge (salvo para reconocer firmas), o disposiciones especiales de otras leyes.

Por otra parte, el art. 328 (interrogatorio preliminar) no implica inhabilidad absoluta del testigo (salvo el inciso b), pero podría lugar a su impugnación conforme al art. 342. Por tanto, es un error que en los procesos civiles no se reciba la declaración de un dependiente de una de las partes, que en muchos casos (por ej., un accidente de trabajo) es el único testigo idóneo de un hecho crucial de la causa, por lo que el testimonio deberá ser valorado ulteriormente.

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 (art. 324). En tales casos, se los interroga en su propio domicilio en audiencia convocada al efecto y con la presencia de los funcionarios 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 (art. 341).

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), etc.

b) *El deber de declarar o atestiguar*

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

Su deposición debe hacerse a tenor de las preguntas que les formulen las partes en litigio.

Acerca del tenor de las preguntas y de la forma que debe asumir el interrogatorio, ver art. 329.

Sin embargo, hay excepciones a este deber que el testigo debe hacer valer en la oportunidad de su declaración: cuando la respuesta que debe dar a una pregunta puede comprometer su honor o exponerlo a enjuiciamiento penal o a revelar un secreto científico, militar, artístico, industrial o profesional (art. 330).-

c) *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 hará e identificarse y responder adecuadamente a una serie de preguntas cuyas respuestas sirven para conocer el grado de imparcialidad del testigo.

Los testigos deben prestar juramento o promesa de decir verdad (art. 327).

De las respuestas dadas por el testigo a las preguntas que versan sobre las *generales de la ley* (art. 328) surgirán las causales de impugnación al testigo (art. 342) que debe ser deducida dentro del plazo de producción de pruebas.

La impugnación del testigo no obsta a que se reciba su declaración, dado que el incidente se resuelve con la sentencia.

En caso de indicio de falso testimonio, el juez debe ordenar la remisión de los antecedentes a la justicia penal (art. 334).

3) *Los derechos del testigo*

Si bien el acto del comparendo al tribunal para prestar declaración constituye una carga pública, 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.

El art. 340 establece el pago de viático para los testigos domiciliados fuera del asiento del juzgado.

El CPT, art. 183, establece para el mismo caso, el derecho del testigo de percibir los gastos de traslado, estadía y retribución que dejare de percibir, los cuales serán abonados por el ofe-
rente y luego reintegrados por el vencido (como parte de las costas).

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 parte) 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 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,

Sin embargo, el CPC paraguayo (art. 337) establece que el juez puede decretar de oficio la comparecencia de testigos mencionados en los escritos de demanda y contestación, aunque no hayan sido citados por las partes. Igualmente puede el juez volver a citar y a ordenar el caere de los ya interrogados (concuerta con el art. 18, inc. e).

El interrogatorio puede reservarse hasta el momento de la declaración del testigo (art. 317), siendo potestad del juez modificarlo o ampliarlo.

- y su *recepción* por funcionario hábil a ese efecto;

La presencia del juez en las audiencias (regla de inmediación) está consagrada en los arts. 15, e y 153,a.

Caso de testigos que deben declarar *fuera de la jurisdicción del juzgado*, ver el art. 340.

- la *capacidad procesal* del testigo
- 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* en legal forma (art. 327)
- y cumplir las *formalidades procesales* de tiempo de tiempo, modo y lugar que establece la ley para efectuar la declaración;

En lo posible, el juez debe señalar audiencia para que los testigos declaren en un mismo día (CPC, 319). El juzgado fija una audiencia supletoria con carácter de segunda citación en fecha próxima, para que declaren los testigos que falten a las audiencias preindicadas o que no se realizan por causas no imputables a los testigos. Al citarlo se le notifica ambas audiencias, con la advertencia de que si falta a la primera sin causa justificada, se lo hará comparecer a la segunda por medio de la fuerza pública y se le impondrá una multa.

La citación a los testigos se efectúa con una anticipación no menor de 2 días (art. 321), salvo caso de urgencia (art. 262), por cédula que transcriba el texto del art. 319.

Los testigos deben ser llamados separada y sucesivamente y han de declarar de manera que no puedan oír las declaraciones de los otros (art. 326).

La audiencia se realiza en la sede del tribunal, salvo que el juez disponga lo contrario cuando el reconocimiento de algún sitio contribuya a la eficacia del testimonio (art. 336).

Los testigos deben permanecer en el tribunal hasta que termine la audiencia, salvo disposición en contrario fundada en razones especiales (art. 332).

- además, no debe haber *motivos generales de nulidad* del proceso que puedan afectar la validez del testimonio (art. 111).
- ni *prohibición legal* para la recepción del testimonio particular o del testimonio en general para ese proceso

- y debe contar con *adecuado control* de la parte contraria de quien ofreció la testimonial.

3) *Los requisitos de eficacia del testimonio*

En general, los jueces deben apreciar la prueba testimonial conforme a las reglas de la sana crítica, expresando los motivos y circunstancias que corroboren, disminuyan o invaliden la fuerza de las declaraciones de los testigos (art. 342).

Son:

- el medio debe ser *conducente* y *pertinente* con el hecho a probar
 - y *útil* para generar convicción en el juzgador;
 - 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* y *seguras* y *precisas* las afirmaciones
 - que deben contar con el respaldo de la *razón de los dichos* de modo tal que el *conocimiento* del testigo esté *de acuerdo con esa razón del dicho* (art. 331),
 - y sin exceder el objeto propio del testimonio
 - ni violar una reserva o secreto profesional (art. 330)
 - 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 (ver art. 328)
 - 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;
- En caso de contradicción entre las declaraciones, el juez puede decretar el careo entre los testigos o entre éstos y las partes (art. 333). Cabe apuntar que no es corriente el careo de testigos con las partes (lo que podría dar lugar a incidentes), y de hecho, muchos Códigos no lo contemplan (sí lo hace el CPCN, art. 448, que es fuente directa de nuestro CPC).
- 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

El interrogatorio debe ser presentado por el oferente (art. 325), pudiendo ser modificado por el juez; las preguntas deben versar sobre un hecho concreto y no involucrar o sugerir respuesta, ser ofensivas o vejatorias, ni contener referencias técnicas, salvo si son dirigidas a personas especializadas (art. 329).

Las partes pueden efectuar preguntas ampliatorias por intermedio del juez (art. 329, 2º párrafo); y aunque la ley no lo prevé expresamente, por aplicación del principio de bilateralidad, la parte contraria puede realizar libremente –siempre a través del juez– todo tipo de *repreguntas* que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos relatados o la razón de los dichos del testigo (circunstancias de lugar, tiempo y modo en que el testigo percibió los hechos; aclaración de juicios de valor del testigo; circunstancias personales que pudieran afectar su declaración como preferencias políticas y religiosas, orientaciones sexuales, participación en grupos sociales, historia personal, etc.).

De la declaración de los testigos se levanta acta. El testigo puede efectuar las aclaraciones o rectificaciones que estime necesarias. Firman el juez, el actuario, el testigo y las partes que asistieren.

- y que el declarante no sea persona que habitualmente es llamada a declarar en Justicia.

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* 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 parte) 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 informante (art. 372).

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,

Sin embargo, el art. 371 admite que la prueba de informes pueda ser ordenada “de oficio o a petición de parte”.
- 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* 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.

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 *contraindicaciones* 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 huelga 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

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 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*.

El CPC no dispone expresamente la notificación previa de la diligencia, pero la misma surge del principio de bilateralidad: el desconocimiento de una de las partes de la realización de una diligencia probatoria es sancionable con la nulidad o al menos, la inoponibilidad.

Sin embargo, en no pocas ocasiones se realizan inspecciones judiciales sin noticia de la parte contraria a quien luego se le pretende oponer la prueba que resulta del acto. El problema se suscita cuando la diligencia se ordena en el marco de una medida cautelar o de un desalojo (art. 632, b).

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 etapas 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 afirmación.

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 imprescindible 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, carece de sentido abrir dicha etapa.

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 procedimental 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 demanda 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* en función del valor jurídico en litigio) el juzgador debe ordenar la apertura de la etapa confirmatoria, que se compone de cuatro subetapas: la de ofrecimiento, la de aceptación, la de admisión y la de producción.

En el art. 243 se establece la regla general según la cual se recibirá la causa a prueba “siempre que se hubieren alegado hechos conducentes acerca de los cuales aquellas no estuvieren conformes”.

La excepción está prevista en el art. 70, que habilita la apertura a prueba no obstante haber hechos *admitidos* por efecto de la incontestación de la demanda. Se trata de una posibilidad de confirmación que invierte la carga probatoria para que el demandado pueda destruir la presunción legal generada en su contra.

Cualquiera de las partes puede oponerse a la apertura de la causa a prueba, debiendo el juez resolver previo traslado a la contraria. La resolución que recaiga sólo será apelable si dejare sin efecto la apertura a prueba (art. 244).

Los plazos ordinarios de prueba son:

- Cuarenta (40) días en el juicio ordinario (art. 253);
- Veinte (20) días en el juicio sumario (art. 683);
- Hasta quince (15) días en el juicio ejecutivo (art. 468) y en el juicio de desalojo (art. 625);
- De diez (10) días en los incidentes;
- En los procesos por audiencias (interdictos, art. 643; y el juicio ordinario de menor cuantía, art. 686), el plazo se extiende hasta la conclusión de la audiencia de recepción de las pruebas.

La apertura a prueba se notifica por cédula (art. 133, b). El plazo es común y comienza a correr con la última notificación a las partes (aunque expresamente la ley no lo disponga, pero ello es así como lo es en razón de que no puede correr un plazo probatorio independiente para cada parte).

Los *hechos nuevos* pueden ser alegados dentro de los seis días de haber sido notificada la apertura a prueba (art. 250).

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 convencer al juzgador acerca de la razón que lo asiste y, así, ganar el pleito cuando él lo sentencie.

Los plazos de *ofrecimiento de prueba* son:

- Diez (10) días en juicio ordinario (art. 253), y en el caso de apelación libre en segunda instancia, si correspondiere (art. 431);
- En forma conjunta con los escritos de demanda y contestación, en juicios sumarios, especiales y de menor cuantía, así como en los incidentes y excepciones;

Escapan a este régimen de ofrecimiento las pruebas de absolución de posiciones (art. 277) y de documentos (arts. 219 a 221).

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.

Sin perjuicio de esto, la ley debe prever la posibilidad de efectuar ofrecimiento posterior, sólo cuando se invocan *hechos nuevos* después de la apertura de la etapa confirmatoria (arts. 250 y 430, a).

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*. Esto es bueno y aceptable en un sistema en tanto no se vulnere el derecho de defensa de la persona a quien eventualmente se opondrá el resultado de la prueba anticipada.

En el art. 270 se prevé la posibilidad de proponer *pruebas anticipadas*, a lo que “el juez accederá sin sustanciación a lo solicitado siempre que lo considere procedente”. El auto denegatorio es apelable, pero no el que las concede (art. 273).

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 proceso.

El art. 272 prevé la citación del adversario a quien se opondrá la prueba, estableciendo además que en caso de urgencia que no permita hacer efectiva la misma, la diligencia se realice ante el representante del Ministerio de la Defensa Pública.

En las décadas de los años '40 y '50, totalitarismo procesal mediante, se intentó a todo trance reducir el lapso de duración de los procesos. Y para eso se reformó la ley estableciendo que todos los *medios de prueba* presentados en ciertos tipos procedimentales debían ser ofrecidos junto con los escritos constitutivos del proceso (demanda y contestación —principal o incidental—; 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 proceso (en la realidad ocurrió todo lo contrario).

Acepte el lector que el 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, ya que luego de casi cincuenta años de practicarlo no se ha logrado ni remotamente los resultados esperados. De donde surge la conveniencia de 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.

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 mínima 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 contradictor, para tener oportunidad de decir y de hacer lo que fuere respecto de ello.

Para cumplir tal bilateralidad, todo juez debe sustanciar los ofrecimientos de medios confirmatorios confiriendo traslados recíprocos a ambas partes en litigio, para que actúen en consecuencia a sus respectivos intereses. 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

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 admitiéndolas y ordenando su producción. A este efecto, ordena citar a partes, testigos, peritos y terceros a las audiencias señaladas al efecto, libra los oficios y exhortos del caso, ordena la agregación de documentos, etc.

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 (arts. 246 y 247).

Es medio confirmatorio *improcedente* o *inadmisible*:

- a) el que está prohibido por la ley;
- b) el ofrecido extemporáneamente, luego del vencimiento del plazo respectivo; y
- c) el que se ofrece como ya producido sin haberse respetado el control de partes o sin haber sido ordenado regularmente por el juez competente en el pleito 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 terceros.

Es medio confirmatorio *impertinente* el que tiende a lograr convencimiento en el juzgador acerca de la existencia de hecho no litigioso.

Es medio confirmatorio *inconducente* el que refiere a hecho que no interesa para la solución del litigio.

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 partes. 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 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 cualquiera 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.

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; etc.

Para la producción de los distintos medios probatorios, v. *supra*, cada uno de ellos.

El juez establece el modo de diligenciar un medio probatorio no previsto por la ley por la vía del procedimiento determinado para prueba semejante, o en su caso, indicará el modo de hacerse efectivo (art. 246).

La prueba a realizarse fuera del lugar del juicio se rige por los arts. 254, 255 y cc.

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.

El art. 262 establece que: “Toda diligencia de prueba deberá notificarse dentro del día siguiente a la fecha de la resolución que la ordene. entre el día de la providencia y el que se designe para recibir la prueba, deben mediar por lo menos dos días, salvo que la ley disponga lo contrario o que el juez abrevie dicho plazo por motivos urgentes y justificados...”

El secretario debe formar piezas separadas de las pruebas de cada parte (art. 257).

A las partes incumbe urgir el diligenciamiento de las pruebas dentro del periodo probatorio (art. 266).

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.

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 rendidos.

La voz *alegar* referida a la confirmación procesal, genera el sintagma *alegato de bien probado*, que es el escrito 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.

Los plazos para alegar dependen del tipo procedimental legislado.

Los plazos ordinarios para alegar son:

- De 6 días en juicio ordinario (art. 379), e igual plazo en segunda instancia en caso de apertura a prueba (art. 431);
- En la audiencia de sustanciación del juicio, en los interdictos (art. 643);
- Dentro de los 3 días de concluida la audiencia de sustanciación, en los juicios de menor cuantía (art. 686, i);

En los demás juicios especiales se ha suprimido la etapa de presentación de alegatos (expresamente en el desalojo –art. 626-, juicios sumarios –art. 683, d) –.

3.7.1. LA 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 litigio. 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 sentencia. 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 implica. 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 redacta, haciéndole sencilla la lectura y el estudio de los autos, máxime si se trata de folios voluminosos. De la misma forma, debe contener las citas jurisprudenciales 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. LA EVALUACIÓN POR EL JUEZ ACERCA DE LOS MEDIOS PRODUCIDOS (QUÉ VALOR TIENE LA CONFIRMACIÓN)

Ya he mencionado antes de ahora 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 determinado.

Cuando esa confianza es escasa, el legislador se reserva para sí el establecer cuál es el exacto valor confirmatorio que tiene cada medio en particular 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 producidos.

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 determinado sentido).

Veamos ahora en qué consiste cada uno de los sistemas señalados.

3.7.2.1. EL 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 Media 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* 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.

Ejemplo de preordenación de cierto valor confirmatorio se encuentran en [CC, 383](#), respecto del contenido de un instrumento público (salvo redargución de falsedad).

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. EL 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* necesaria para aceptar o rechazar la existencia de un hecho afirmado por una de las partes.

De tal modo, nada le indica el legislador acerca del valor de eficiencia que debe dar a cada uno de los medios en particular. 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 resuelto.

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 jurado 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.

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 1855. 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 observacio-

nes 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 sintagma los autores primero y las leyes después, extendieron estas *reglas* a la apreciación de todo medio confirmatorio¹⁵, 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 perdedor 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 sigue 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.

¹⁵ 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, CPCN, 456 y CPC SFE, 224.