

# CAPÍTULO 1

## LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL

Gabriel Hernán Quadri

### I. INTRODUCCIÓN (LAS RAZONES DE ESTE CAPÍTULO)

Necesariamente, para una obra del tenor de la presente, deben establecerse algunos cimientos. Unas consideraciones teóricas, y generales, subyacentes a toda la exposición que sigue.

Este libro trata de la prueba electrónica; dicho de otro modo, es un libro sobre la prueba.

Pero no sobre toda la prueba, sino sobre un sector muy específico de la evidencia que se utiliza en un proceso judicial: *la prueba electrónica*.

Por eso mismo, hemos querido empezar hablando, desde una perspectiva general, de lo probatorio.

Las reflexiones que aquí aportamos constituyen una reiteración (con alguna actualización y ajuste) de aquellas que realizáramos, ya, hace más de una década<sup>(1)</sup>.

Su utilidad para sentar determinadas bases que nos permitan hablar, luego, de una cuestión de tanta actualidad como lo es la prueba electrónica, denota una circunstancia más que relevante: que la cuestión de la prueba electrónica no puede observarse escindida de todo el bagaje normativo, doctrinario y jurisprudencial que ha venido forjándose a lo largo de siglos de estudio de la cuestión probatoria.

---

(1) Quadri, Gabriel H., *La prueba en el proceso civil y comercial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

Esto es muy interesante: lo electrónico es moderno y actual, pero queda girando en el vacío si se desentiende de aquello que está en la base de todo el sistema probatorio de nuestros procesos civiles, comerciales, de familia y afines.

En suma: ofrecemos al lector, aquí, unas consideraciones generales sobre los diversos institutos que conforman lo probatorio, en el ámbito de los procesos mencionados en el párrafo anterior. Lo atinente al ámbito penal, desde un punto de vista general, podrá encontrarlo el lector en el capítulo que sigue, dada su especificidad.

La contextualización con lo electrónico vendrá luego, a lo largo de los trabajos que integran la obra, donde profesores y especialistas en los distintos temas irán abordándolos en profundidad.

Esto es, insistimos, solo una introducción y la exposición de ciertos conceptos teóricos, fundamentales y generales, para irnos aproximando al fenómeno de lo acreditativo en nuestros procesos civiles, comerciales y análogos.

## II. LA PRUEBA: NOCIONES PRELIMINARES

### 2.1. Necesidad de precisar el concepto de prueba

La primera dificultad con la que se topa quien pretenda efectuar un abordaje del concepto de prueba —y del tema probatorio en general— es la multiplicidad de sentidos que, jurídicamente, se le asignan al vocablo.

Barrios de Angelis rescata cuatro acepciones del término en el lenguaje jurídico<sup>(2)</sup>.

Así, Falcón expresa —con claridad— que la palabra “prueba” presenta una noción difusa, lo que atribuye a las diferencias en cuanto a su alcance, a los diferentes momentos en que esta es considerada, a la estructura abierta del lenguaje y, finalmente, a aspectos relativos a su pertenencia<sup>(3)</sup>.

Pero para emprender adecuadamente un estudio como el que aquí encaramos debemos saber, necesariamente y como primera estación, qué es la prueba.

Mal podríamos analizarla sin comprender, primero, su esencia.

---

(2) Barrios de Angelis, Dante, “La valoración de las pruebas”, JA 1992-IV-759.

(3) Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 18.

Y decimos su esencia, pues procuraremos despojar a nuestro concepto de todos los caracteres accidentales o circunstanciales; solo buscamos —por el momento— una noción genérica de aquello que la prueba civil es.

Luego sí podremos ir profundizando y afinando el análisis.

## 2.2. Aproximación inicial al fenómeno probatorio

Para comprender bien aquello de lo que vamos a hablar, es bueno acercarnos, aunque más no sea superficialmente, al estadio —o momento— del proceso judicial en el que quien tiene a su cargo el deber de decidir procura conectar la ley con los hechos.

Ello así pues la labor del juzgador no se limita a las normas jurídicas a las cuales ha de dar vigencia; además de ello, ha de elaborar el estado de los hechos al cual esas normas han de aplicarse, ya que antes de sondear lo que debe ser deberá constatar lo que es, o en su caso, lo que ha sido<sup>(4)</sup>.

Morello señala, muy gráficamente, que la bisagra hechos-derecho requiere un adecuado ensamble, pues el correcto encuadramiento normativo descansa en una idónea fijación y caracterización de los hechos<sup>(5)</sup>.

En verdad, dirá el lúcido procesalista en otro trabajo, son los hechos los que gobiernan la solución jurídica en la mayoría de las litis<sup>(6)</sup>.

Fairén Guillén nos explica con toda claridad el momento probatorio. Señala este autor que el proceso (“conflicto intersubjetivo hecho litigio por haber sido sometido a la decisión del órgano jurisdiccional”) se inicia por una exposición de “apariencias de hechos” narrada por una de las partes y contradicha por la otra.

A estas “apariencias” se trata de ponerlas en contacto con la realidad exterior de las cosas, para saber si coincide aquella versión subjetiva o “apariencia narrada en juicio” con la “realidad del objeto narrado” (en los límites en que al hombre le es posible llegar a conocer tal “realidad”).

Esta coincidencia, sigue explicando, es fundamental, ya que el juez, con esta superposición de apariencias a realidades, alcanzará un grado

---

(4) Döring, Erich. *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación*, trad. por Tomás A. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 1.

(5) Morello, Augusto M., “En torno a la prueba”, LL 1990-E-1071.

(6) Morello, Augusto M., *Prueba. Incongruencia. Defensa en juicio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 165.

de “convicción” de que la “apariencia” alegada coincide con la “existencia”: subsumirá esta convicción de la “realidad” sobre “los hechos exteriores” a la norma jurídica que le preexiste y de esa superposición surgirá la conclusión que pondrá fin al litigio: llegará a formular la sentencia.

Dice, así, que al iniciarse un proceso el juez se halla en varias hipótesis sobre la “veracidad” de las diversas “versiones” de los hechos (que en realidad son únicos) aportadas y que únicamente mediante su comparación con la realidad exterior puede llegar a escoger una de tales “versiones” para elaborar una única versión —su convicción—, que es la que fundará la sentencia<sup>(7)</sup>.

Creemos que, a modo de inicio, estas palabras nos dan una noción esquemática pero sumamente precisa con la que, por el momento, podemos quedarnos.

Quien, en el ámbito civil y en un proceso contencioso, acude al órgano jurisdiccional y reclama, lo hace sosteniendo que los hechos acontecieron de determinada manera; aquel contra el que reclama puede no coincidir con la versión de los hechos e, incluso, puede agregar a estos hechos otros más, con los que —a su vez— el reclamante puede o no coincidir.

En tal contexto, se le pide al juzgador que efectivice (en el sentido chiovendano del término) el mandato del legislador y, mediante aplicación de la ley al caso concreto, establezca a quién ampara esta.

Pero para así hacerlo debe establecer antes cuál de los relatos que los contendientes pudieran haber efectuado merece tenerse por cierto; recién después, cuando tenga por reconstruida la plataforma fáctica, podrá —con base en ella— aplicar el derecho.

Es este, pensamos, el núcleo de la institución probatoria.

### 2.3. Buscando una definición jurídica del término

Comencemos con el significado común de la palabra prueba.

Así, de las diversas acepciones que la Real Academia Española nos da del término rescatamos las siguientes: “acción y efecto de probar; razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y

---

(7) Fairén Guillén, Víctor. *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, ps. 421-422.

hacer patente la verdad o falsedad de algo; operación que se ejecuta para comprobar que otra ya hecha es correcta”.

Y hemos iniciado la argumentación de este modo pues, como bien lo explica Devis Echandía, la noción de prueba trasciende el campo general del derecho para extenderse a todas las ramas del saber humano y ciencias que lo integran, aunque —dice también— es en las ciencias reconstructivas donde la noción de prueba adquiere un sentido preciso y especial; prosigue diciendo, con especial referencia a nuestro objeto de estudio, que el jurista reconstruye el pasado para conocer quién tiene la razón en el presente y también para regular con más acierto las conductas futuras; postula que las causas judiciales pertenecen, en definitiva, a una historia contemporánea y que el juez es un historiador de casos concretos<sup>(8)</sup>; aunque esta última postulación (“que el juez es un historiador de casos concretos”), si bien es muy gráfica, puede llegar a colocarnos en una postura errónea frente al tema; luego veremos por qué.

Así, entonces, y como bien lo señalaba Sentís Melendo, la prueba jurídica no es más que una manifestación concreta y específica de la prueba genérica<sup>(9)</sup>.

A continuación, trataremos de explicitar cuáles son las circunstancias que la singularizan.

Para hacerlo, y en tren de no efectuar un extenso catálogo acopiando diversas definiciones (lo que solo serviría para demostrar una labor investigativa o a lo sumo cierto grado de erudición, pero poco aportaría al lector), comenzaremos recordando, junto con Fenochietto, que la multivocidad del vocablo “prueba” proviene del distinto significado que —simultánea o sucesivamente— se le da, refiriéndonos el autor al que venimos siguiendo las distintas concepciones del vocablo: *sentido teleológico* (que tiene en cuenta el resultado de la actividad probatoria); *sentido instrumental* (que la considera un medio o instrumento con el cual se acredita o verifica la existencia de un hecho y también el procedimiento establecido para obtener esa verificación); *sentido funcional* (que hace girar la definición en torno a la actividad procesal) y *sentido normativo* (noción descriptiva que la caracteriza como conjunto de reglas)<sup>(10)</sup>.

---

(8) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 3a ed., Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974, t. I, ps. 10-11.

(9) Sentís Melendo, Santiago, “¿Qué es la prueba? (Naturaleza de la prueba)”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nro. 2-3, Madrid, 1973.

(10) Fenochietto, Carlos E., “La prueba como actividad procesal de certeza judicial”, LL 1982-D-1083.

Bien pone de relieve Alsina que no existe en los códigos de procedimiento ninguna disposición de la que pueda inducirse un concepto integral de la prueba<sup>(11)</sup> y, como lo indica Carnelutti, el concepto de prueba debe extraerse de las concretas normas que integren determinado sistema jurídico<sup>(12)</sup>.

Será imprescindible, entonces, para explicar la noción de prueba judicial, dar cuenta de las especificidades que el derecho y el proceso, como marco en el que se desarrolla la prueba, imponen a esta noción<sup>(13)</sup>.

Así, entonces, en una aproximación inicial y haciendo nuestra la clasificación de Fenochietto, para nosotros puede hablarse de prueba como medio o como resultado.

En este último caso (resultado) será el derivado de una actividad que podremos llamar actividad probatoria; pero no será lo mismo desarrollar actividad probatoria que probar.

Finalmente, y desde un enfoque normativo (conjunto de reglas), no hablaremos ya de prueba, sino de derecho probatorio.

Todo esto, lo vamos advirtiendo, es de suma importancia en materia de evidencia digital. Es imprescindible saber de qué hablamos, en cada contexto, cuando hablamos de prueba electrónica. Para ello nos ayudarán las reflexiones que siguen.

### **2.3.1. La prueba como medio (sentido instrumental)**

Varios autores adoptan, frente al concepto de prueba, una postura que le asigna un cometido instrumental a partir del cual lo definen.

Carnelutti, en su clásica obra referida al tema, expresaba que probar significa determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados<sup>(14)</sup>.

---

(11) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a ed., Ediar, Buenos Aires, 1961, t. III, p. 225.

(12) Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo, 2a ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 24.

(13) Ferrer Beltrán, Jordi, "La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión", en Márquez Romero, Raúl (coord.), *Estudios sobre la prueba*, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2006, p. 4.

(14) Carnelutti, Francesco, *La prueba...*, cit., p. 43.

Para comprender cabalmente la concepción carneltuttiana es útil reseñar el *iter* argumental mediante el cual el célebre procesalista llega a ella.

En tal sentido, explica el autor que —en cuanto a la situación de hecho— el juez debe acomodarse a las afirmaciones de las partes, al tiempo que define como afirmación de un hecho la posición de este como presupuesto de la demanda dirigida al juez<sup>(15)</sup>. Indica, luego, que la afirmación de las partes vincula al juez en cuanto a la posición del hecho, porque no puede poner una situación de hecho que no haya sido afirmada por una de las partes y porque no puede dejar de poner (omitir) una situación de hecho que haya sido afirmada por todas las partes<sup>(16)</sup>.

Pero, sigue diciendo, entre los hechos no afirmados por ninguna de las partes y los hechos afirmados por todas existe una categoría que son los hechos afirmados por una de las partes, pero no admitidos, a los que llama hechos controvertidos y que, dice, constituyen la regla en materia de prueba<sup>(17)</sup>.

A partir de allí, habla de la antítesis entre verdad material y verdad formal y expresa que en tanto la verdad no puede ser más que una (pues si no, no lo es) se deriva de ello que el proceso de búsqueda sometido a normas jurídicas que constriñen y deforman su pureza lógica no puede —en realidad— ser considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos sino para una fijación o determinación de los propios hechos, que puede coincidir o no con la verdad de estos y que permanece por completo independiente de ellos<sup>(18)</sup>, al tiempo que basta un mínimo de limitación en la búsqueda por el juez de la verdad real para que esto sea así<sup>(19)</sup>.

Posteriormente, y ya acercándose más a la definición dada, dice que en lenguaje común prueba se usa como comprobación de la verdad de una proposición y que no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada<sup>(20)</sup>.

---

(15) *Ibíd.*, p. 7.

(16) *Ibíd.*, p. 9.

(17) *Ibíd.*, p. 15.

(18) *Ibíd.*, p. 21.

(19) *Ibíd.*, p. 25.

(20) *Ibíd.*, p. 38.

Explicita, así, que el objeto de la prueba no serían los hechos sino las afirmaciones, las cuales se prueban, mientras que los primeros se conocen<sup>(21)</sup>.

Y, afinando su argumentación, distingue el concepto común de prueba del concepto jurídico; dice que en el primer caso probar significa demostrar la verdad de una proposición afirmada, mientras que en el campo jurídico la comprobación de los hechos controvertidos por parte del juez puede no derivar de la búsqueda de su verdad sino de los procesos de fijación formal ya mencionados<sup>(22)</sup>.

En otra de sus obras, Carnelutti tendrá por prueba aquella actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio, la que se resuelve en la aportación de razones en tanto estas constituyen los medios para efectuar aquella verificación<sup>(23)</sup>.

En la concepción de Bentham, plasmada en su clásico *Tratado*, la prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno que se puede llamar hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro, denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o negativa del hecho principal.

De este modo, toda decisión fundada sobre una prueba actúa por vía de conclusión: dado tal hecho, llego a la conclusión de la existencia de tal otro.

Así afirma que la prueba es un medio encaminado a un fin: establecer la verdad de un hecho<sup>(24)</sup>.

Para Couture la prueba civil, en su sentido procesal, es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio<sup>(25)</sup>, respecto de lo cual enfatiza que no se trata de una averiguación pues, a diferencia del juez penal, al juez civil no le está confiada normalmente una función de averiguación ni de investigación jurídica<sup>(26)</sup>.

---

(21) *Ibíd.*, p. 40.

(22) *Ibíd.*, p. 43.

(23) Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, t. II, ps. 398-399.

(24) Bentham, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales*, Valetta, Buenos Aires, 2002, p. 11.

(25) Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, reimpr. inalterada, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 215 y 217.

(26) *Ibíd.*, p. 218.



Serra Domínguez, resaltando que la prueba requiere siempre dos términos (la proposición a probar y aquella mediante la cual se prueba), expresa que probar consiste en verificar la exactitud de una afirmación mediante comparación con otra encontrada por diversos cauces<sup>(27)</sup> y define como prueba la actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de estos encaminada a formar la convicción de una persona<sup>(28)</sup>.

Para afinar estos conceptos, postula que —en cuanto a las características específicas de la prueba jurídica— tenemos que el objeto de la prueba son las afirmaciones, no los hechos, pues solo pueden ser probados nuestros juicios existenciales o valorativos de los hechos. Por su parte, la persona destinataria de la prueba es el juzgador; en la prueba jurídica las partes deben trasladar los hechos de la realidad a la presencia judicial. Para ello, y para que la comparación pueda realizarse, dado que el primer término es una afirmación el segundo también debe serlo, pero serán afirmaciones instrumentales en cuanto no tienen otro valor que integrar el segundo término de la comparación<sup>(29)</sup>.

Arazi, a su turno, indica que el vocablo “prueba” es generalmente utilizado para designar los medios con los cuales puede acreditarse la existencia de un hecho<sup>(30)</sup>.

Kielmanovich dice que —en lo esencial y en líneas generales— la prueba judicial, en sentido estricto, es un procedimiento para la fijación de los hechos, aunque —agrega— hechos de interés para la litis no admitidos expresamente o admitidos pero indisponibles a partir de las concretas fuentes que el ordenamiento determina o autoriza<sup>(31)</sup>.

Y, en *agudísima observación*, el autor resalta que la prueba no es simplemente verificación de los hechos alegados sino incluso comprobación de hechos que si bien no han sido alegados por las partes pueden resultar de otras pruebas o de la propia investigación judicial, recordando la norma del art. 163, inc. 6º, Cód. Proc. Civ. y Com.<sup>(32)</sup>, hechos de los que

---

(27) Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 356.

(28) *Ibíd.*, p. 356.

(29) *Ibíd.*, ps. 359, 360 y 363.

(30) Arazi, Roland, *La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica*, 2a ed. actualizada y aumentada, La Rocca, Buenos Aires, 1998, ps. 30-31.

(31) Kielmanovich, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, 2a ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 26.

(32) *Ibíd.*, p. 25.

—como bien lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación— no cabe prescindir<sup>(33)</sup>.

La acepción instrumental del término también ha sido receptada por los tribunales locales<sup>(34)</sup>.

En suma, todas estas concepciones nos hablan de la prueba como instrumento del proceso, que opera —en el seno del mismo— con determinada finalidad.

### 2.3.2. La prueba como resultado (sentido teleológico)

Hay también quienes ponen el acento no ya en la prueba como medio sino en la prueba como resultado.

En tal sentido, si bien Carnelutti dice que prueba —como sustantivo de probar— es el procedimiento dirigido a la verificación de un juicio, aclara que como las razones no pueden estar montadas en el aire —pues el raciocinio no actúa sino a partir de un dato sensible que constituye el fundamento de la razón—, en lenguaje figurado también estos fundamentos se llaman pruebas; y en este segundo significado, indica que prueba no es un procedimiento, sino ese *quid* sensible en cuanto sirve para fundamentar una razón<sup>(35)</sup>.

Explica Sentís Melendo que la palabra “prueba” llega a nuestro idioma procedente del latín, de la locución *probus*, que quiere decir recto, bueno, honrado. Así, lo que resulta probado es bueno, es correcto, podríamos decir que es auténtico, que responde a la realidad. Esta, y no otra es la verdadera significación del sustantivo “probo” y del verbo “probar”: verificación o demostración de autenticidad<sup>(36)</sup>.

Y define la prueba diciendo que es la verificación de las afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia<sup>(37)</sup>, al tiempo que pone énfasis en la noción de verificación diferenciándola de la de averiguación; respecto de esta última señala que no es una actividad pro-

(33) CS, Fallos 301:725.

(34) C. Civ. y Com. Corrientes nro. 1, 30/4/1997, “Encinas, Ma. del Carmen c. Zamaniego, Walter O.”, LLL 1997-200; C. Civ., Com. y Trab. Villa Dolores, 24/4/1998, “Soria, María A. c. Zenona, María A.”, LLC 1998-419; C. Civ. y Com. Santiago del Estero, sala 2a, 18/10/2002, “Paradelo, Carlos A. c. Alderete, Cristian L. y otra s/indemnización daños y perjuicios”.

(35) Carnelutti, Francesco, *Sistema...*, cit., t. II, ps. 398-399.

(36) Sentís Melendo, Santiago, “¿Qué es la prueba?...”, cit.

(37) Sentís Melendo, Santiago. *Estudios de derecho procesal*, Ejea, Buenos Aires. 1967, t. I, p. 530.

batoria sino una actividad previa en virtud de la cual el interesado (la parte) adquiere un conocimiento que le permitirá sentar una afirmación cuya exactitud acreditará más tarde<sup>(38)</sup>.

Sostiene, de este modo, que cuando nos movemos en el campo de la prueba la operación que realizamos, de comprobación o constatación, es la de verificar. Antes de ella se habrá debido realizar la de investigar, indagar o inquirir y esa operación es la de averiguar<sup>(39)</sup>; quien ha averiguado, luego formulará afirmaciones que serán, a la postre, objeto de prueba<sup>(40)</sup>.

Devis Echandía expone que prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevar al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, y que probar sería aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos<sup>(41)</sup>, concepción que la Suprema Corte de Justicia bonaerense ha hecho suya<sup>(42)</sup>.

Lessona nos dice que probar es hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos y dudosos y darle la certeza de su modo preciso de ser<sup>(43)</sup>.

Chiovenda, en sentido análogo, expresa que probar significa formar el convencimiento del juez acerca de la existencia o no existencia de hechos de importancia en el proceso<sup>(44)</sup>.

Redenti, luego de expresar que el significado de “prueba” es un tanto variable, indica que desde un punto de vista que llama subjetivo la prueba será dada por la síntesis de las observaciones y las inferencias que el juez extraiga, por medio de los sentidos primeramente y de la inteligencia después, de cosas materiales o de episodios, actos o hechos del proceso, en cuanto determine su convicción en cuanto al hecho<sup>(45)</sup>.

---

(38) *Ibíd.*, p. 516.

(39) *Ibíd.*, p. 520.

(40) *Ibíd.*, p. 523.

(41) *Ibíd.*, p. 34.

(42) Sup. Corte. Bs. As., 25/4/1989, “Labourdico, Oscar F. c. Ventura, Mario y otros/indemnización por despido”.

(43) Lessona, Carlos, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, trad. por Enrique Aguilera de Paz, 3a ed., Madrid, Reus, 1928, t. I (Parte general), p. 3.

(44) Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de la 3a ed. italiana por José Casais y Santaló, Reus, Madrid, 1922, t. II, p. 281.

(45) Redenti, Enrico, *Derecho procesal civil*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, Ejea, Buenos Aires, 1957, t. I, ps. 281-282.

Para Dellepiane la prueba constituye la investigación y la determinación exacta de los hechos respecto de los cuales existe divergencia entre las partes<sup>(46)</sup>.

Alsina la define como la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende<sup>(47)</sup>, concepto que la jurisprudencia ha hecho suyo en alguna oportunidad<sup>(48)</sup>.

Al definir la prueba, Falcón opta por dar un concepto desde el enfoque final, desde el resultado, y así sostiene que la prueba es la demostración en juicio de la ocurrencia de un suceso<sup>(49)</sup>.

Gascón Abellán, tras reconocer que el término “prueba” se usa para hacer referencia a cuestiones diferentes, adopta la noción de prueba como “resultado probatorio”: el conocimiento ya obtenido del hecho controvertido a través de los medios de prueba<sup>(50)</sup>.

Jurisprudencialmente la concepción que venimos delineando ha sido receptada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al sustentar que probar es persuadir de la verdad de los hechos<sup>(51)</sup> y, más explícitamente, al señalar que es el resultado de múltiples elementos probatorios, reunidos en el proceso y tomados en su conjunto<sup>(52)</sup>.

Los conceptos que hemos visto implican otra acepción del vocablo: la prueba como resultado.

### **2.3.3. Actividad probatoria (sentido funcional)**

Ahora bien, al margen de las consideraciones precedentes vemos que hay quienes superponen la noción de prueba (o mejor dicho la del verbo “probar”) con la de actividad probatoria.

---

(46) Dellepiane, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, 9a ed., Temis, Bogotá, 1983, p. 10.

(47) Alsina, Hugo, *Tratado...*, cit., t. III, p. 225.

(48) C. Civ. Neuquén, 23/2/1988, “Silva Francisco E. J. c. Touya, Sergio y otro s/su-mario - daños y perjuicios”.

(49) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, p. 25.

(50) Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el proceso. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 85.

(51) Sup. Corte. Bs. As., 5/3/2003, “Bisarccia, Emilia c. Compañía de Transportes La Argentina SA y otros s/daños y perjuicios”.

(52) Sup. Corte. Bs. As., 25/10/2000, “Aguilar, Raúl W. c. Trujillo, Alejandro F. y otro s/daños y perjuicios”.

Bien señala Redenti que con el mismo nombre de prueba se podrán ver indicadas ciertas actividades de las partes y del juez con finalidad de constatación o descripción de cosas o hechos, o de su adquisición para los autos del proceso, aunque advierte que debería decirse no ya prueba sino actividades o procedimientos probatorios<sup>(53)</sup>.

Guasp define la prueba como el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo<sup>(54)</sup>.

Abel Lluch dice que la prueba es la actividad desplegada generalmente por las partes y excepcionalmente de oficio por el juez, cuya finalidad es verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados por las partes y determinar la certeza de los hechos controvertidos, que se plasman en la sentencia a través de la motivación fáctica, basada ora en reglas tasadas, ora en la sana crítica<sup>(55)</sup>.

Montero Aroca define la prueba como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados a las partes<sup>(56)</sup>.

Palacio define la prueba como la actividad procesal realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones<sup>(57)</sup>.

Según Morello, sería la actividad —en el sentido de conjunto de actuaciones— realizada en el proceso con el objeto de producir en el juez una determinada convicción de la verdad de las afirmaciones y de los hechos controvertidos<sup>(58)</sup>.

---

(53) Redenti, Enrico, *Derecho procesal...*, cit., t. I, ps. 281-282.

(54) Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, 3a ed. corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, t. I, p. 321.

(55) Abel Lluch, Xavier, "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil", en Abel Lluch, Xavier - Picó i Junoy, Joan, *Objeto y carga de la prueba civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007, p. 20.

(56) Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 2a ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 28.

(57) Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, t. IV (Actos procesales), ps. 330-331.

(58) Morello, Augusto M., *La eficacia del proceso*, 2a ed. ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 425.

Fenochietto, por su parte, la conceptualiza como una actividad procesal destinada a dar certeza al juez sobre los hechos litigiosos indispensables para fundar la sentencia<sup>(59)</sup>.

Luego de un meduloso análisis, que lo lleva a concluir que es la actividad en cuanto ordenada a formar la convicción del juez acerca de la verdad de los hechos lo que confiere sentido principal y único a la prueba, Quevedo Mendoza la define como la actividad, regulada por la ley procesal, que realizan el juez, las partes y los terceros, para poner a disposición del primero los instrumentos de cuya valoración aquel extraerá las razones o argumentos con los que formará su convicción acerca de la verdad de los hechos que han sido sometidos a su conocimiento y decisión<sup>(60)</sup>.

Esta forma de pensar, que identifica la prueba con determinada actividad, también ha tenido predicamento en nuestros tribunales<sup>(61)</sup>, inclusive en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia Nacional, que conceptualiza la prueba como la actividad procesal encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos<sup>(62)</sup>.

#### **2.3.4. La prueba como conjunto de reglas (sentido normativo): ¿existe un derecho probatorio?**

Hay quienes hablan de la prueba como conjunto de reglas.

Arazi define como prueba judicial al conjunto de reglas que regulan la admisión, la producción y la valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez a la convicción sobre hechos que interesan al proceso<sup>(63)</sup>.

La jurisprudencia ha receptado esta definición<sup>(64)</sup>.

---

(59) Fenochietto, Carlos E., “La prueba...”, cit.

(60) Quevedo Mendoza, Efraín, “Prueba: ensayo de un concepto general”, *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1 (Prueba I), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

(61) Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, 24/3/1999, “Caja De Seguros de Vida SA c. Provincia de Santiago del Estero s/recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción”; CNFed. Civ. y Com., sala 2a, 29/12/2005, “Alegre, Paulino C. c. Estado Nacional y otro s/proceso de conocimiento”; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala II, 14/6/2007, “Consorcio de Propietarios Edificio de Margarita Weild 1260/1266 c. Zaffora, Andrea L. y otros”.

(62) CS, Fallos 318:2555.

(63) Arazi, Roland, *La prueba...*, cit., ps. 30-31.

(64) C. Apels. Esquel, 27/9/2001, “Posse, Julio E. c. Lobos, Héctor L. y otros”.

Hay quienes hablan, estrechando el análisis, de un derecho probatorio.

Por derecho probatorio —dice Devis Echandía siguiendo a Antonio Rocha— se entiende una materia de la cual forman parte las pruebas judiciales pero que comprende en general la verificación social de los hechos, es decir, la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal, en tanto que es en el derecho probatorio donde puede separarse la parte procesal o sustancial de esta rama del derecho<sup>(65)</sup>.

Según Muñoz Sabaté el derecho probatorio es la rama del derecho que se ocupa de las pruebas jurídicamente contempladas y abarca todo el conjunto normativo que regula la prueba de los hechos en el proceso y que básicamente se descompone en reglas de admisibilidad, ejecutoriedad y valoración<sup>(66)</sup>.

Para Sentís Melendo existe un derecho probatorio que regula las pruebas (qué es la prueba, qué se ha de probar, con qué se ha de probar, con qué garantías se ha de probar, quién ha de probar, para quién ha de probar, cómo se ha de probar y cómo se ha de contemplar la prueba, en la parte general; y el estudio de los diversos medios de prueba en una parte especial); que no sería un estudio independiente y autárquico sino una parte o zona del derecho procesal<sup>(67)</sup>.

Por su parte, dice Falcón que el derecho probatorio no cumple con los parámetros de autonomía de la materia, al tiempo que afirma que el derecho probatorio es algo inexistente<sup>(68)</sup>.

Coincidimos con el autor: no existe, al menos para nosotros, un “derecho probatorio” así entendido.

Las normas reguladoras de las pruebas en el proceso se subsumen en el derecho procesal y forman parte, si bien con principios y reglas específicos (algunos propios y otros que son la aplicación de los genéricos procesales), de este.

El derecho probatorio sería, en suma, una parte del derecho procesal y, al respecto, no hemos encontrado mayores divergencias conceptuales, más allá del uso terminológico.

---

(65) Devis Echandía, Hernando, *Teoría...*, cit., t. I, p. 34.

(66) Muñoz Sabaté, Lluís, “Probática y derecho probatorio”, *Compendio de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación*, nro. 3, 2006 (diciembre).

(67) Sentís Melendo, Santiago, *Estudios...*, cit., t. I, p. 549.

(68) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, p. 18.



Y todavía esto merece algún angostamiento más, dentro de nuestro objeto específico de estudio.

Es que, desde hace un tiempo, viene hablándose de un *derecho procesal electrónico*, cuyo ámbito abarcaría, en esencia, el uso de las tecnologías en los procesos judiciales.

Dentro del mismo, podemos distinguir, con claridad, todo lo atinente al uso de las tecnologías para el desarrollo de los procesos (gestión judicial), por un lado, y lo relativo a las implicancias probatorias de lo tecnológico, por otro.

Entonces, y en este contexto, diremos que si dentro del derecho procesal, existe el derecho probatorio, dentro del derecho procesal electrónico, existirá un *derecho probatorio electrónico*, que, aunque no goce de autonomía, sí ameritará una adaptación de los principios, reglas y normas del derecho probatorio clásico, de acuerdo con las particularidades que genera la utilización y el manejo de la prueba digital.

## 2.4. Enfoques modernos (o no tanto): probática

Con muchísima claridad nos explica Muñoz Sabaté que hay una actividad —científica o técnica— que representa la búsqueda, la manipulación y el aprovechamiento de los elementos en los cuales ha quedado estampada o grabada la huella del hecho histórico a reconstruir en el proceso (fuentes de prueba) a la que no podemos llamar derecho porque no es derecho y que, según el lúcido autor, podemos llamar probática, definida como la ciencia que trata los hechos en el proceso y que abarca un aspecto epistemológico, a veces conocido como “filosofía de la prueba”, y un aspecto técnico orientado al arte o ejercicio de probar tales hechos.

Es, nos advierte el autor, una definición inédita porque, hasta el presente, los juristas no han tenido en su período de formación universitaria más contacto factual con los hechos que aquel que les haya dado el derecho probatorio, y cuando abogados o jueces se ven lanzados a tener que probar o valorar una prueba lo hacen casi sin enseñanzas previas.

Y esta actividad se diferenciaría del derecho probatorio —aunque este pueda contener algunas normas facilitadoras de la probática— por cuanto él no enseña a probar, sino que reglamenta el hacerlo<sup>(69)</sup>.

Como ciencia jurídica, la probática implica tanto una actividad como un cuerpo de conocimientos.

---

(69) Muñoz Sabaté, Lluís, “Probática...”, cit.



Va a enseñarnos cómo probar, pero a la vez observa, define y clasifica los hechos y fenómenos que maneja, y así pertenece a las ciencias llamadas praxiológicas que estudian los procesos de selección y decisión y evalúan la pertinencia de los conocimientos disponibles para la solución de un problema<sup>(70)</sup>.

En otra de sus obras, dirá el autor que “la probática es una disciplina que trata de la prueba *in concreto* de los hechos en el proceso, esto es, una técnica probatoria, una enseñanza particularizada de cómo probar los hechos en un proceso (no en el proceso). Se vale de la lógica y de la experiencia, tanto común como aquella derivada de otras ciencias y técnicas, pudiendo tener una función retrodictiva o predictiva”<sup>(71)</sup>.

La observación no es, en realidad, del todo novedosa.

Ya Döring había señalado que la ley, vista en su conjunto, contiene pocos preceptos sobre cómo practicar pruebas; la jurisprudencia tampoco colabora demasiado pues se orienta al caso concreto y le cuesta mucho desprenderse de la casuística; en cuanto a la formación profesional el jurista es entrenado, más que nada, para resolver cuestiones de derecho, mientras que su preparación para los problemas relacionados con la constatación de hechos va a la zaga<sup>(72)</sup>.

Gorphe acotaba lo propio: advertía que las reglas legales, por buenas que sean, solo se refieren a la forma o al procedimiento y no suministran sino una apariencia de método de valoración probatoria, superficial y fragmentaria y no los principios<sup>(73)</sup>.

Y lo mismo indicaba Dellepiane: reconstruir el hecho exige una preparación especial, enteramente distinta a la jurídica, no obstante, las leyes procesales contengan diversos preceptos encaminados a veces a guiar al juez y otras a fijarle normas para el proceso de reconstrucción<sup>(74)</sup>.

La probática se fundamenta en dos conocimientos constantes (la lógica y la psicología), a los que se agregan otros inconstantes que derivan de otros saberes científicos o técnicos relacionados con la idiosincrasia

---

(70) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción a la probática*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007, p. 12.

(71) Muñoz Sabaté, Lluís, voz “Probática”, en *Diccionario enciclopédico de probática y derecho probatorio*, La Ley, Madrid, 2014, p. 390.

(72) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., ps. 2-3.

(73) Gorphe, François, *La apreciación judicial de las pruebas*, trad. por Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 45.

(74) Dellepiane, Antonio, *Nueva teoría...*, cit., p. 14.

de cada uno de los hechos que se afirman en el proceso judicial y así se trata de un saber altamente interdisciplinario<sup>(75)</sup>.

En nuestro medio, la doctrina viene hablando —ya desde hace tiempo— del *arte de la prueba*, perspectiva dinámica vinculada con la práctica de la prueba y que remite a la actuación de partes, abogados y jueces en los sucesivos momentos en los que se desenvuelve la prueba<sup>(76)</sup>.

En suma: existe un saber que no es prueba ni derecho probatorio, es probática, y que se ocupa del estudio de los hechos en el proceso, con una rama epistemológica (filosofía de la prueba) y una rama técnica (arte de probar).

Bien lo observan los autores, y no podemos dejar de reconocerlo, el jurista —normalmente— no recibe, a lo largo de su formación, mayor formación en cuanto a la técnica de probar o de valorar la prueba; la orientación que lo va nutriendo es estricta, y casi exclusivamente, jurídica, al tiempo que se desprecia totalmente lo relativo a la cuestión fáctica.

En la universidad, decía Lazzaroni, no se estudian hechos sino derecho<sup>(77)</sup>.

Las leyes, por su parte, salvo algunas escasas normas de orientación (que indicarían al juzgador cómo actuar en la ponderación probatoria) no contienen, ni podrían contener, mayores reglas al respecto; solo unas pocas, y la mayoría genérica (cuando abordemos el tópico ahondaremos en el punto).

Así, entonces, el jurista se encuentra —al momento de efectuar sus primeros escarceos en la actividad probatoria o en la valoración de la prueba— con poca preparación y sin mayores reglas de orientación.

Un ejemplo lo pondrá muchísimo más claro: supongamos que adquirimos un juego de mesa (ya no está tan de moda, lo sabemos), el mismo contiene lo necesario para jugar (piezas, tablero, etc.), y, además, un reglamento. El tablero podemos asimilarlo al proceso, y las piezas a las fuentes probatorias. Y aquí lo más importante: el reglamento será el equivalente al derecho probatorio. Al indicarnos qué se puede hacer, y qué no, cómo se pueden hacer las cosas que pueden hacerse, entre las demás

---

(75) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., p. 14.

(76) Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto O., *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, 2a ed. re-elaborada y ampliada, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, La Plata, 1991, t. V A, p. 52.

(77) Lazzaroni, Luis J., "La aparente inferioridad de los hechos", LL 1975-B-1085.

reglas que vincularán a todos los participantes del juego. Pero el reglamento no nos dice qué estrategia seguir, ni cómo debemos jugar para ganar. Esto pasa por otro lugar: muchas veces por la habilidad mental del participante en el diseño estratégico, y varias otras por la experiencia misma, que lo van volviendo más eficiente; en algunos, además, juega fuerte el componente aleatorio.

Pues bien, en el ámbito probatorio pasa más o menos lo mismo: los Códigos procesales nos dan las reglas, tenemos las piezas y aparecen nuestros adversarios; sabemos cuál es nuestro objetivo, pero —por lo general— no se prepara a los profesionales del derecho (especialmente estamos hablando de los abogados) para saber *cómo hacer* lo que se espera de ellos (en el ámbito probatorio, lograr el convencimiento del juez).

¿Y qué del juez? ¿la probática solo interesa a los abogados?

Creemos que no.

Porque si bien su función es otra, para ejercerla también necesitan utilizar algunas reglas, generalmente no escritas.

Es otra cara de la probática, pero que —desde nuestro punto de vista— también queda involucrada en sus alcances.

Bueno, entonces, es que se agrupen —bajo una misma disciplina— las reglas técnicas que hagan *al arte de probar* y *al de valorar la prueba*; sería la ya mencionada probática, a la que —en la medida en que en cada uno de los tópicos que se aborden en la obra sea posible y pertinente— intentaremos acercar al lector.

Esto es de suma relevancia cuando se trata del manejo de fuentes probatorias novedosas, o escasamente reguladas, como sucede con el documento electrónico.

La poca regulación, o la existencia de una regulación no del todo clara o sistemática, lo novedoso de su utilización en el proceso (no tanto de su existencia, porque es difícil pensar a las TIC como una novedad, cuando vienen expandiéndose hace décadas), las controversias doctrinarias generadas a su respecto, la relativamente poca cantidad de materia jurisprudencial para el estudio, entre otros factores, denotan la necesidad de profundizar en esta cuestión, al elaborar una obra teórico-práctica como pretende ser este Tratado.

## 2.5. A modo de colofón

Hemos visto, ya que cuando se utiliza la palabra “prueba” son varios los significados que pueden estar asignándosele al vocablo.

Ya Eisner había dicho que se habla de prueba como medio o instrumento; también como procedimiento y como resultado, al tiempo que afirmaba que —para él— eran prueba tanto el medio como el procedimiento y el resultado<sup>(78)</sup>.

Por nuestra parte, creemos que, en tren de hallar un concepto integral de prueba que se acomode a nuestro medio jurídico, pueden compatibilizarse los diversos criterios, según la utilización que le demos a la palabra.

*Como instituto de derecho procesal (o como subsistema que opera dentro del sistema que constituye el proceso judicial, en tanto entendemos por sistema —junto con Falcón— el conjunto de actos y elementos interrelacionados destinados al cumplimiento de un objetivo<sup>(79)</sup>) podemos decir, valiéndonos de los conceptos de la orientación instrumental, que en principio la prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio.*

Esta concepción presenta, *en el sistema del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en los provinciales que tras él se alinean*, una importante excepción: la posibilidad de que se prueben no ya las afirmaciones de las partes sino directamente los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos, en la medida en que se encuentren debidamente probados (art. 163, inc. 6º, párr. 2º, Cód. Proc. Civ. y Com., y análogos provinciales).

Coincidimos así, como principio, con una de las acepciones del concepto común de prueba: *operación que se ejecuta para comprobar que otra ya hecha es correcta.*

Luego, ya en el marco de un proceso concreto, prueba será, vista desde el enfoque del resultado, todo motivo o razón aportados al proceso para llevar al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos. Correlacionamos esto con otra de las acepciones: *razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.*

Probar será, según el concepto común y el procesal (que aquí equivaldrán), la acción de aportar tales razones y motivos, en orden a dejar verificada alguna de las proposiciones formuladas en juicio.

---

(78) Eisner, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, 2a ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 40.

(79) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 189, 198 y 209.

Y la actividad probatoria será aquella encaminada a probar; no podrá identificarse “actividad probatoria” con “probar” pues la primera, contingente de por sí, puede ser exitosa o no; solo en el primer caso podremos decir que hemos llegado a probar, que se ha probado o que algo está probado. En este último sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que probar es persuadir de la verdad de los hechos<sup>(80)</sup>.

El *derecho probatorio*, como parte integrante del derecho procesal, aparecerá regulando la admisibilidad, la ejecutoriedad y la valoración de la prueba en el proceso.

Mientras tanto, *la probática*, ya fuera del conocimiento estrictamente jurídico, tratará los hechos en el proceso abarcando un aspecto epistemológico, a veces conocido como “filosofía de la prueba” y un aspecto técnico orientado al arte o ejercicio de probar tales hechos: conocer los principios, institutos y las reglas que conforman el derecho probatorio no va a solucionar todos los problemas a la hora de enfrentarnos a cómo generar una estrategia acreditativa eficiente en un proceso concreto. Aquí es donde ingresa la probática.

Hemos sentado así las bases iniciales de este estudio; luego estos conceptos van a articularse con otros (medio de prueba, fuente de prueba, elemento de prueba, carga de la prueba) que irán adquiriendo, en el marco del derecho probatorio, renovados significados dada la diversa operatividad de cada uno de estos tópicos de esta rama del derecho procesal.

Una vez que tengamos concluida esta parte introductoria, podremos ir correlacionando todo lo expuesto, desde una atalaya general, con lo específico de la evidencia digital y su operatividad en el proceso.

### III. EL FIN DE LA PRUEBA

#### 3.1. Finalidad

Hemos visto recién que la palabra prueba podía utilizarse en múltiples acepciones.

Una de ellas aludía, instrumentalmente, a la prueba como medio.

Y, entendida así, su preordenación hacia un fin (objeto o motivo con que se ejecuta) es ineludible.

---

(80) Sup. Corte. Bs. As., “Bisarcia, Emilia c. Compañía de Transportes La Argentina SA y otros s/daños y perjuicios”.

Bien nos introduce al tema Falcón: cuando hablamos del fin de la prueba, debemos responder a las preguntas: ¿para qué probar? ¿cuál es el objetivo de la prueba?

Pero, en seguida, el lúcido procesalista nos advierte de que no vamos a hallarnos ante un concepto absoluto, sino que este quedará supeditado a varios factores (la necesidad de probar o no, el tipo de conflicto, los intereses en juego, etc.), de modo que queda marcado el fin de la prueba por la naturaleza del conflicto<sup>(81)</sup>, concepción de la que participa Gozaíni<sup>(82)</sup>.

En tal contexto, vamos a circunscribirnos al proceso civil y a procurar desentrañar cuál es la finalidad del instituto de derecho procesal al que llamamos *prueba*.

Y advertimos desde ya al lector que no es este un tema sencillo ni pacífico.

Nada de eso.

La complejidad de la cuestión ha comenzado a explicitarse ya, aunque no lo advirtiéramos, en la cita del pensamiento de Falcón y de los dos interrogantes que planteaba: ¿para qué probar? ¿cuál es el objetivo de la prueba?

Desde que nos estamos refiriendo a *la prueba* como medio o instrumento, la segunda es la pregunta que comenzaremos a intentar responder; aunque la primera (¿para qué probar?) tiene implicancias en el tema y es un tópico que luego iremos desplegando con mayor amplitud.

Para cerrar el punto, dejamos explicitada una aclaración liminar:

Vamos a referirnos aquí a la finalidad de la prueba, tópico que no debemos superponer con el de la finalidad del proceso.

Es claro que la obtención de la certeza histórica no es nunca la meta final del proceso, sino que es un instrumento del cual se sirve para alcanzarla.

En tal sentido, si tenemos en cuenta que el juicio de hecho es solo uno de los presupuestos de la sentencia, fácilmente colegiremos que el

---

(81) Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 135.

(82) Gozaíni, Osvaldo A., "La verdad y la prueba", *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1 (Prueba I), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

proceso no se hace para saber cómo han sucedido las cosas en realidad sino para saber cuál es la concreta voluntad legal que regula el caso<sup>(83)</sup>.

Así, entonces, estas líneas se circunscriben al análisis de la finalidad de ese instituto (*subsistema*) del proceso al que llamamos *prueba*.

### 3.2. Finalidad de la prueba: diversas concepciones

Ya Bentham se había ocupado de señalar, en su tiempo, que la prueba es un medio encaminado a un fin: establecer la verdad de un hecho<sup>(84)</sup>.

Esta sencilla afirmación, acorde con el sentido común y con una primera aproximación intuitiva al fenómeno probatorio, haría concluir la exposición sin más: la prueba sería un medio encaminado a establecer la verdad de los hechos relevantes en el pleito.

Pero tal concepción dista, y por mucho, de ser pacífica en la actualidad.

Devis Echandía nos sintetiza, con toda claridad, las tres diversas teorías sobre el fin de la prueba: una que considera como fin de la prueba judicial el establecer la verdad; otra que estima que con ella se busca producir el convencimiento del juez o llevarle la certeza necesaria para su decisión y una última que sostiene que persigue fijar los hechos en el proceso<sup>(85)</sup>.

En cuanto a la primera, dice que es inaceptable porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al juez el convencimiento necesario para fallar<sup>(86)</sup>.

Con relación a la segunda, señala que los autores que la sostienen parten de la base de que la verdad es una noción ontológica, objetiva, que corresponde al ser mismo de la cosa o hecho y que, por lo tanto, exige la identidad de este con la idea o el conocimiento que de él se tiene, lo cual puede ocurrir algunas veces, pero no siempre, a pesar de que el juez considere que existe prueba suficiente. De esto deducen que el fin de la prueba es producir en el juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos a que ella se refiere, certeza que bien puede no corresponder a la

---

(83) Furno, Carlo, *Teoría de la prueba legal*, trad. Sergio González Collado, Revista Derecho Privado, Madrid, 1954.

(84) Bentham, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales*, Valetta, Buenos Aires, 2002, p. 11.

(85) Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, 3a ed., Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974, t. I, p. 239.

(86) Ídem.



realidad, es decir, que equivale a la creencia subjetiva de que existen o no existen<sup>(87)</sup>.

En cuanto a la tercera, considera que contiene un planteamiento incompleto del fin de la prueba, pues tanto con la primera tesis como con la segunda puede decirse que por ella se fijan los hechos en el proceso<sup>(88)</sup>.

Estas concepciones, de un modo u otro, han arraigado en la doctrina.

Al decir de Gozaíni el proceso tiene que encontrar la verdad, no “su verdad” y aclara que la verdad material se puede reflejar como uno de los objetivos esenciales de cualquier proceso, porque la determinación de los hechos debe ser real, al ser jurídicamente intolerable que se debata un proceso entre ficciones<sup>(89)</sup>.

Desde otro lugar se viene acentuando la idea de que el fin de la prueba sería producir el convencimiento del juez.

Ya Goldschmidt opinaba de este modo<sup>(90)</sup>.

Para Kielmanovich, la búsqueda de la verdad no puede realmente estructurarse como el fin institucional de la prueba: la prueba judicial no tendría por finalidad la de probar la verdad sino, en todo caso, la de convencer a alguien acerca de esa verdad<sup>(91)</sup>.

Consecuentemente el propósito de la prueba sería, para este autor, el de formar la convicción del juez acerca de la “verdad” del hecho alegado, con los medios, en la forma y oportunidad que el ordenamiento determine<sup>(92)</sup>.

Sin embargo, advierte también, calificar un hecho como verdadero con base en la personal convicción adquirida por el sujeto importaría, cuanto menos, un exceso terminológico<sup>(93)</sup>.

Por ello, aclara que no se presupone que el hecho sea necesariamente verdadero según la realidad sino en todo caso según normas jurídicas en

---

(87) *Ibíd.*, p. 242.

(88) *Ibíd.*, p. 249.

(89) Gozaíni, Osvaldo A., “La verdad...”, cit.

(90) Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, trad. de la 2a ed. alemana por Leonardo Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, p. 256.

(91) Kielmanovich, Jorge L., *Teoría...*, cit., p. 59.

(92) *Ibíd.*, p. 60.

(93) *Ibíd.*, p. 60.

grado de intensidad —en cuanto a la convicción del juez— suficiente de acuerdo con las exigencias que el propio ordenamiento señala<sup>(94)</sup>.

Kielmanovich efectúa otra observación sumamente atinada.

Indica que incluso aunque un hecho pudiera llegar a establecerse como materialmente verdadero, el fin de la prueba en tal supuesto también sería el de convencer al juez (formar su convicción) acerca de ese extremo, habida cuenta de que un hecho cognoscible no deviene por sí mismo conocido con abstracción del sujeto cognoscente<sup>(95)</sup>.

En la misma línea de pensamiento, se dice que la finalidad de la prueba sería la de formar el convencimiento del juez acerca de la existencia o inexistencia de los hechos en el proceso, convicción o si se prefiere certeza que no supone que el hecho sea verdadero, sino que haya existido con un alto margen de probabilidad, en grado tal que pueda producir esa credibilidad judicial<sup>(96)</sup>.

Tomando como base la imposibilidad de acceder a la verdad sustancial, la doctrina extranjera sostiene que el fin de la prueba sería presentarse como pieza de argumentación, en el diálogo judicial, elemento de convicción en orden a determinar cuál de las partes deberá ser beneficiada con la protección del órgano estatal<sup>(97)</sup>.

Convicción, se dice, no es sinónimo de verdad, toda vez que esta puede en muchos casos ser inaccesible; convicción es el proceso interno que se verifica en la psiquis del juzgador de que ha alcanzado la verdad o la certeza de que su conocimiento coincide con la verdad<sup>(98)</sup>.

Para Midón la finalidad última de la prueba sería producir en el ánimo del juzgador una certidumbre sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados y controvertidos indispensables para fundar su sentencia<sup>(99)</sup>.

---

(94) *Ibíd.*, p. 61.

(95) Kielmanovich, Jorge L., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones de derecho probatorio nacional y comparado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 67.

(96) Peral, Juan C., "Límites a la verificación de la verdad material o histórica", LLNOA 2003 (octubre), p. 514.

(97) Cruz Arenhart, Sergio, "A verdade e a prova no processo civil", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año V, nro. 7, Buenos Aires, 2005.

(98) Escuela Nacional de la Judicatura de República Dominicana, "Seminario Valoración de la Prueba II - Jurisdicción Civil", República Dominicana, 2002, p. 6.

(99) Midón, Marcelo S., *Derecho probatorio. Parte general*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007, p. 34.

Devis Echandía participa de esta posición al afirmar que las pruebas son medios para llevar al juez en el proceso el conocimiento de los hechos y, por lo tanto, existe siempre la posibilidad de que a pesar de cumplir tal función no reproduzcan exactamente la verdad sino apenas la idea deformada de esta, aunque por ello no dejan de cumplir el fin a que están destinadas: permitirle al juez resolver el litigio con arreglo a lo que considere que es la verdad o, dicho de otra manera, en virtud del convencimiento o la certeza que adquiere sobre los hechos<sup>(100)</sup>.

Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habría cumplido ese fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido de ella. Siempre que, gracias a la prueba suministrada, se pronuncia sentencia, aquella ha cumplido su función. Este simple razonamiento indica que el fin de la prueba es dar al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión; sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y exista un error<sup>(101)</sup>.

Varias veces la jurisprudencia se ha plegado a esta corriente de pensamiento al indicar que la finalidad de la prueba sería llevar al juez el convencimiento de los hechos y la certeza de la verdad sobre ellos<sup>(102)</sup> o, en otras palabras, crear la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados en las alegaciones procesales<sup>(103)</sup>.

Así se ha señalado que “toda vez que la convicción judicial se forma con la incorporación de los medios de prueba que las partes aportan al expediente, en el supuesto de que éstos no sean idóneos, al Juez no le queda otro camino que rechazar la pretensión, más allá de que la

---

(100) Devis Echandía, Hernando. *Teoría general...*, cit., t. I, p. 250.

(101) *Ibíd.*, p. 251.

(102) Sup. Corte Bs. As., 15/8/1995, “Municipalidad de Necochea c. Maralex SA s/ daños y perjuicios”; CNCom., sala B, 19/7/2002, “Establecimiento Frutícola SEDE SRL c. Coto CICSA”, RDCO 2003-229; C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1a, 6/3/2003, “Rodríguez, Blanca L. s/tercería de dominio en Navarte, Sergio F. c. Gómez, Carlos”; CNCom., sala B, 30/6/2003, “Tauscher, Aarón c. Transportes Jarmes SRL y otros”; C. Civ. y Com. Córdoba, 1a, 12/10/2006, “Bruno, César M. y otros c. Empresa Constructora Delta SA y otros”; CNCom., sala B, 28/6/2007, “Otero, Ricardo c. Banco Francés SA”; C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 27/11/2007, “Martín, Oscar R. c. Sabinur S.A.CIFIA”.

(103) CNCom., sala E, 16/10/2007, “Guitman, Samuel c. Banco de la Provincia de Buenos Aires”.

solución coincida o no con la verdad real de lo sucedido, puesto que no es ésta la finalidad de la actividad probatoria”<sup>(104)</sup>.

### 3.3. El fin de la prueba y los objetivos de la actividad probatoria

Con innegable precisión nos advierte Devis Echandía que, si se examina en forma parcial, el problema del fin de la prueba judicial puede enfocarse desde el punto de vista de la parte que la suministra o del juez que la valora; aquella, por pretender vencer en el litigio, aquel tratando de convencerse de la realidad o verdad para declararla; pero estos fines individuales y concretos no representan el fin que le corresponde por sí misma, por su naturaleza y su función procesal<sup>(105)</sup>.

Lo importante al analizar la finalidad de la prueba será entonces efectuar tal análisis desde el punto de vista de la teoría del proceso o de la aplicación del derecho, independientemente de la finalidad de las partes o del propio juez; de este modo se independiza el propósito o finalidad de la institución del propósito o finalidad de los sujetos intervinientes<sup>(106)</sup>.

El distingo es perfecto y se torna imprescindible.

Aun más cuando, por nuestra parte, hemos propuesto delimitar —a rajatabla— el concepto de prueba del de actividad probatoria.

No es lo mismo el fin de la prueba como institución procesal (sentido instrumental) que la finalidad u objetivo a la que tiende la actividad probatoria llevada a cabo en determinado proceso concreto.

De allí que diferenciáramos las dos preguntas que Falcón formulaba y nosotros traíamos a colación (¿para qué probar? ¿cuál es el objetivo de la prueba?), pues en la primera se alude, en nuestro entendimiento, a la prueba entendida como actividad probatoria.

La doctrina se ha ocupado del tema.

Toribio E. Sosa ha expresado que no se prueba para encontrar la verdad sino para lograr un resultado favorable<sup>(107)</sup>.

---

(104) CNCiv., sala E, 4/2/2010, “Heredia, Enrique O. c. Metrovías SA”.

(105) Devis Echandía, Hernando. *Teoría general...*, cit., t. I, p. 238.

(106) Ferrer Beltrán, Jordi, “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en Márquez Romero, Raúl (coord.), *Estudios sobre la prueba*, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2006, ps. 3 y ss.

(107) Sosa, Toribio E., “El fin de la prueba”, *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1 (Prueba I), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

La autoridad de Michele Taruffo viene en auxilio del distingo que estamos intentando realizar.

El autor nos habla de dos concepciones de prueba.

Según la primera (que denomina cognoscitiva), la prueba sería esencialmente un instrumento de conocimiento que ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en el proceso.

De acuerdo con la segunda concepción (que denomina persuasiva), la prueba no sería más que un instrumento de persuasión, que como tal no tendría nada que ver con el conocimiento de los hechos; no serviría para establecer la verdad o la falsedad de enunciado alguno, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada, sino que serviría solo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico.

Esta última concepción no es para el autor totalmente falsa, en la medida que contiene algunos elementos de verdad, pero es absolutamente parcial pues se corresponde con el punto de vista del abogado (parte, diríamos), cuyo objetivo no sería descubrir la verdad, sino ganar el caso, a lo que agrega que esta forma de pensar no agota la función de la prueba y solo consigue poner de relieve algunos aspectos de su uso forense<sup>(108)</sup>.

Es entonces necesario diferenciar, en nuestra concepción, la finalidad de la prueba (como instituto) del objetivo con el cual puede llevarse adelante la actividad probatoria.

### 3.4. El fin de la prueba y su resultado

Aquí también Devis Echandía nos llama la atención acerca de un distingo que resulta imprescindible realizar: el fin de la prueba no coincide con el concepto de resultado, que sería la conclusión que de ella saca el juez, de acuerdo con sus motivos, fundamentos y argumentos<sup>(109)</sup>.

La prueba, dirá Calvo González, no atestigua ni asegura la verdad de los enunciados fácticos: únicamente aporta razones para aceptar tales enunciados como verdaderos<sup>(110)</sup>.

---

(108) Taruffo, Michele, "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", *Discusiones* (publicaciones periódicas), año III, nro. 3, Alicante, 2002.

(109) Devis Echandía, Hernando. *Teoría general...*, cit., t. I, p. 251.

(110) Calvo González, José, "La controversia fáctica. Contribución al estudio de la *quaestio facti* desde un enfoque narrativista del derecho", ponencia presentada a las XXI Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 4-6/10/2007, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires.

De hecho, por nuestra parte hemos distinguido la prueba como medio (sentido instrumental) de la prueba como resultado (sentido teleológico).

### 3.5. La búsqueda de la verdad en el marco del proceso civil (a propósito de la doctrina de la fijación de los hechos)

Acota Falcón que, en un primer momento, parece razonable plantear que el fin de la prueba es la búsqueda de la verdad.

De modo general para el proceso civil indica que —aunque la verdad es una sola— se distingue la verdad material y la verdad formal, y llama verdad material a aquella que se refiere a los hechos verdaderamente acaecidos y verdad formal a la que surge de las probanzas del juicio. Asimismo, indica que la distinción entre el proceso civil y el penal no está en la posibilidad de conocer la verdad real o no sino en que en el primero se puede prescindir de ella en ciertos casos para llegar a una composición y, además, que la “verdad” para quien la sostiene puede ser incorporada al proceso a su cargo, mientras que en el proceso penal sería deber de la jurisdicción agotar su búsqueda hasta donde sea posible<sup>(111)</sup>.

Este distingo entre “verdad material” y “verdad formal” ha merecido justos reproches de Carnelutti.

Nos enseñó el lúcido procesalista que el resultado de la búsqueda jurídicamente limitada o regulada no es la verdad material (verdad verdadera), sino una verdad convencional, que se denomina verdad formal, porque conduce a una indagación regulada en las formas, o verdad jurídica, porque se la busca mediante leyes jurídicas y no solo mediante leyes lógicas y que únicamente en virtud de esas leyes jurídicas reemplaza a la verdad material.

Pero, al decir del profesor italiano, se trata de una metáfora: es fácil observar que la verdad no puede ser más que una, de modo tal que o bien la verdad formal o jurídica coincide con la verdad material y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad; de manera que, sin metáfora, el proceso de búsqueda sometido a normas jurídicas que constriñen y deforman su pureza lógica no puede en realidad ser considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino para una fijación o determinación de los propios hechos, que —contingentemente— puede coincidir o no con la verdad de estos y que permanece por completo independiente de ellos<sup>(112)</sup>.

(111) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 138, 147 y 150.

(112) Carnelutti, Francesco, *La prueba...*, cit., ps. 20 y 21.

Indica también que es posible que en un determinado ordenamiento jurídico el vocablo “prueba” se reserve para la designación del proceso o procesos dirigidos a la búsqueda de la verdad material pero que un límite mínimo a la libertad de la búsqueda del juez bastará para que el proceso de búsqueda de la realidad degenere en proceso formal de fijación; la medida del límite es indiferente para la naturaleza del proceso en tanto que la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad.

Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada de tal modo que no pueda ser conocida en todo caso y con cualquier medio, el resultado, sea más o menos riguroso el límite, es siempre el de que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material sino de un proceso de fijación formal de los hechos<sup>(113)</sup>.

Barrios de Angelis también roza el tema.

Indica que existen numerosas limitaciones de orden formal que hacen que la valoración probatoria se realice sobre un material considerablemente limitado, dando una visión indirecta —posiblemente deformada— de la realidad que se pretende investigar.

Por su intermedio, las chances de error para las partes, el tribunal y los terceros, en la formación del objeto de la prueba, en el aprovechamiento de las oportunidades de probar y en la producción de la prueba, son variadas.

Pero, se dice, sería equivocado pensar que las limitaciones formales, en cuanto limitan o impiden la libre investigación de la verdad, se prescriben por puro espíritu formalista.

Por el contrario, debe verse en esa legislación la consecuencia de una selección de valores, o de convicciones psicológicas, que ocasionalmente colocan otros valores por encima del valor verdad.

Y que se manifiesta en la adopción de políticas diversas, causa inmediata de las normas consideradas.

Entre las posibles causas de alteración de la realidad objetiva, impuestas o consentidas por la normativa procesal, Barrios de Angelis enumera las siguientes: a) Recortes de la realidad por interés de las partes (el principio dispositivo hace que el objeto del proceso y de la prueba se delimite, en el proceso civil, por cada parte); b) supresión o reducción del período de prueba, con afectación de la posibilidad de probar, derivada de la combinación de actitudes y normas; c) supresión de pruebas

---

(113) *Ibíd.*, p. 25.



concretas, por omisión, el error o dolo de los sujetos intervinientes —principalmente las partes y los tribunales, sin perjuicio de la renuencia o mala fe de testigos y peritos— y d) pruebas con eficacia disminuida.

A tenor de las consideraciones que preceden, la mediatización de la realidad, y aun su desfiguración, parecen más que posibles<sup>(114)</sup>.

En la actualidad, Toribio E. Sosa hace buenas reflexiones sobre el particular.

Argumenta que no hay modo de que podamos percibir la realidad si no es al filtrarla a través de nuestra subjetiva dimensión humana. No sabemos cómo las cosas son, sino cómo las observamos o las interpretamos.

Y, expresa, menos posible es hallar la verdad en el contexto de un proceso construido sobre los cimientos del sistema o principio dispositivo, en el que los interesados inician las causas, aportan los hechos y las pruebas, y las impulsan hasta su desenlace.

Bastaría, al decir del autor, que las partes no alegaran un hecho, lo ocultaran, lo retacearan o tergiversaran, o que no diligenciaran u ofrecieran los medios de prueba pertinentes o conducentes o que el juez errara en la evaluación de la prueba o los hechos y las partes no recurrieran la decisión, para no llegar a alcanzar la verdad.

Y se pregunta por qué, si la verdad fuese el norte máximo de la actividad jurisdiccional, no se reconoce universalmente la posibilidad del ejercicio de una acción de revisión tantas veces como fuese posible para procurar contrarrestar tozudamente una cosa juzgada acusada de no reflejar la verdad.

Expresará entonces el autor que la verdad, en el sentido de cómo son las cosas, no está en juego en el proceso, sino que —lo que le interesa al proceso— es la correspondencia entre lo que se dice que las cosas son (afirmaciones) y las pruebas, de modo que es el poder de las historias (conjunto de afirmaciones) para lograr el objetivo pretendido por sus autores y no la verdad en sentido filosófico lo que está en juego en el proceso judicial; y el poder de las historias para lograr el objetivo pretendido por sus autores depende de las pruebas que las avalen y de su credibilidad, de la correspondencia entre la prueba y lo que se dice que las cosas son<sup>(115)</sup>.

---

(114) Barrios de Angelis, Dante, “La valoración”, cit.

(115) Sosa, Toribio E., “El fin...”, cit.

En la misma línea de pensamiento se dice que la verdad formal, verdad jurídica o verdad del expediente no depende estrictamente de cómo hayan ocurrido las cosas sino que es el trabajoso producto de la perspicacia del juez aplicada a un universo que, a su vez, depende de la veracidad de las pruebas, de la diligencia de los letrados y de la mayor o menor dificultad que cada litigante haya tenido para reunirse con las constancias adecuadas, para hallar testigos convenientes y para convencerlos de ir a declarar lo que saben o a mentir acerca de lo que ignoran, al tiempo que las reglas del proceso procuran facilitar su coincidencia con la verdad real, pero no están en condiciones de garantizarla y, a pesar de eso, conceden consecuencias jurídicas a su propio resultado.

En tales condiciones, se dice, hablar de una verdad formal o verdad del expediente es engañoso y, en ocasiones, puede hasta generar indignación, en tanto se trata, en principio, de un problema lingüístico.

Cuando se trata de describir hechos materiales, sucedidos en el espacio y en el tiempo, todos compartimos la más sencilla de las concepciones de la verdad: la descripción es verdadera si y solo si el hecho por ella descrito es (o ha sido) real. Pero los procesos judiciales se refieren siempre a hechos pasados, cuya observación ya no está a nuestro alcance. De ellos existen a menudo ciertos vestigios.

El modo en que tales hechos hayan ocurrido en la realidad tiene consecuencias jurídicas valiosas o disvaliosas para cada una de las personas involucradas, de tal suerte que ellas intentan describir o interpretar a su manera aquella realidad pretérita y presentar solo las pruebas que las favorecen.

El conflicto acerca de los hechos, suscitado precisamente entre las personas que mejor los conocen, obliga a buscar un órgano y un procedimiento imparciales para examinar aquellos vestigios y apreciarlos razonablemente.

El resultado es, a su vez, una descripción cuya verdad no es sino conjetural (cualquiera sea la plausibilidad que le atribuyamos).

Pero de nada serviría el procedimiento que conduce a esta nueva descripción si ella no tuviera la virtud de zanjar la controversia como acto de autoridad.

La descripción de los hechos, ahora dotada de la autoridad estatal, puede ser verdadera o bien falsa en su relación con la realidad que el juez jamás presenció.

No obstante lo cual, esa autoridad impone a todos actuar como si la descripción judicial fuera verdadera.

Dentro de un sistema jurídico, en virtud de las normas que lo integran y para ciertos fines específicamente determinados, cierta descripción es aceptable (y su negación es inaceptable) si y solo si ha sido declarada en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Si se quiere, puede llamarse a esto verdad, pero siempre que no se crea que se está hablando de la misma cosa a la que llamamos verdad de acuerdo con otro grupo de criterios.

La verdad del expediente no sería igual ni mejor que la verdad real con la que suponemos que debería coincidir; sería sencillamente otra cosa, porque se define e identifica de acuerdo con criterios distintos<sup>(116)</sup>.

En esta línea de pensamiento se reflexiona que la verdad no siempre se logrará en un proceso, con independencia de su fin, atento a que cada litigante puede idear la mejor estrategia defensiva, la que no necesariamente se corresponderá con la realidad y que, de prosperar, falseará la verdad histórica<sup>(117)</sup>.

Incluso se indica que la verdad sujeta a comprobación es solo la limitada a las afirmaciones de las partes en sus escritos postulatorios<sup>(118)</sup>.

Así, nos recuerda la doctrina que las normas jurídicas que regulan la actividad probatoria imponen limitaciones y condiciones que conspiran en contra de la posibilidad de que pueda alcanzarse en todos los casos judiciales la verdad absoluta acerca de cómo ocurrieron los hechos en la realidad, pues a diferencia de la labor que despliega un historiador que procura llegar a la verdad de lo sucedido sin límite alguno, el juez tiene como función asignada la de reconstruir los hechos objeto del proceso y nada más, sin riesgo de violar la regla de la congruencia<sup>(119)</sup>.

En igual sentido se indica que las limitaciones que existen sobre la actividad probatoria obedecen a que en el proceso civil rige el sistema dispositivo, en virtud del cual la porción de la realidad que interesa al pleito está limitada a los hechos con relevancia jurídica afirmados por las partes pudiendo el juez solo verificar lo que las partes (que presentan del hecho real solo aquella zona que les interesa) han afirmado, fenómeno que provoca una mutilación o deformación de la realidad y al que

---

(116) Guibourg, Ricardo A., "Proceso y verdad", JA 2004-I-1111.

(117) Gómez, Claudio D., "El deber de fundamentación y algunas patologías en las sentencias a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior", LLC 2006-421.

(118) Acosta, José V., *Visión jurisprudencial de la prueba civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 10.

(119) Perrachione, Mario C., "Límites que presenta el proceso judicial para la verificación de la verdad material. Necesidad de establecer algunas reformas", LLC (octubre), p. 1040.

se agrega, en otro plano, pero en el mismo sentido, la posibilidad de que las partes admitan ciertos hechos, en cuyo caso, el juez debe tenerlos por verdaderos, aunque sean el fruto del error o de la mentira de aquellas. Todo esto demuestra que no es posible exigir que el juez en todos los casos establezca la verdad absoluta<sup>(120)</sup>.

El profesor Montero Aroca, por su parte, señala que la mera constatación de la existencia de límites legales a la actuación del juez ha de indicarnos que la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil<sup>(121)</sup>.

En sintonía con estas últimas orientaciones, un sector de la doctrina acude a la figura de la verdad “dialéctica” considerándola la más adecuada pues es más limitada y subjetiva que la verdad material y, a la vez, más amplia que la puramente procesal.

Así se define a la verdad dialéctica como aquella que se alcanza a través de un diálogo que el juez entabla con los elementos de prueba y las versiones ofrecidas por las partes.

En este contexto, se dice, el progreso por tríadas de la dialéctica la hace especialmente interesante para el proceso civil: la demanda es la tesis, su contestación la antítesis y la sentencia la síntesis; entre tesis y antítesis se produce un diálogo que es el proceso judicial y que genera un cúmulo de prueba que busca sostener las verdades esgrimidas; finalmente se oye la tercera voz (la del juez) que debe definir la contienda entre las dos verdades enunciando una tercera que las supera: la verdad dialéctica, síntesis que deja atrás tanto a la tesis como a su antítesis.

Frente a lo dicho, se sigue diciendo, la verdad dialéctica trasciende los conceptos de verdad formal y material pues no está estrictamente restringida a la prueba producida en el expediente, pero tampoco persigue una verdad objetiva absoluta<sup>(122)</sup>.

### 3.6. ¿Es realmente la verdad algo ajeno al proceso civil?

Pero aun frente a todo lo dicho, no podemos predicar que la búsqueda de la verdad sea algo ajeno al proceso civil.

---

(120) Perrachione, Mario C., “Límites...”, cit.

(121) Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 2a ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 25.

(122) Zunino, Jorge L. - Zunino, Marcos, “Apreciación de la prueba en el proceso civil y comercial”, *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, 2011 (febrero), 33.

La moderna doctrina extranjera se ha hecho cargo del tema con interesantes reflexiones.

Gascón Abellán nos indica que el procedimiento probatorio judicial va encaminado a afirmar que ciertos hechos son verdaderos, y así adopta un concepto correspondencial de verdad: un enunciado será verdadero solo si se adecua a una realidad objetiva e independiente.

En tal contexto, considera que este concepto de verdad (como correspondencia) es el que mejor se adecua a las intuiciones de los habitantes y a las de quienes participan, de un modo u otro, en el proceso judicial.

Dice, además, que esta opción es tanto prácticamente (porque lo que interesa en el procedimiento judicial de fijación de los hechos es la información empírica que proporciona: conocer cuáles son los hechos que han tenido lugar) como valorativamente (pues para justificar las decisiones judiciales es necesario que sus presupuestos fácticos sean verdaderos en el sentido de correspondencia con los hechos) adecuada<sup>(123)</sup>.

Desde otro lugar, se advierte —como ya lo hemos demostrado— que existen distintas limitaciones procesales y no procesales que pueden interferir en la determinación de la verdad de los enunciados declarativos de hechos probados y producen que en algunas ocasiones se declaren probados enunciados falsos.

Frente a lo cual se presentan dos alternativas excluyentes y exhaustivas: o bien se abandona la definición de la prueba en términos de verdad, esto es, la relación conceptual entre ambas nociones, o bien se sostiene que en los casos en los que se declara probado un enunciado acerca de los hechos que resulta falso, en realidad, no está probado<sup>(124)</sup>.

Se indica que si se acepta el carácter relacional de los enunciados probatorios (del tipo “Está probado que *p*”) respecto de los elementos de juicio (los medios de prueba) presentes en el expediente judicial, puede ya ponerse en tela de juicio la relación conceptual entre prueba y verdad (aquella que consiste en postular la verdad de un enunciado como condición necesaria para que pueda decirse que ha quedado probado). El primer obstáculo para mantener esa relación viene impuesto porque la prueba de un enunciado es relacional a los elementos de juicio que se tengan a disposición, mientras que la verdad del enunciado no tiene ese carácter en absoluto; además esta concepción no se corresponde con los

---

(123) Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el proceso. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, ps. 53-54 y 67-68.

(124) Ferrer Beltrán, Jordi, “La valoración...”, cit., ps. 11 y ss.

usos de los juristas ni tampoco con las exigencias de los ordenamientos jurídicos positivos, en tanto es perfectamente compatible la verdad del enunciado probatorio “Esta probado que  $p$ ” con la falsedad de  $p$ .

No obstante ello, para el autor que venimos siguiendo es plausible la relación teleológica entre prueba y verdad.

Parece razonable, nos dice, sostener que el éxito de la intervención de las partes en la fase de prueba se produce si logran convencer al juez de que su descripción de los hechos es verdadera. En cambio, no parece que se pueda decir que, en ese caso, sin más, ha funcionado con éxito la institución jurídica de la prueba; este éxito se produciría cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos.

La independencia entre las relaciones conceptual y teleológica entre la verdad y la prueba permite perfectamente que pueda darse el caso de que un enunciado fáctico resulte jurídicamente probado y, en cambio, sea falso; también, por supuesto, que un enunciado fáctico verdadero no resulte probado; lo que depende de los elementos de juicio aportados al proceso. Lo único que podrá decirse es que en ese caso la prueba como actividad no habrá cumplido su función o finalidad<sup>(125)</sup>.

Y concluye: si bien es cierto que la verdad absoluta es inalcanzable, eso no nos autoriza a abandonar el intento de que nuestro conocimiento se aproxime lo más posible a la realidad; la aproximación a la verdad sigue siendo el objetivo de la prueba<sup>(126)</sup>.

Taruffo se inscribe en la misma línea de pensamiento.

Nos indica que, al margen de las limitaciones, la búsqueda de la verdad en el proceso tiene sentido y un decisor racional debe tender a maximizar la validez de sus decisiones y reducir el margen de errores. Y que si bien en el proceso se puede hablar solo de verdad relativa (del mismo modo en que tal relativización opera en cualquier otro contexto de la experiencia), ello no constituye una razón suficiente para afirmar que en él se puede solamente hablar de verdad como coherencia de la decisión final respecto del contexto procesal y de las enunciaciones o narraciones que en él se dan.

---

(125) Ibídem, ps. 25, 26, 29, 30 y 31.

(126) González Lagier, Daniel, *Argumentación y prueba judicial*, en Márquez Romero, Raúl (coord.), *Estudios sobre la prueba*, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2006, p. 128.

Y nos habla de dos argumentos que hacen que el concepto de verdad sea el único sensato en el proceso.

El primero: que la norma sustantiva que usa el juez como criterio para la decisión presupone que se haya verificado efectivamente fuera del proceso y de sus narraciones, en el mundo de los acontecimientos reales, el hecho que es objeto de la decisión; si dicho hecho no se ha producido en la realidad no se puede aplicar la norma y si se aplica es suficiente como para calificar como injusta la sentencia.

El segundo: que en el proceso se usan pruebas y estas no sirven para producir narraciones sino para proporcionar informaciones sobre acontecimientos que se conjetura que sucedieron fuera del proceso. La prueba es el nexo entre los discursos que se hacen en el proceso y los acontecimientos del mundo real. Mediante este nexo el juez reconstruye la realidad de los hechos relevantes para la decisión<sup>(127)</sup>.

En otra obra el autor profundiza estas ideas, señalando que una condición necesaria para la corrección jurídica de la decisión es que esté fundada en la determinación verdadera de los hechos del caso, porque un sujeto es titular de un derecho solo si son verdaderos los hechos de los que depende en concreto la existencia de ese derecho, apoyando esta afirmación en el carácter condicional de las normas jurídicas, en virtud del cual cada norma prevé que se produzcan las consecuencias que determina si acaecen, efectivamente, los hechos que se describen en su “tipo”.

De este modo, la verdad de los hechos —para Taruffo— no solo no es irrelevante, sino que condiciona, y determina, la corrección de la solución de la controversia.

Por lo demás, y desde el ángulo del debido proceso, Taruffo rechaza la concepción *procedural*, al señalar que la justicia de la decisión no depende exclusivamente de la corrección del procedimiento, sino que depende —entre otras cosas— de la determinación verdadera de los hechos de la causa, ya que ninguna decisión es justa si se funda en hechos erróneos.

De este modo, la condición “justicia del proceso” es condición necesaria, pero no suficiente para predicar la justicia de la decisión, para lo cual —insistimos— es necesaria la determinación, conforme a verdad, de los hechos del proceso<sup>(128)</sup>.

---

(127) Taruffo, Michele, “Algunas consideraciones...”, cit.

(128) Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad*, trad. Daniela Accatino Scaglioti, Marcial Pons, Barcelona, 2010, ps. 134 y ss.



Así entonces, y por las razones expuestas, podemos decir —junto con la doctrina autóctona— que lo trascendente será no ya el hallazgo de la verdad sino, por lo menos, su búsqueda<sup>(129)</sup>, lo que refuerza —incluso— el carácter instrumental del proceso y las normas que lo rigen<sup>(130)</sup>.

La opción de la verdad —en sentido absoluto— aparecería como un objetivo general de aspiración<sup>(131)</sup>, un objetivo ideal a alcanzar en todo proceso<sup>(132)</sup>.

Así lo sostiene el profesor Parra Quijano: toda actuación judicial, sin ningún tipo de distingo, debe buscar la verdad de los hechos, para sobre ellos hacer descender el ordenamiento jurídico; sería el fin de todo el horizonte de la prueba<sup>(133)</sup>.

Volvemos a Carnelutti, quien, no obstante reconocer las limitaciones de la búsqueda de la verdad en el proceso e indicar que tales limitaciones impiden estimar la verdad como el resultado constante y nota esencial del procedimiento probatorio, también expresa que ello no es óbice para considerar la verdad como la finalidad que dicho procedimiento se propone alcanzar y que, correlativamente, determina su estructura, perfilándose apto como para obtenerla en la mayoría de los casos<sup>(134)</sup>.

El problema de la verdad, dice un lúcido autor, excede por cierto la tarea de los jueces.

Nunca una reconstrucción operada con posterioridad a la producción de los hechos puede recuperar, en su integridad, la sucesión de obrares sobre los que debe decidirse el consecuente juicio de responsabilidad, pero cual un ideal, si cabe la expresión, “helenístico”, debe aproximarse lo más posible al hecho que debe juzgarse.

El proceso judicial es como un mapa; no se confunde con la realidad, pero la representa con la mayor exactitud posible.

---

(129) Tachella, Daniel R., “¿Renuncia a la verdad en el proceso civil?”, JA 2001-I-939.

(130) Verbic, Francisco, *La prueba científica en el proceso judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 47.

(131) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, p. 179.

(132) Fenochietto, Carlos E., “La prueba como actividad procesal de certeza judicial”, LL 1982-D-1083.

(133) Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 16a ed. ampliada y actualizada, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2007, ps. 159 y 161.

(134) Carnelutti, Francesco, *La prueba...*, cit., ps. 52-53.

Cuanto mayor riqueza descriptiva tenga ese mapa, más próximo se hallará respecto al ideal de verdad que debe orientar la tarea de los jueces<sup>(135)</sup>.

Más actualmente, se ha señalado que el juez, dentro de la lógica del proceso y en aras del mejor resultado de la justicia, condicionado por los presupuestos del proceso justo, debe adoptar todas las medidas tendientes a lograr certeza de los hechos litigiosos, sean estos aportados por las partes o surjan de la sustanciación de las actuaciones, que estén estrechamente vinculados con la causa. Ello es así por cuanto, aun en los procesos fundamentalmente dispositivos el esclarecimiento de los hechos, materia del conflicto, permanece como un fin tendencial. Es imprescindible que el juez sentenciante tenga la certeza —conocimiento seguro y claro; firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar— de la relación fáctica sobre la que aplicará el derecho para lograr la solución justa del conflicto en debate.

Si bien el magistrado no es el “amo y señor” del proceso, ni le está permitido conducirlo a su arbitrio o violar las normas que lo regulan, tampoco reviste el carácter de un ente que observa con pasividad o indiferencia las secuelas del proceso, por cuanto él debe responder a su sentimiento de justicia y velar por el triunfo final de la verdad.

Destacando que, en la satisfacción del objetivo señalado, el magistrado no se encuentra castrado, ni es un operador mecánico. Ningún magistrado puede eludir ejercer el poder-deber de descubrir y revelar la realidad de los hechos litigiosos, en la medida que sea posible, pues ella constituye el presupuesto esencial de la justicia de su pronunciamiento. Y en el cumplimiento de dicho cometido materializa la manda del preámbulo de nuestra Carta Magna de “afianzar la justicia”<sup>(136)</sup>.

Y cerramos trayendo a colación un voto disidente de la Corte Suprema que se inscribe en este sentido al señalar que la verdad es uno de los fines fundamentales con arreglo a los cuales el proceso civil ha de ser *instrumentalmente orientado* (la *itálica* es nuestra)<sup>(137)</sup>.

---

(135) Barcesat, Eduardo S., “Reconstrucción de los hechos en el proceso”, DJ XXV-36.

(136) Masciotra, Mario, “Poderes oficiosos sobre hechos no invocados por las partes”, LL 2015-F-1217.

(137) CS, Fallos 315:765, disidencia de los Dres. Cavagna Martínez, Fayt y Moliné O'Connor. La mayoría, en cambio, solo predicó que el recurso era inadmisibile con base en las previsiones del art. 280, Cód. Proc. Civ. y Com.

### 3.7. ¿Verdad o verosimilitud?

Incluso parte de la doctrina introduce una variante más.

Calamandrei, haciendo suya la afirmación de Wach en cuanto a que todas las pruebas son pruebas de verosimilitud, señala que cuando se dice que un hecho es verdadero se quiere decir en sustancia que ha logrado, en la conciencia de quien como tal lo juzga, aquel grado máximo de verosimilitud que, en relación con los limitados medios de conocimiento de que el juzgador dispone, basta para darle la certeza subjetiva de que aquel hecho ha ocurrido.

Y, con base en el límite de relatividad propio de la naturaleza humana, sentencia: lo que vemos, solo es lo que nos parece que vemos; no verdad, sino verosimilitud, es decir, apariencia de verdad<sup>(138)</sup>.

De la misma concepción participa Fenochietto, quien sostiene que el ordenamiento procesal no garantiza la obtención de la verdad, pero, en cambio, propende a fundar la certidumbre y en este sentido es correcto afirmar que mediante el procedimiento probatorio se tiende a obtener, más que la verdad, la verosimilitud<sup>(139)</sup>.

Desde la filosofía del derecho se busca una explicación a este fenómeno.

Así, se expresa que el proceso se ocupa de una realidad ya vivida, y en ese sentido plenamente gastada; incumbe a hechos pretéritos que definitivamente quedaron en el pasado.

Se resalta, entonces, que no se puede discutir acerca de la verdad de los hechos, pues ella ya quedó atrás; se discutirá, únicamente, acerca de lo que de ella narrativamente se postule, esto es, de los “hechos contados” que solo la evocan, acto (el de narrarlos) que también llegará a ser parte de la narración.

Luego se sostiene que, al no haber ingresado en el proceso de postulación otra “realidad de los hechos” que la narrativa, es decir, disidente o distinta de los hechos “realmente vividos”, no puede pretenderse que el relato de la “verdad judicial” pueda finalmente expresar una condición distinta y en todo nueva a ese presupuesto o antecedente narrativo, estrictamente endoprosesal, y revertir en verdad de lo sucedido

---

(138) Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1973, t. III, ps. 318 y 319.

(139) Fenochietto, Carlos E., “La prueba...”, cit.

extramuros del proceso, ajena y no referencial respecto a lo sustanciado a través de la postulación narrativa de los hechos.

Esto determina que el juez no tanto persiga el hallazgo “de la verdad” como dilucidar los hechos de acuerdo con lo narrado y, por consiguiente, que al hablar de “verdad judicial” nos estemos refiriendo a un relato que busca solo el esclarecimiento o la “fijación de los hechos”.

A este punto de “ajuste narrativo” la verdad judicial se transforma en “verdad histórica”, la que tampoco es la realidad de los hechos vividos sino lo que, tras todo lo contado, juzgamos que “verosímilmente” debió suceder: es decir, una verdad en correlato ni tan siquiera con la “verdad de los hechos contados” sino con la verosimilitud de lo contado por verdad en las varias narraciones sobre hechos<sup>(140)</sup>.

Sobre esta cuestión, ha dicho la jurisprudencia que el juzgador no ha de buscar la certeza absoluta al ponderar la prueba, sino la certeza moral de características muy diferentes, porque lo que se aprecia es el grado de probabilidad acerca de la verdad de la proposición de que se trata, de tal suerte que superada la mera opinión pueda el juez fundar su pronunciamiento<sup>(141)</sup>.

Del mismo modo, se sustentó que en el proceso formativo de su convicción el Juzgador solo excepcionalmente puede lograr una certeza absoluta sobre la forma en que sucedieron los hechos, pero ha de bastar para fundar su decisión haber alcanzado una certeza o convicción moral, entendiendo por esta el grado sumo de probabilidad acerca de la verdad, tras el examen de la prueba aportada por los litigantes<sup>(142)</sup>.

### 3.8. La verdad jurídica objetiva

Mal podríamos seguir adelante con la exposición si no nos detuviéramos en un punto que, a nuestro modo de ver, gravita necesariamente en la cuestión acerca de la que reflexionamos aquí.

Estamos hablando del concepto de *verdad jurídica objetiva*.

---

(140) Calvo González, José, “La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV Serie - LXXVI, fasc. 1, Giuffrè, Milano, 1999.

(141) CNCiv., sala I, 13/11/2020, “P. M. P. c. A. A. C. s/daños y perjuicios”, LL Online AR/JUR/56541/2020.

(142) CNCiv., sala H, 5/9/2012, “Jackson, Ernesto A. c. Caccianini, Christian F.”.

Y para abordar el tema es ineludible la referencia a un tradicional precedente del más Alto Tribunal nacional: el célebre caso “Colalillo”<sup>(143)</sup> del año 1957.

Se trataba de un juicio en el que una de las cuestiones fundamentales a determinar era si, a la fecha del accidente, el conductor carecía o no de registro habilitante.

Determinada prueba en tal sentido se había incorporado luego de la sentencia desestimatoria de la demanda dictada en primera instancia y la Cámara, tras haber las partes contado con posibilidad de discutir el tema (incluso en lo tocante a la nueva prueba), confirmó aquel rechazo.

La Corte dijo: “Que el caso presenta ciertamente características singulares. Y es propia de tales situaciones la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir con daño para la justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios.

”Que con arreglo a la jurisprudencia de esta corte, es condición de validez de un fallo judicial que él sea conclusión razonada del derecho vigente con particular referencia a las circunstancias comprobadas en la causa.

”Que la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Es en efecto exacto que, por lo regular, a fin de juzgar sobre un hecho, no cabe prescindir de la comprobación del modo de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados. Y también es cierto que esa prueba está sujeta a ciertas limitaciones, en cuanto a su forma y tiempo, pues es exacto que de otro modo los juicios no tendrían fin.

”Que, sin embargo, el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte.

”Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la

---

(143) CS, Fallos 238:550.

sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho.

”Que, desde luego y por vía de principio, es propio de los jueces de la causa, determinar cuándo existe negligencia procesal sancionable de las partes así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad en la defensa de sus derechos. Pero ni una ni otra consideración son bastantes para excluir de la solución a dar al caso, su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia”.

Así, consideró que la sentencia que rechazó la demanda, limitándose a predicar la extemporaneidad de la agregación documental, carecía de fundamentos bastantes, por lo que la dejó sin efecto y mandó dictar una nueva.

Vemos aquí la clara referencia al concepto que analizamos en este acápite.

Ahora bien, ¿qué es la verdad jurídica objetiva?

Fenochietto nos advierte de que resulta difícil aprehender el real significado del concepto<sup>(144)</sup>.

De hecho, como luego lo veremos, la cimera jurisdicción habla de la figura, pero sin llegar a definirla.

Bertolino, en un excelente estudio, delinea su torso.

Así nos dice que la noción de verdad jurídica objetiva está estrechamente conectada con el exceso ritual manifiesto y que la constelación de conceptos que la rodean (rigorismo formal, arbitrariedad, error manifiesto o grave, incompatibilidad con el servicio de justicia, renuncia consciente) remite a zonas de sustancia netamente disvaliosa: mediante esta figura se viene a valorar negativamente (en principio) y como centro de gravedad la conducta del juez en la utilización del proceso<sup>(145)</sup>.

La plataforma del fenómeno privilegia y potencia, a la vez, el “valor de lo real” en sí mismo considerado; se trata de una expresión finalística que, bajo el ropaje de la textualización de un comportamiento disvalioso

---

(144) Fenochietto, Carlos E., “La prueba...”, cit.

(145) Bertolino, Pedro J., *La verdad jurídica objetiva*, 2a ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 4 y 6.

(renunciar, olvidar), está escondiendo, en oposición, una directiva valiosa (buscar la verdad)<sup>(146)</sup>.

Así, entonces, podemos decir —junto con Bertolino— que mediante esta figura se consagra una pauta de actuación que está básicamente dirigida al juez, sin excluir totalmente a las partes<sup>(147)</sup>.

Es un estándar que prescribe un modelo de conducta que indica que el proceso no puede ser conducido mediante un ritualismo que oculte la verdad jurídica objetiva, ya que aquel está destinado a la obtención de esa verdad, a la cual debe dársele primacía y a la cual no se debe renunciar conscientemente, renuncia que estaría configurada por todo apartamiento, voluntario y con pleno conocimiento —por parte de quien lo hace— de la consideración de datos procesales que, al tiempo de aparecer patentes, resulten esenciales por su relevancia y evidencia para la resolución de casos judiciales<sup>(148)</sup>.

Y para ponderar la esencialidad de los datos, el autor nos aconseja recurrir al método de la supresión mental hipotética, que consistirá en examinar si el caso igualmente habría sido resuelto, en el mismo sentido y en su faz esencial y determinante, con el dato procesal relevante y evidente que no se tuvo en cuenta al sentenciar<sup>(149)</sup>.

En definitiva, para Bertolino, la quintaesencia de la “verdad jurídica objetiva” está constituida por el deber judicial de buscar, por un lado, y no renunciar a aquella verdad, por el otro, para no frustrar los fines del proceso<sup>(150)</sup>.

En innumerables ocasiones la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acudido a esta figura, incluso por fuera de lo estrictamente probatorio.

Así, indica el tribunal que es deber de los jueces asegurar la necesaria primacía de la verdad jurídica objetiva<sup>(151)</sup>, que debe guiar los procedimientos judiciales<sup>(152)</sup>, al tiempo que considera arbitrario el pronunciamiento que prescinde de ella<sup>(153)</sup>.

---

(146) *Ibídem*, ps. 10, 57 y 73.

(147) *Ibídem*, p. 152.

(148) *Ibídem*, ps. 75 y 153.

(149) *Ibídem*, p. 85.

(150) *Ibídem*, p. 171.

(151) CS, Fallos 284:375.

(152) CS, 6/10/2015, “Sarabia Stella Maris c. Servicio Penitenciario Federal y otros/s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”

(153) CS, Fallos 317:826.



Explicaré —en otros precedentes— que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues de lo que se trata es del establecimiento de la verdad jurídica objetiva, para lo cual las leyes procesales confieren a los jueces la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos, a lo que agrega que la renuncia consciente a la verdad no es compatible con el adecuado servicio de la justicia<sup>(154)</sup>.

También se indica que, si bien los jueces deben fallar con sujeción a las reglas y principios de forma, según las circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes, nada excusa su indiferencia respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno lo suyo<sup>(155)</sup>.

Delineando más concretamente los alcances de la figura indicará que el ocultamiento de la verdad jurídica objetiva supone que se desconozcan hechos concretos, evidentes e indubitables con relevancia a la luz de las normas sustantivas que regulan el caso, lo que no ocurre, por ejemplo, cuando el recurrente alega haber efectuado un pago con anterioridad al juicio ejecutivo, ya que esa circunstancia depende de la demostración de la existencia de un mandato tácito otorgado por los acreedores al notario que recibió dicho pago, máxime al tener en cuenta que el exceso ritual debe ser manifiesto<sup>(156)</sup>.

Incluso la Corte hace aplicación de aquel método de supresión hipotética del que nos hablaba Bertolino al exigirle al recurrente la demostración de que el dato soslayado, frente a los argumentos por los que el tribunal lo descartó, constituye un elemento capaz de imponer una solución diversa al sentenciante, de modo que su preterición pueda equipararse a un desconocimiento de la verdad jurídica objetiva<sup>(157)</sup>.

Por otra parte, vemos también que —en el contexto de esta figura— se hace alusión a las facultades de los jueces de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos<sup>(158)</sup>.

Y, con toda claridad, la Corte erige el establecimiento de la verdad jurídica objetiva como uno de los principios rectores del proceso civil<sup>(159)</sup>.

---

(154) CS, Fallos 287:153.

(155) CS, Fallos 330:4216 y 4226.

(156) CS, Fallos 301:1067.

(157) CS, Fallos 303:1265.

(158) CS, Fallos 329:755.

(159) CS, Fallos 308:568.

Así, en fallos más actuales, sostendrá que los jueces no pueden renunciar a la verdad jurídica objetiva por consideraciones meramente formales por lo que los tribunales siempre deben determinar la verdad sustancial por encima de los excesos rituales, ya que el logro de la justicia requiere que sea entendida como lo que es, es decir, una virtud al servicio de la verdad<sup>(160)</sup>.

Esta necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva e impedir su ocultamiento ritual reconoce —para el Alto Tribunal— base constitucional<sup>(161)</sup> invocándose el art. 18, CN<sup>(162)</sup>, como así también el adecuado servicio de la justicia<sup>(163)</sup>.

Pero también la Corte se ha ocupado de poner la figura en su justo cauce indicando que, si bien el proceso civil no puede conducirse en términos rigurosamente formales con menoscabo de la verdad jurídica objetiva, ello no exime a los jueces de la aplicación estricta de las normas que lo rigen, ni de cumplimentar los actos procesales cuya finalidad consiste en el resguardo del debido proceso y de la defensa en juicio<sup>(164)</sup>.

Así advierte que si bien se admite que se prive de validez decisiones que sean fruto de un exceso ritual manifiesto en renuncia de la verdad jurídica objetiva, ese estándar hermenéutico —de raigambre constitucional— lejos está de constituir una excusa absolutoria de todos y cada uno de los incumplimientos, las negligencias y los actos defectuosos en que las partes incurran en el proceso, pues debe ser armonizado con el principio —de igual fuente— de igualdad<sup>(165)</sup>.

Aunque en otro caso había dicho el tribunal que la negligencia de la parte no parece decisiva para obviar toda investigación que, con fundamento en la finalidad misma del proceso judicial, y en las atribuciones irrenunciables de los magistrados para acceder al conocimiento de la verdad objetiva, pudiese contribuir a esclarecer los extremos de la controversia<sup>(166)</sup>.

En esta línea de pensamiento, por ejemplo, la Corte descalifica un fallo de Cámara que declaró desierto el recurso sin hacerse cargo de las

---

(160) CS, Fallos: 339:1615, con remisión al dictamen del procurador.

(161) CS, Fallos 247:176 y 253:133.

(162) CS, Fallos 310:2456; 316:27; 322:1526.

(163) CS, Fallos 254:311; 276:368; 283:88; 290:293; 296:650; 311:2004 y 311:2082.

(164) CS, Fallos 312:1656.

(165) CS, Fallos 329:838.

(166) CS, Fallos 304:1265.

constancias allegadas al proceso que acreditaban el pago denunciado, al tiempo que indica que más allá de la eventual negligencia atribuible al accionar defensivo de la parte al momento de presentar la apelación, el proceder de la Cámara constituye un excesivo rigor formal incompatible con un adecuado servicio de justicia<sup>(167)</sup>.

O, más actualmente, se revoca una decisión desestimatoria del beneficio previsto en la ley 24.043 y se mandan a analizar nuevos elementos de juicio, aportados recién al momento de recurrir ante la Corte Suprema<sup>(168)</sup>.

Desde la doctrina, Colerio aborda el punto y acota que no es correcto hablar de la supremacía de la verdad objetiva sobre la forma, porque si bien el exceso ritual es el formalismo condenado, el proceso también es forma, en tanto que no son términos excluyentes: en todo proceso se busca la verdad objetiva, pero en aras de la verdad objetiva no puede arrasarse con todo el sistema procesal y dejar de lado las formas del proceso que en definitiva son las que garantizan la igualdad en que debe desarrollarse el debate<sup>(169)</sup>.

Bertolino nos indica que, si bien la figura de la verdad jurídica objetiva en cierta manera pone en crisis la entera funcionalidad de la normativa formal para la declaración y actuación del derecho, crisis que engloba tanto las normas procesales en sí mismas como los procesos que las gobiernan, de manera alguna viene a desplazar o suplantar el régimen probatorio normal previsto en los códigos procesales<sup>(170)</sup>.

No obstante lo dicho recién creemos que los precedentes anteriormente citados relajan, en gran medida, las exigencias procesales y le restan prácticamente toda virtualidad (v.gr., al considerar que al margen de la insuficiencia técnica de la fundamentación recursiva la Cámara debía haber entrado a ponderar la prueba) cuando entra a jugar esta doctrina.

Con todo, algún sector de la doctrina —y de manera actual— se ha mostrado fuertemente crítica del enfoque adoptado por la Corte en “Colalillo”, como así también de la utilización en el proceso del concepto de verdad, al que se considera profundamente polisémico, cargado de

---

(167) CS, Fallos 322:1526, con remisión al dictamen del procurador general.

(168) CS, Fallos 339:533.

(169) Colerio, Pedro, “El respeto por las formas y la verdad objetiva en el proceso”, LL 1990-A-465.

(170) Bertolino, Pedro J., *La verdad...*, cit., ps. 8 y 65.

emotividad y, por lo tanto, una herramienta dentro de las estrategias retóricas y argumentativas que opera como elemento de cierre o sutura del debate o polémica<sup>(171)</sup>.

Al margen de todo esto, y como concepto de suma relevancia para esta exposición, debemos poner de manifiesto que como componente de aquel “adecuado servicio de justicia” es percibida por el juzgador la actualidad que, para él, como valor de conocimiento tiene la verdad, y, asimismo, que para esta corriente jurisprudencial la obtención de la verdad constituye un fin del proceso<sup>(172)</sup>.

Aunque no será una verdad “absoluta” sino que, por el contrario, conviene con la naturaleza relativa de la verdad procesal cuyo límite está en su conocimiento: es relativa —en tanto incompleta— al venir condicionada en su obtención por las normas procesales y por los datos relevantes y evidentes de los juicios<sup>(173)</sup>.

Nos hemos movido hasta aquí solo en el plano de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, pero es dable hacer notar que los superiores tribunales de las diversas provincias también han receptado la figura en innumerables ocasiones.

En el ámbito bonaerense, el Alto Tribunal local acoge la doctrina y señala que si bien la prueba de los hechos está sujeta a ciertas limitaciones en cuanto a su forma y tiempo, pues de otro modo los juicios no tendrían fin, el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva y, de esta manera, indica que constituye un exceso ritual manifiesto, inconciliable con un adecuado servicio de justicia, la negativa a considerar documentación comprobatoria del derecho alegado por el litigante, no obstante su extemporánea agregación a la causa<sup>(174)</sup>.

Esta corriente de pensamiento es seguida en innumerables casos<sup>(175)</sup>.

---

(171) Trionfetti, Víctor - Salgado, José María, “‘Colalillo’ a contraluz. La ‘verdad jurídica objetiva’ como aporía”, SJA 26/9/2012, 31; JA 2012-III-1115.

(172) Bertolino, Pedro J., *La verdad...*, cit., ps. 156 y 162.

(173) Bertolino, Pedro J., *La verdad...*, cit., p. 171.

(174) Sup. Corte Bs. As., 12/11/1985, “Balestri de Suvieri, Anita c. Voloschin, Naum y otro s/indemnización daños y perjuicios”.

(175) Sup. Corte Bs. As., 12/3/1991, “Fiscalía de Estado c. Brillante, Aron W. y otros s/acción autónoma de nulidad”, y 20/8/2008, “Banco de la Provincia de Buenos

Así, indica el tribunal que adolece de exceso ritual manifiesto el fallo que se desentiende de la verdad jurídica objetiva, al amparo de ese rigorismo<sup>(176)</sup> y los fallos que padecen defectos de este tenor son descalificados acudiendo a la figura del absurdo<sup>(177)</sup>.

Más actualmente, la casación bonaerense reprocha, severamente, a un tribunal de trabajo no haber ejercido las potestades, oficiosas, encaminadas a esclarecer la verdad sobre los hechos, con alusión —justamente— a la irrenunciable búsqueda de la verdad jurídica objetiva<sup>(178)</sup>.

La Corte Suprema santafesina también ha acudido al estándar en varios casos<sup>(179)</sup> y acuña una frase bastante gráfica: la frustración ritual es un muro compacto que impide el acceso a la verdad jurídica objetiva<sup>(180)</sup>.

Aires c. Bustamante de Lacuba, Delfina A. s/cobro ejecutivo", JUBA, sumario B29930; 28/12/1190, "González, Elba B. c. Lima, Jorge H. s/cobro de pesos y daños y perjuicios", JUBA, sumario B6633; 15/8/1995, "Municipalidad de Necochea c. Maralex SA s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B21434; 8/3/1994, "Alasino, Hugo O. c. Kusic, Ana o Kusic, Elena y otros s/desalojo"; 2/6/1998, "Egidi, Javier A. y otra c. González, Regino J. y otro s/daños y perjuicios"; 19/2/2002, "Wroniarski, Zenón y otra c. Ortega, Osvaldo H. s/cumplimiento contractual y daños y perjuicios"; 27/10/2004, "Alba, Antonia E. y otro c. Municipalidad de Trenque Lauquen s/daños y perjuicios"; 10/10/2007, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Millán de Barron, Nivea F. y otros s/cobro ejecutivo", JUBA, sumario B22832.

(176) Sup. Corte Bs. As., 19/9/1989, "Vázquez, Carlos c. Grin SA s/resolución de contrato y daños y perjuicios".

(177) Sup. Corte Bs. As., 3/6/1997, "Lago, Mónica A. c. Municipalidad de Azul - Hospital Chillar y Dr. José Urlezaga s/daños y perjuicios"; 12/2/2003, "Eguren, José M., en calidad de curador de M. E. Eguren c. Passeri, Miguel J. y otros s/nulidad de acto jurídico"; 1/4/2004, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c. Benvenuto y Aguirre, Emilse y otros s/expropiación", 16/2/2005, "Ferretti, Mario G. c. Operadora de Estaciones de Servicios SA s/cobro de pesos e indemnización de daños y perjuicios", JUBA, sumario B24102.

(178) Sup. Corte Bs. As., 15/7/2015, "Mourlas, Azucena Luján y otras c. Dufur, Laura Flora. Indemnización por despido, etc."

(179) Corte Sup. Just. Santa Fe, 14/3/1984, "Bertero, Eldo c. Malipiedi, Edemonda s/cobro de pesos"; 28/2/1985, "Gallo, Lidia A. y otros c. Martínez, Hilario s/ejecución hipotecaria"; 4/3/1985, "Duschkin, Eduardo y otra c. Pérez, Ramón"; 29/7/1992, "Verino, Eclair R. c. Molinos y Establecimientos Harineros Bruning SA"; 26/3/1997, "Vázquez, Jorge A. c. Pagnuco YETA SRL"; 24/2/1999, "Armand, Marta L. c. Banco Bica Coop. Ltda."

(180) Corte Sup. Just. Santa Fe, 17/12/1997, "Medina, Luis M. y otros c. Forni, Pedro C."

Incluso ha puesto énfasis en el deber de los jueces de decretar medidas para mejor proveer, al tiempo que vinculó este tipo de diligencias con la búsqueda de la verdad jurídica objetiva<sup>(181)</sup>.

La Suprema Corte mendocina ha acudido a la misma y la conectó con la doctrina del exceso ritual manifiesto, la que identifica como una aplicación extremadamente rigurosa del esquema formal, cuya exageración conduce a ocultar la verdad jurídica objetiva, constituyendo a la postre, una violación del derecho de defensa entendido este en su más amplia significación. Allí incluso indicará el tribunal que la verdad jurídica objetiva podrá estar más o menos disimulada en el cúmulo de hechos y circunstancias del proceso, parcializada a veces, oscuramente expuesta otra, y que puede ser desentrañada a través de una actividad jurisdiccional activa que excede el marco normal del estadio procesal, en aparente violación de los límites que el ordenamiento ritual impone<sup>(182)</sup>.

Señala, en otro precedente, que la caducidad de una prueba no es obstáculo para que los jueces, en uso de las facultades que el Código Procesal les otorga, la produzcan en búsqueda de la verdad jurídica objetiva<sup>(183)</sup>.

La Corte de Justicia de la Provincia de Salta indicará, a su turno, que todo apartamiento voluntario y con conocimiento de la consideración de datos de hecho que, en tanto aparecen como patentes, resulten esenciales para la resolución judicial del caso —verdad jurídica objetiva— es una abdicación que resulta incompatible con el adecuado servicio de justicia<sup>(184)</sup>.

El Superior Tribunal de la Provincia de Jujuy ha hecho también aplicación de esta doctrina en más de una ocasión<sup>(185)</sup>.

---

(181) Corte Sup. Just. Santa Fe, 4/7/1990, "Tapigon SRL c. Shiebel, Guillermo".

(182) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1a, 18/10/1985, "Canese, Eduardo H. c. Embotelladora de Cuyo SA p/denuncia - ordinario - inconstitucionalidad - casación".

(183) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1a, 14/3/2005, "Banco Mendoza SA c. Enrique A. Pérez y otro", LL Gran Cuyo 2005 (julio), 696.

(184) Corte Sup. Just. Salta, 19/6/1998, "Miranda, Carmen c. Guiad Editores", LLNOA 1998-1213.

(185) Sup. Trib. Just. Jujuy, 15/2/1995, "Ferias Bonansea c. Politti de Ruiz, Nélica del V."; 15/10/1996, "Unión de Personal Civil de la Nación c. Estado Provincial"; 3/2/1998, "Roberts, María c. Instituto Provincial de Previsión Social", LL 1999-D-787; LLNOA 2000-147; "Arce, Juan C. c. Junta Electoral de la Asociación de Educadores Provinciales", LL 1999-D-799; LLNOA 2000-229.

También acuden a ella el de la provincia de Chubut<sup>(186)</sup>, el cordobés<sup>(187)</sup>, el formoseño<sup>(188)</sup> y el tucumano<sup>(189)</sup>.

### 3.9. En definitiva (algunas conclusiones, propuestas y perspectivas)

Luego del precedente desarrollo estamos en condiciones de ir delineando algunas conclusiones acerca de los interrogantes que formulábamos inicialmente.

Lo primero que debemos tener en cuenta es que, al estudiar la cuestión de la finalidad de la prueba (como instituto), debemos marginar toda consideración relativa a la finalidad de la actividad probatoria llevada a cabo por las partes (lógicamente) interesadas en triunfar en el pleito.

No nos cabe duda de que la finalidad de la prueba, como instituto, es la de llevar al juez al convencimiento o certeza sobre los hechos.

Resulta interesante la concepción de Taruffo, quien nos habla de la prueba como el nexo entre los discursos que se hacen en el proceso y los acontecimientos del mundo real; nexo que permite al juez reconstruir la realidad de los hechos relevantes para la decisión<sup>(190)</sup>.

La prueba, en este sentido, procurará conectar el *mundo de los autos* (*el expediente*) con el *mundo real*.

Tal es, a nuestro modo de ver, su fin institucional; quizás en algún caso (o en muchos) no lo logre, pero esta sería una contingencia que, pensamos, no puede incidir en su esencia.

Divorciarla del concepto de verdad, por otro lado, nos parece un exceso que, en nuestro medio, no encuentra cabida ni posibilidad.

---

(186) Sup. Trib. Just. Chubut, 2/9/1997, "Schmalz, Mario O. c. Provincia del Chubut"; 28/12/2001, "García, Sandra M. c. Municipalidad de Pto. Madryn s/denuncia contencioso administrativa".

(187) Trib. Sup. Just. Córdoba, 23/2/1998, "Hormix SA c. Luis Cellotti e Hijos s/ejecutivo"; 24/9/2007, "Tissera, Heriberto J. c. Municipalidad de Villa María", LLC 2008 (marzo), 151.

(188) Sup. Trib. Just. Formosa, 20/5/2008, "Llanes, Francisco y otros c. Empresa Puerto Tirol SRL", LLL 2008 (septiembre), 861.

(189) Corte Sup. Just. Tucumán, 23/10/1998, "Filippini, Víctor H. c. Amas, Leonardo O. y otros s/daños y perjuicios".

(190) Taruffo, Michele, "Algunas consideraciones...", cit.



Hemos visto ya que, al reglamentar la prestación del servicio jurisdiccional, en algunos casos se impone al tribunal el *deber* de ordenar las diligencias necesarias para esclarecer “la verdad de los hechos”; en otros casos se le otorga solo una *facultad*, que a la luz del estándar verdad jurídica objetiva —integrante, *con formulación jurisprudencial y base constitucional*, de nuestro orden jurídico—, de facultad poco tiene, mientras que se aproxima más a un deber.

No es dable, entonces, ante tal clara formulación legal y llevando —incluso— el más Alto Tribunal nacional la búsqueda de la verdad jurídica objetiva al rango de principio procesal, sostenerse que la verdad es algo ajeno a nuestro proceso civil.

Ni siquiera si se enarbola el principio dispositivo cuyas virtualidades —en los últimos años— han venido colocándose en su justo cauce.

Hemos visto anteriormente que, para abdicar en la búsqueda de la verdad, se argumenta con base en las características del procedimiento civil.

Las objeciones son más aparentes que reales y muchas de ellas pueden zanjarse mediante una interpretación elástica y maleable de la normativa procesal.

Veamos:

El primer problema, u obstáculo, en la eventual búsqueda de la verdad sería el de la afirmación de los hechos.

Innegablemente es una dificultad importante pues, como lo veremos más adelante, en principio la prueba versaría sobre los hechos afirmados.

Pero, aun frente a ella, vemos al legislador, *en el sistema del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en los provinciales que tras él se alinean*, imponerle al juzgador el deber de fallar conforme a la realidad en tanto le manda a ponderar los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos, en la medida en que se encuentren debidamente probados (art. 163, inc. 6º, párr. 2º, Cód. Proc. Civ. y Com., y análogos provinciales).

Además, advertimos que el juzgador tiene el deber o (el poder-deber, en algunos casos) de requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito; o en la formulación del Código Procesal tucumano de requerirles las explicaciones que juzguen conducentes a la solución de la causa.

Aquí podemos traer a colación las enseñanzas de Chiovenda cuando, al analizar los poderes del juez en la formación del material de decisión, nos advertía de que el juzgador debe abstenerse de relevar hechos no alegados por las partes pero, a continuación, señalaba que si en un caso concreto aparece notoria una deficiencia en la defensa podría discutirse si el juez puede, y dentro de qué límites, proveer a ella con oportunos interrogatorios, de un modo compatible con la naturaleza del procedimiento<sup>(191)</sup>.

Y ni qué hablar de la posibilidad de flexibilizar —en casos excepcionales, fundadamente y con respeto siempre del derecho de defensa de las partes— la congruencia fáctica, tal como se concluyó en el XXIV Congreso Nacional Derecho Procesal (2007), que viene ganando adeptos día a día.

En este último aspecto, *creemos*, adquieren una útil significación las normas procesales anteriormente invocadas.

Luego, a través del estándar de la verdad jurídica objetiva, el juzgador debe (no solo puede), en cualquier estado del pleito (en sus albores, durante el estadio probatorio o antes de sentenciar), con resguardo siempre de las posibilidades de defensa (alegación y prueba) de todos los intervinientes y —tal lo dicho— moviéndose dentro de los límites que el legislador procesal expresamente ha previsto, requerir a las partes las explicaciones necesarias acerca del objeto del pleito, lo que —obviamente— incluye lo atinente al sustrato fáctico de la decisión.

Luego, y una vez brindadas aquellas, puede llegar a aventarse el problema de los hechos no invocados.

El problema de la disponibilidad de los medios de prueba queda zanjado con las posibilidades oficiosas que, como también lo veremos más adelante, los códigos procesales otorgan al juzgador.

Nos quedan, así, como únicos obstáculos —en principio— insalvables para la faena el problema de los hechos admitidos y el de disponibilidad de las fuentes de prueba, pues el juzgador, como tercero ajeno a la disputa, lejos está de conocer a qué fuentes concretas (documentos, testigos) puede acudir, temática —la de la disponibilidad de las fuentes de prueba— en la que —incluso— los dispositivos que el juzgador tiene a su alcance son bastante amplios (ver, por ejemplo, el art. 452, Cód.

---

(191) Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de la 3a ed. italiana por José Casais y Santaló, Reus, Madrid, 1922, t. II, p. 183.

Proc. Civ. y Com., en cuanto a la posibilidad de traer al proceso a testigos cuya existencia surja de los escritos postulatorios o de otras pruebas).

Ahora, el problema de la disponibilidad de las fuentes —como ya lo ampliaremos con más profundidad al hablar de la prueba de oficio— en el contexto digital adquiere nuevas perspectivas, especialmente frente al —casi infinito— cúmulo de datos que, por un lado, circula en la red y, por otro, se genera y almacena en la más variada gama de dispositivos y ubicaciones.

Parece, entonces, que la cuestión de la disponibilidad de las fuentes (en el cumplimiento de su misión de buscar la verdad) se ve fuertemente influenciada por la creciente digitalización de nuestra existencia.

Así, entonces, y por todo lo expuesto, creemos que la verdad no es algo ajeno al proceso ni tampoco, por lo tanto, a aquel instituto que opera en su seno y al que nos referimos en esta obra: la prueba.

Como conclusión, podríamos acudir a una postura ecléctica.

No sería una postura novedosa.

En realidad, ya se ha dicho que, para llegar al conocimiento de los hechos, se entremezclan y se combinan la búsqueda de la verdad, el convencimiento, la fijación de los hechos, los pasos de la crítica, el encuentro de la certeza; cada uno de esos conceptos lleva cuotas integrantes de los otros cuando se trata del acto de juzgar, y esa integración conduce a la finalidad de la prueba judicial: un estado de espíritu del juzgador para advertir que los hechos son de una manera determinada<sup>(192)</sup>.

En suma: creemos que el fin de la prueba, *como institución del proceso*, es la de llevar al juez al convencimiento o certeza sobre la realidad los hechos que las partes traen y que el cumplimiento de la faena jurisdiccional debe apuntar siempre —y en la medida de lo que es humana y judicialmente posible— a determinar, con el mayor grado de aproximación, cómo estos acontecieron realmente, menester en el que no será válido ni renunciar conscientemente a la verdad ni dejar de llevar a cabo —con respeto a la defensa de las partes— todas y cada una de las diligencias posibles en orden a que la plataforma fáctica de la decisión se adecue a lo acontecido en la realidad.

Advertimos, llegado este punto, la existencia de una corriente de pensamiento (que ha tomado para sí la etiqueta garantista) que mira

---

(192) Cipriano, Néstor A., “Prueba pericial en los juicios por responsabilidad médica (finalidad de la prueba judicial)”, LL 1995-C-623.

las cosas desde otra perspectiva. No es este el lugar para entrar en la polémica. Hasta aquí hemos dado nuestras razones; quizás haya otras, que avalen una postura contraria. Las respetamos, aunque no las compartimos y, por todos los fundamentos que hemos venido desarrollando a lo largo de las reflexiones pasadas, es que nos plegamos a la postura antedicha<sup>(193)</sup>.

Para ir cerrando, destacamos que la cuestión de la finalidad de la prueba en el proceso cobra un valor preponderante a la hora de hablar de evidencia digital, como ya lo iremos viendo en algunos estadios de la obra.

Es que la creciente disponibilidad y accesibilidad de muchas fuentes de prueba electrónica (especialmente en la red) genera una situación muy diversa a la que se da con la evidencia clásica, potenciando las posibilidades de investigación (búsqueda oficiosa) por parte del magistrado.

En tal contexto, el posicionamiento conceptual acerca de la finalidad de la prueba, como instituto procesal, adquiere otra perspectiva.

Pero de eso, específicamente, ya se irá hablando en los capítulos correspondientes.

## IV. SISTEMAS Y PRINCIPIOS PROBATORIOS

### 4.1. Introducción

Suele hablarse en nuestra materia de principios procesales.

Así, en innumerables ocasiones, el operador jurídico va a referirse al principio dispositivo, al de contradicción, al de congruencia, al de igualdad procesal o al de adquisición, entre muchos otros.

Pero, paralelamente, desde la doctrina se alzan voces que ya no hablan solo de principios, sino también —al lado de ellos— de sistemas.

En las reflexiones que siguen vamos a intentar delimitar los sistemas y los principios que rigen la materia probatoria.

---

(193) Taruffo refuta, con éxito desde nuestro punto de vista, los postulados de la concepción adversarial del proceso, demostrando que se apoyan, más que nada, en una concepción ideológica del proceso. Si el lector quisiera profundizar sobre el tema puede ver Taruffo, Michele, *Simply la verdad*, trad. Daniela Accatino Scaglioti, Marcial Pons, Barcelona, 2010, ps. 125 y ss.

## 4.2. Sistemas probatorios

Es imposible referirse al tema en nuestro medio sin traer a colación los conceptos de Falcón, quien —desde un enfoque multidisciplinario— es uno de los más claros expositores y defensores de la teoría de los sistemas en el proceso.

El autor nos da una buena pauta para diferenciar sistemas y principios.

Indica que los principios serían los axiomas jurídicos básicos sobre los que se asienta una comunidad cualquiera, pudiéndose diferenciar entre principios fundamentales y derivados.

Los primeros tienen una expresión solamente positiva y no admiten la formulación de su inverso<sup>(194)</sup>.

Al lado de estos aparecen otros “principios” que son derivaciones de la selección hecha por el legislador ante modelos de actuación particulares, es decir que se trata de las consecuencias o generalizaciones de un sistema procesal dado; estos llamados “principios” no son —para Falcón— tales: en realidad serían elaboraciones que indican la línea general de coherencia seguida por el legislador en un sistema dado.

De este modo, nos aclara, si se puede cambiar un modelo por otro sin contradicción nos encontramos en el campo de los sistemas, que son bifrontales (tienen, por lo menos dos opciones). En cambio, si el modelo que adoptamos no admite otro inverso sin entrar en colisión con los fundamentos mismos del sistema general de organización de un Estado, la sociedad o la lógica o la ciencia, nos encontraremos frente a verdaderos principios<sup>(195)</sup>.

Sin perjuicio de lo cual nos advierte que la división no es absoluta y que un sistema en un esquema histórico puede transformarse en un principio en otro momento y viceversa, según los intereses que tenga un Estado, la sociedad o cuáles sean los conocimientos científicos en un determinado momento<sup>(196)</sup>.

Pero no debe el lector creer que se trata de una tesis novedosa en nuestro ámbito.

Ya Alsina venía afirmando que, desde el punto de vista del modo de administrar justicia, existen varios sistemas, teniendo por tales los

---

(194) Falcón, Enrique M., *Tratado*, cit., t. I, ps. 210-211.

(195) *Ibídem*, p. 215.

(196) *Ibídem*, p. 218.

distintos modos de desenvolverse el proceso, examinado desde un punto de vista externo<sup>(197)</sup>.

Arazi también establece un distingo al señalar que los principios procesales son aquellas reglas mínimas a las que debe sujetarse un proceso judicial para ser debido proceso, de conformidad con las exigencias de nuestra Constitución Nacional. Luego, y siempre que se respeten los principios enunciados el legislador, puede imponer diferentes sistemas procesales<sup>(198)</sup>.

Gozáini, por su parte, nos habla de principios, reglas y garantías.

Los principios serían —para el autor— imperativos que guían el procedimiento de jueces y abogados, al tiempo que se pueden presentar también como garantías procesales.

Las reglas, mientras tanto, se referirían al sistema previsto para ordenar el debate dialéctico entre las partes; reglamentos previstos para el lugar, tiempo y forma de los actos procesales.

Finalmente aparecen las garantías: derechos constitucionales que siempre deben estar presentes para que se pueda litigar en el marco de un proceso debido.

Este sería el género mientras las reglas y los principios serían proyecciones que no pueden opacar la luz que aquel establece<sup>(199)</sup>.

Midón expone el tema con bastante claridad y lo contextualiza con la materia que analizamos en el presente trabajo.

Señala el autor que las directrices que gobiernan el derecho probatorio constituyen concreciones del pensamiento de las constituciones, más precisamente de las garantías aplicables al proceso.

Luego, admitida la garantía fundamental, el legislador no puede optar entre la afirmación positiva o negativa de aquella; de allí la diferencia entre estos principios y los llamados sistemas procesales<sup>(200)</sup>.

---

(197) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a ed., Ediar, Buenos Aires, 1963, t. I, ps. 98-99.

(198) Arazi, Roland, *La prueba en el proceso civil*, 2a ed. actualizada y aumentada, La Rocca, Buenos Aires, 1998, ps. 33-34.

(199) Gozáini, Osvaldo A., "El principio de congruencia frente al principio dispositivo", LL 2007-C-1308.

(200) Midón, Marcelo S., *Derecho probatorio. Parte general*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007, p. 56.

En pocas palabras Fairén Guillén sintetiza el tema al decir que la forma del proceso es el procedimiento, de tal modo que no cabe un proceso sin él y, a su vez, cada tipo de procedimiento se rige por un *sistema* (con excepciones a favor del otro)<sup>(201)</sup>.

Así expuesta la cuestión, debemos ahora señalar que el distingo entre sistemas y principios es para nosotros plausible pues permite una mejor aprehensión del fenómeno probatorio, y, fundamentalmente, porque resulta útil para explicar las razones en virtud de las cuales la adopción de un determinado esquema procesal reconoce, en algunos casos, excepciones a favor del opuesto (*sistemas*) mientras que, frente a determinados fenómenos, no es viable la formulación de un opuesto (*principios*).

Falcón nos habla, como sistemas probatorios, de los siguientes: a) sistema por audiencia *versus* sistemas escritos y orales tradicionales de vista de causa; b) sistema de declaración *versus* sistema de documentación; c) sistema de preclusión *versus* sistema de unidad de vista; d) sistema de concentración *versus* el sistema de diversidad; e) sistema de continuidad *versus* sistema discontinuo; f) sistema de intermediación *versus* sistema de delegación; y g) sistema dispositivo, inquisitivo o mixto<sup>(202)</sup>.

De esta enumeración, que no podemos menos que compartir, creemos que, en materia probatoria, es menester poner énfasis en alguno de estos sistemas.

Fundamentalmente vamos a referirnos, por su relevancia en la materia probatoria, al distingo entre sistemas de intermediación y de delegación y, muy especialmente, entre el dispositivo, inquisitivo y mixto.

Además, a la clasificación que efectúa Falcón añadiremos un tópico de fundamental relevancia en la materia: los sistemas de valoración probatoria.

Aclaremos al lector que, por razones prácticas y de extensión, vamos a limitarnos a describir el funcionamiento y notas más relevantes de cada uno de estos sistemas sin entrar a enjuiciarlos valorativamente.

Queremos explicitar, aquí, lo que los sistemas procesales son, no lo que deberían ser.

---

(201) Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 274.

(202) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 230 y ss.



#### 4.2.1. Sistema dispositivo o inquisitivo

Aquí Alsina nos habla de dos tipos fundamentales de procedimiento que responden a dos concepciones distintas del proceso según la posición que en él se asigne al juez y a las partes.

El sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del procedimiento.

Por el contrario, en el sistema inquisitivo, el juez debe investigar, sin otra limitación que la impuesta por la ley, la verdad material con prescindencia de la actividad de las partes.

Confortando ambos —dice el autor— se advierte que en el dispositivo no solo corresponde a las partes el ejercicio de la acción, sino que ellas fijan la cuestión litigiosa, establecen los hechos que determinan su posición respectiva frente a ella y utilizan los medios de prueba que estiman más ventajosos, dentro de los permitidos por la ley, para el éxito de sus pretensiones. Por consiguiente, el juez desempeña un papel pasivo y se mantiene a la expectativa para atribuir en su fallo la victoria a quien mejor hubiera defendido su derecho. En cambio, en el inquisitivo el juez se desempeña activamente, averigua los hechos, trata de descubrir, frente a la verdad formal que le presentan las partes, la verdad real que le permita dictar una sentencia justa.

Aunque, advierte también, no son sistemas absolutos, porque no hay procesos puramente dispositivos o inquisitivos<sup>(203)</sup>.

En referencia a nuestro proceso, señala Arazi que en su aspecto probatorio predomina el sistema dispositivo, aunque no es aceptado en puridad, ya que en general los jueces tienen poderes-deberes que las leyes les otorgan para esclarecer los hechos y, además, facultades que limitan el poder de disposición de las partes<sup>(204)</sup>.

Incluso la doctrina local ha llegado a opinar que, en tanto nuestra Constitución Nacional fue forjada bajo una concepción netamente liberal y el derecho procesal debe seguir los lineamientos de la ley suprema, y dado que el individuo requiere la tutela jurisdiccional y por ser este un interés disponible, el sistema dispositivo resulta el único apropiado<sup>(205)</sup>.

Pero dentro de lo dispositivo es interesante, para nosotros, efectuar una distinción.

---

(203) Alsina, Hugo, *Tratado teórico...*, cit., t. I, ps. 101-102.

(204) Arazi, Roland, *La prueba...*, cit., ps. 35-36.

(205) Calvino, Gustavo, "Derecho procesal y seguridad jurídica", LL 2006-A-1020.

Fairén Guillén nos habla de un principio (*nosotros leemos sistema*) dispositivo extraprocesal (entablar o no un proceso) y de un principio dispositivo intraprocesal (de un proceso dominado por las partes)<sup>(206)</sup>.

Devis Echandía también alude a dos aspectos diferenciados: el primero de ellos mira a la necesidad de la demanda para la iniciación del proceso, lo mismo que a la obligación del juez de limitar su decisión a las peticiones del actor o principio de congruencia y mira también al derecho de las partes para disponer del proceso, al que pone fin por desistimiento o transacción; el segundo se refiere a los poderes exclusivos de las partes sobre el elemento probatorio del proceso<sup>(207)</sup>.

En varios casos, la jurisprudencia ha utilizado el concepto de *sistema dispositivo*<sup>(208)</sup>.

¿Cómo juega este dispositivismo en las leyes procesales?

Veamos algún ejemplo.

En el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación vemos que la agregación de la prueba documental y el ofrecimiento de la prueba quedan a cargo de las partes (arts. 333, 334, 350 y 365); los hechos articulados por las partes son los que delimitan el objeto probatorio (arts. 364 y 365); se coloca sobre cada parte la carga de acreditar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción (art. 377); sobre los litigantes pesa el deber de gestionar el libramiento de los oficios y exhortos, retirarlos para su diligenciamiento y hacer saber, cuando correspondiere, en qué juzgado y secretaría ha quedado radicado (art. 383); a los interesados en las

---

(206) Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina general...*, cit., p. 388.

(207) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 3a ed., Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974, t. I, p. 79.

(208) CNFed. Cont. Adm., sala 4a, 25/2/1997, "Sideco Americana SA c. Dirección Nac. de Vialidad", LL 1997-D-717; C. Civ. y Com. Córdoba, 2a, 27/10/1997, "Banco del Suquía SA c. Fassi, Jorge A. y otros", LL 1997-D-717; C. Civ. y Com. Córdoba, 6a, 7/4/1998, "Callegher, Jorge A. y otros", LL 1998-E-784; CNCiv., sala M, 13/10/1998, "S. de E. L. L. y otro c. T., L. C.", LL 1999-F-137; CNCiv., sala B, 24/3/2000, "P., S. V. c. C. F., A. J.", LL 2000-D-857; CNCiv., sala L, 11/6/2004, "Rousseau, Roberto A. c. Gelsomino, Domingo y otro", DJ 2004-2-903; Sup. Corte Bs. As., 13/12/2006, "Michat, Horacio E. c. Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires s/expropiación inversa y daños y perjuicios" y 11/6/2008, "Rosiere, Ricardo E. c. Agronomía Médica de Magdalena s/reclamo contra actos particulares", JUBA, sumario B28747; Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, 21/3/2006, "Coria, José B. c. Yunes, Aldo y otros s/disolución de sociedad de hecho s/casación civil"; CNCiv., sala J, 30/5/2011, "Acevedo, Eresmilda M. c. Consorcio de Propietarios de la Calle Junín 136 —Lomas de Zamora— y otro".

medidas de prueba incumbe urgir para que sean diligenciadas oportunamente (art. 384).

Aquí juegan las normas base del sistema, pero también —en cuanto a su atenuación— las del art. 36, inc. 4º, que consagra el deber (*antes facultad*) de ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos; sin que sean desdeñables las posibilidades de disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa (art. 452); las amplias facultades frente al dictamen pericial (art. 473); la posibilidad de requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización (art. 476) o la de disponer el reconocimiento judicial de oficio (art. 479).

En los códigos procesales provinciales el sistema se estructura, en lo que al punto interesa, de manera análoga, aunque algunos ordenamientos locales presentan sus particularidades propias.

Veamos, ahora, algunas derivaciones de la opción por este sistema.

La formulación de un principio dispositivo vendría directamente vinculada con el sistema del mismo nombre; ello no sin advertir al lector que este principio sería uno de los “derivados” de los que nos habla Falcón, que admitiría la formulación de su opuesto (el inquisitivo) pues, al menos para nosotros, no es acertada la postulación doctrinaria que antes traíamos a colación en el sentido de que nuestra Constitución Nacional solo toleraría un sistema dispositivo desde que, más allá de la filosofía que pudiera imperar en ella, nada dice concretamente en tal sentido y, lo principal, es que esta tesis aparece inconciliable con todo lo que hemos dicho ya en cuanto a la búsqueda en el proceso de la verdad jurídica objetiva, que no tendría ningún sentido si se encorsetara demasiado la actuación del magistrado.

En términos generales, llámase principio dispositivo a aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto al estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez<sup>(209)</sup>.

---

(209) Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 253.

La jurisprudencia señala —en lo que aquí interesa— que la consagración de este principio importa confiar a la actividad particular de los litigantes tanto el estímulo de la función jurisdiccional y la afirmación de los antecedentes de hecho, como también la aportación de los materiales de prueba sobre los cuales, en definitiva, ha de recaer la decisión jurisdiccional<sup>(210)</sup>.

Reiteradamente se viene señalando que en virtud del principio positivo cada litigante tiene el deber de probar los presupuestos por él invocados como fundamentos de sus defensas o excepciones<sup>(211)</sup>: la incorporación de los elementos que le permitan al juez formar su convicción pesará sobre la parte interesada<sup>(212)</sup>.

En tal contexto, la formación del material de conocimiento en el proceso constituye una carga para las partes y condiciona la actuación del juez (*secundum allegata et probata*)<sup>(213)</sup>.

La jurisprudencia bonaerense ha llegado a una formulación bastante estricta al sostener que el juez se ha de atener exclusivamente a la actividad desplegada por las partes sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a promover el proceso ni a establecer la verdad valiéndose de hechos o pruebas no afirmados o propuestos por las partes<sup>(214)</sup>.

En definitiva: correspondería a las partes fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica que se reclama, al tiempo que queda a cargo de ellas, con exclusividad, la aportación de los hechos y de las pruebas<sup>(215)</sup> sobre los cuales, en definitiva, ha de recaer la decisión jurisdiccional.

---

(210) C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2a, 19/2/1998, “Banco de Galicia y Bs. As. c. Gagliardi, Zunilda B. y otro s/ ejecución”, JUBA, sumario B1402336; C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 24/8/2000, “Rensa, Juan M. y ot. c. El Molino SA y ot. s/ desalojo”, JUBA, sumario B353052.

(211) CNCiv., sala D, 30/9/1982, “J. de R., M. c. R., J.A.”, LL 1984-B-294; CNCom., sala A, 10/6/1998, “Bocalandro, Norberto H. c. Villa Muhueta SA y otros”, LL 1998-F-183; “Advanced Technology Systems SA c. Banco Bisel SA”, LL 1998-F-483 y 8/4/2002, “Abadie, Ana M. c. Indev. SA y otro”, LL 2002-C-385.

(212) Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, 26/5/1999, “Nil-Ar SA c. Fernández, Ma. Cristina s/ cobro de pesos - casación”, y 30/6/2000, “Gallo, Marcelo y otra c. Gorosito Abutt, Elena del V. s/ cobro de pesos - daños y perjuicios - casación”.

(213) Sup. Trib. Just. Chubut, 8/11/2000, “Riveros, Rubén R. c. Provincia del Chubut”.

(214) C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1a, 24/11/2003, “Massara, María c. La Vecinal de La Matanza SACI de Microómnibus y otros s/ daños y perjuicios”.

(215) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 22/8/2000, “Romero, Julio c. Martínez, Laura y otros s/ reivindicación”, JUBA, sumario B 253808.

Otra de las virtualidades del principio es la delimitación del objeto de la prueba.

Este quedará, por lo común, restringido a los hechos controvertidos —conducentes para la solución del litigio— afirmados por los litigantes en la etapa constitutiva de la litis<sup>(216)</sup> y si la prueba excede los términos en los que está trabada la litis, su valoración por el tribunal será indiferente para la solución del pleito<sup>(217)</sup>.

De este modo, dicen también nuestros tribunales, el principio dispositivo restringe el objeto de la prueba a las afirmaciones de los litigantes y excluyen de él los hechos que no han sido alegados, cuya existencia está vedado al juzgador investigar<sup>(218)</sup>.

En resumen de las virtualidades del principio se dice que su aplicación a la prueba en el procedimiento civil se traduce en dos aspectos: 1) Cada parte tiene la carga de probar los hechos que sirven de sustento a la norma cuya actuación pide en el proceso y 2) la prueba en el proceso no significa averiguación de la verdad sino demostración o confirmación de las proposiciones efectuadas por las partes<sup>(219)</sup>.

Y este principio dispositivo sigue vigente, según los precedentes tribunales, pese a la amplitud de las facultades instructorias acordadas a los jueces<sup>(220)</sup>, que solo implican una atenuación de aquel<sup>(221)</sup>.

Del principio dispositivo la doctrina colige otro: *el de autorresponsabilidad de las partes por su inactividad*.

Se dice al respecto que ninguno de los litigantes tiene el “deber” de probar (ya que ni la contraparte ni el juez ni nadie tienen el correlativo

---

(216) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 14/4/2005, “Schiavina, María c. García, Ramón s/escrituración”.

(217) CNCom., sala A, 19/11/1991, “Banco Juncal Coop. Ltda. en liq. por Banco Central c. Schiave, Raúl E.”, DJ 1993-1-954.

(218) CNCiv., sala E, 2/8/1984, “P., M. c. V., F. M.”, LL 1985-A-304.

(219) C. Civ. y Com. Corrientes, nro. 1, 30/4/1997, “Encinas, María del Carmen c. Zamaniego, Walter O.”, LLL 1997-200.

(220) Sup. Trib. Just. Chubut, 10/2/1997, “Leda Films SA c. Provincia del Chubut” y 14/3/1997, “Sideco Americana SACIIF c. Provincia del Chubut”.

(221) CNCiv., sala F, 5/3/1980, “Caloni, Carlos”, LL 1980-C-363; CNFed. Civ. y Com., sala 2a, 2/4/1982, “Radio El Mundo, Emisora Radial LRI c. Percivale, Carlos A. y otros”, LL 1982-D-270.

derecho de exigirle que pruebe) pero si no lo hiciera deberá soportar las consecuencias de su conducta<sup>(222)</sup>.

Desde el foro se resalta la fundamental importancia de la actividad de las partes para la suerte de sus pretensiones y defensas<sup>(223)</sup>.

Así, se ha dicho que el principio dispositivo impone a los litigantes el deber de acreditar los presupuestos que invocan como fundamento de sus pretensiones<sup>(224)</sup>.

En esta misma línea de pensamiento, se ha sostenido que a los litigantes corresponde el impulso de la actividad probatoria y el aporte de los elementos para que el juez pueda crear su convicción acerca de los hechos sometidos a su decisión<sup>(225)</sup>, de su actividad depende que sus pretensiones sean admitidas o rechazadas<sup>(226)</sup>.

A todo lo dicho se agrega un postulado incontrastable: si bien el juez tiene, innegablemente, la calidad de protagonista de la actividad probatoria, muy pocas veces conoce la realidad como las partes<sup>(227)</sup>.

Sustentarán los tribunales que quien recurre a la tutela jurisdiccional sabe de antemano que debe suministrar la prueba que otorgue verosimilitud a los hechos que invoca como fundamento de su pretensión y si no lo hace sabe también que se expone a un pronunciamiento desfavorable<sup>(228)</sup>.

La responsabilidad de probar, de este modo, no constituye una obligación para las partes, pues el que no prueba no es pasible de sanción alguna; se trata de una carga procesal; de allí que quien omite probar

---

(222) Acosta, José V., *Visión jurisprudencial de la prueba civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 36.

(223) Sup. Corte Bs. As., 15/12/1999, "Castro, Santiago c. Torbidoni, Oscar y otros s/daños y perjuicios".

(224) Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 13/5/2013, "González Damián Antonio y ots. c. Cortez Villarreal, Roque Luciano s/d. y p.", LL Online AR/JUR/17684/2013.

(225) CNCom., sala B, 30/8/1999, "Nuevo Computo SA c. López, Víctor J. s/sum."

(226) Sup. Trib. Just. Chubut, 5/3/1996, "Petroquímica CR SA c. Provincia del Chubut".

(227) Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 16a ed. ampliada y actualizada, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2007, p. 5.

(228) C. Civ. y Com. Trenque Lauquen, 23/8/1988, "Mobilia de Hernández, Adelia D. c. Mobilia, Luis H. s/desalojo", JUBA, sumario B2201666.

simplemente corre el riesgo de no formar convicción en el juez sobre la existencia de los hechos afirmados<sup>(229)</sup>.

Se dice, entonces, que el incumplimiento de la carga probatoria impone al sujeto obligado el deber de soportar las consecuencias desvaliosas de esta omisión<sup>(230)</sup> y ello al margen de las limitadas facultades probatorias que se reconocen al juez, que no excluyen el riesgo que representa la no aducción oportuna de las pruebas de los hechos que sustentan sus pretensiones o excepciones<sup>(231)</sup>.

Ahora, meditemos sobre sus reformulaciones.

Esta pretensión de que las partes actúen monopólicamente sobre la prueba es, a juicio de la doctrina, una manifestación del recelo que despertaba, y despierta, todo aquello que puede redundar en un incremento de facultades para el sentenciante<sup>(232)</sup>.

De hecho, se pregona, reformulando los principios procesales a la luz de los valores del proceso civil actual, un relajamiento del principio dispositivo para permitir el conocimiento de la verdad material y evitar el dictado de sentencias sobre la base de abstracciones teóricas ajenas a la realidad, adoptando las medidas instructorias del caso, siempre con la limitación de no afectar el derecho de defensa en juicio de alguno de los litigantes<sup>(233)</sup>.

Advierten nuestros tribunales que si bien la vigencia estricta del principio dispositivo requiere que se confíe exclusivamente a la iniciativa de las partes la posibilidad de aportar la prueba necesaria para acreditar la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, la mayor parte de las leyes procesales, inclusive las más firmemente adheridas a dicho principio, admiten que el material probatorio incorporado al proceso por aquellas sea complementado o integrado por propia iniciativa del órgano judicial<sup>(234)</sup>.

---

(229) C. Civ. y Com. Común Concepción, 31/8/2000, "Mansilla de Romero, Nélida V. y o. c. Mansilla, José E. s/acción posesoria de recobrar la posesión".

(230) Corte Sup. Just. Tucumán, sala Civ. y Penal, 22/8/2005, "Sucesión de Barquet, Gaspar I. s/prescripción adquisitiva".

(231) Sup. Trib. Just. Chubut, 8/11/2000, "Riveros, Rubén R. c. Provincia del Chubut".

(232) Peyrano, Jorge W., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 62.

(233) De los Santos, Mabel, "Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales", JA 2000-I-752.

(234) CNCiv., sala C, 9/4/1992, "Nasep, Carlos A. c. Rolandelli, Oscar A."



Incluso se podría observar un retroceso más fuerte del dispositivo, en algunos supuestos puntuales (como, por ejemplo, los casos protagonizados por personas en situación de vulnerabilidad) a partir de lo resuelto por la CIDH en “Furlan”<sup>(235)</sup>.

Y, por si ello fuera poco, el dispositivo también ha encontrado alguna reformulación a través de diversas normas del Cód. Civ. y Com., lo que se ha ocupado de detallar la doctrina especializada, en meduloso estudio<sup>(236)</sup>.

Así, por ejemplo, cuando se trata de procesos de familia, donde rige el art. 709 del Cód. Civ. y Com. (principio de oficiosidad), habiéndose señalado —por ejemplo— que, tratándose de niños, no tendrán lugar los vicios de *extra petita* ni de *ultra petita*, es que al estar en escena intereses conectados con el orden público, es posible liberarse de la rigidez de la *causa petendi*<sup>(237)</sup>.

Por razones de orden expositivo nos detendremos aquí, no sin avisar que cuando abordemos el tema de la prueba de oficio —especialmente lo atinente al tecnoactivismo y también lo atinente a la prueba en los procedimientos familiares— volveremos sobre el particular.

#### 4.2.2. *Sistemas de intermediación y delegación*

La doctrina suele referirse a la intermediación como un principio procesal<sup>(238)</sup> e incluso lo considera el más importante de ellos<sup>(239)</sup>.

Se lo conceptualiza como aquel que exige el contacto directo y personal del juez con las partes y con todo el material del proceso, incluido cualquier medio indirecto de conocimiento judicial<sup>(240)</sup>.

---

(235) Al respecto puede verse Sagüés, Néstor P., “El debido proceso y el repliegue del principio dispositivo”, SJA 20/2/2013, 31; JA 2013-I.

(236) Camps, Carlos E., “El principio dispositivo y el Código Civil y Comercial de la Nación”, SJA 1/2/2017, 39; JA 2017-I.

(237) Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II, 11/6/2020, “Z., C. A. - L., I. R. M. - homologación de convenio s/incidente de aumento de cuota alimentaria”, LL Online AR/JUR/28571/2020.

(238) Eisner, Isidoro, *La intermediación en el proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 33.

(239) Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, 2a ed. reelaborada y ampliada, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, t. I, p. 586.

(240) Bacre, Aldo, *Teoría general del proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, t. I, p. 444.

Eisner lo ha definido como el principio en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso y reciba directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias; a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, ya que es quien a su término ha de pronunciar la sentencia que la resuelva<sup>(241)</sup>.

En el tema que analizamos implica la actuación directa del juzgador en la recepción del material probatorio sin valerse de intermediarios que puedan alejar o desfigurar la impresión personal que aquel debe recibir en cada caso<sup>(242)</sup>.

En lo que hace a los medios de prueba implicaría: a) que el reconocimiento judicial debe llevarlo a cabo personalmente el juez o el tribunal, que deberán apreciar en forma directa y *de visu* sus circunstancias y accidentes, evitando la delegación y de acompañar a los peritos que se designen para la realización de la diligencia; b) que los documentos se presenten en sus originales o copia legalizada si se tratara de instrumentos públicos, a fin de que el decisor aprecie directamente su texto, redacción, tipo de escritura, papel, tinta, modo de impresión utilizado, espacios blancos, dobleces, firmas, signos, vetustez y tantas otras circunstancias que influyen sobre la estimación de su autenticidad material y conceptual o que denotan las circunstancias particulares de su expedición; c) que la confesional y testimonial sea recibida personalmente por el magistrado; d) que el juez esté en condiciones de interrogar personalmente al experto en presencia de las partes a fin de lograr la debida aclaración de sus dudas; la explicación de afirmaciones técnicas o sintéticas; la armonización de conclusiones antagónicas o aparentemente tales y la satisfacción de todas las inquietudes que el caso suscite.

Además, como corolario de ello, el juez debería ser el mismo durante todo el proceso, y el que asiste a la recepción de las pruebas ha de ser el que pronuncie la sentencia<sup>(243)</sup>, a lo que se suma —ya como recaudo de eficacia— que apenas producida la sustanciación de las pruebas, sin dar margen de demora o postergación alguna, debe exigirse que se formulen los alegatos de las partes ante el tribunal, y a su vez, apenas ocurrida la discusión de la causa, clausurado el debate, debe dictarse el fallo correspondiente, pues el beneficio obtenido por la intervención directa

---

(241) Eisner, Isidoro, *La intermediación...*, cit., p. 33.

(242) Eisner, Isidoro, *Planteos procesales. Ensayos y notas sobre el proceso civil*, La Ley, Buenos Aires, 1984, p. 63.

(243) Eisner, Isidoro, *La intermediación...*, cit., ps. 91-93.

y personal de los miembros del tribunal se debilitaría gradualmente si se admitiera que los alegatos se postergaran, o si luego de terminada la discusión aquel dejara trascurrir largo tiempo sin pronunciar la sentencia, que debe reflejar lo más fielmente posible el conocimiento y las impresiones adquiridas por los jueces durante la recepción de las pruebas<sup>(244)</sup>.

Vemos así que este principio va indisolublemente unido a aquellos sistemas en los que prima la oralidad<sup>(245)</sup> y se complementa, a decir de la doctrina, con el de la dirección del juez en la producción de la prueba, respecto de lo cual se señala que el juez no debe permanecer inactivo ni debe hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las peticiones por las partes y para ordenar oficiosamente otras, y así puede afirmarse —solo así— que el juez es el director del debate probatorio<sup>(246)</sup>.

Por nuestra parte pensamos que, en la concepción que antes explicitáramos, nos hallamos realmente ante un sistema: *es posible adoptar el de inmediación, pero también, el de delegación; o utilizar uno de ellos adosándole elementos del otro*.

Hablamos de sistema y no de principio, en tanto, la dosis de inmediación (o delegación) obedece a la opción del legislador por determinada estructura que, se comparta o no, lejos queda de colisionar con los fundamentos mismos de la organización estatal, la sociedad, la lógica o la ciencia procesal.

Con todo, si se lo conceptualiza como *principio*, se han visto en él otras aplicaciones.

Goldschmidt hablaba de un sentido material del principio (paralelamente al formal que es el antes analizado) que determina al juez qué medios probatorios ha de utilizar, y se refiere a la relación de los medios de prueba con la cuestión a probar, aunque afirma que es altamente controvertido que esta faceta del principio fuera reconocida en el derecho vigente<sup>(247)</sup>.

Este aspecto, según Eisner, tendría en cuenta la mayor o menor distancia que separa al juez de los hechos a probar, respecto de lo cual se

---

(244) *Ibíd.*, ps. 91-93 y 99.

(245) Sobre el tema puede verse un trabajo de excelencia: Carrasco, Yamila, “Valoración de la prueba, motivación y revisión de sentencias. Otros ‘modos de ver’ la oralidad y la inmediación en el proceso civil”, LLC 2015 (mayo), 367.

(246) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 128.

(247) Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, trad. de la 2a ed. alemana por Leonardo Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, ps. 87 y 89.

aconseja excogitar siempre aquellos medios que aseguren un contacto más directo y personal, o sea más inmediato y, por lo tanto, más eficaz<sup>(248)</sup>.

Por nuestra parte, no vemos aquí tanto un aspecto del principio de inmediación sino más una regla de valoración probatoria, discutible —incluso— pues la mayor o menor cercanía e inmediatez con la fuente puede ser un elemento computable pero no dirimente para determinar su peso acreditativo: muchas veces, en la acreditación de hechos pretéritos, tendrá más peso la contemporaneidad de la impresión del dato en la fuente que el contacto directo y personal del juez con el material.

Ahora, y ya cerrando, es tiempo de señalar que toda esta cuestión de la inmediación cobrará otras perspectivas cuando entren en juego las TIC; la inmediación adquirirá una nueva fisonomía y aparecerán diversas posibilidades, antes impensadas.

Una *inmediación digital*, podríamos decir<sup>(249)</sup>.

Y aquí deberemos pensar si la inmediación es, o no, tal cuando el contacto no es ya directo (en el sentido espacial del término) sino derivado de la utilización de alguna tecnología.

Serán tópicos que posteriormente se irán analizando, a lo largo de los capítulos que siguen.

Lo que estamos exponiendo en este punto es, únicamente, un basamento preliminar y, por ello, aquí lo dejamos,

#### 4.2.3. *Sistemas de valoración de la prueba*

Colectado el material probatorio a lo largo del proceso se llega a una nueva etapa: la valoración de la prueba por parte del juzgador.

En materia de ponderación probatoria existen, al decir de la doctrina, dos sistemas indiscutidos como posibles: *pruebas legales* o *sana crítica*.

---

(248) Eisner, Isidoro, *La inmediación...*, cit., p. 98.

(249) Al respecto puede verse Gil, Gabriela F., “La comunicación digital en tiempos del Covid-19. Audiencias virtuales y el principio de inmediación digital”, *Temas de Derecho Procesal*, Erreijs, mayo 2020, cita digital: IUSDC3287431A; Vaninetti, Hugo A., “La videograbación de las audiencias de vista de causa. Su importancia. La inmediación atenuada y limitada”, *LLBA* 2019 (mayo), 5; Favarotto, Ricardo S., “¿Es el principio de inmediación la ‘variable de ajuste’ en los juicios telemáticos?”, *DPyC* 2020 (octubre), 98.

Por el primero el juez aprecia la prueba libremente; por el segundo el juez solo puede tener por probado un hecho cuando se han llenado los extremos fijados de antemano por el legislador<sup>(250)</sup>.

Chiovenda señala que en la prueba legal el momento probatorio se presenta a la consideración del legislador más bien que a la del juez; el legislador, a partir de consideraciones de normalidad general, fija abstractamente el modo de recoger determinados elementos de decisión, y así sustrae esta operación lógica a las que realiza el juez para formar su convicción<sup>(251)</sup>.

Además, hay quienes hablan de un tercero, respecto del cual no existe acuerdo acerca de si constituye un modo autónomo de apreciar la prueba o si equivale al de la sana crítica: es el de las libres convicciones<sup>(252)</sup>.

En este último tópico, vemos que parte de la doctrina sostiene que en el sistema de las libres convicciones el modo de valoración de las pruebas por el juez sería totalmente discrecional para este, en tanto que no está sometido a ningún tipo de reparos<sup>(253)</sup>.

Mientras tanto, otros autores señalan que en realidad no existen diferencias entre la sana crítica y la libre convicción, pues solo existen dos formas de apreciar la prueba: fija el valor el legislador o lo establece libremente el juez<sup>(254)</sup>.

Devis Echandía, por su parte, reflexiona que o bien las pruebas se aprecian por el juez libremente o bien lo hace o con sujeción a reglas legales previas, no habiendo sistema intermedio o mixto, sino atenuaciones a la tarifa legal.

En tal sentido señala que cuando la ley impone reglas de valoración para ciertas pruebas y deja al juez el determinar la fuerza de convicción de otras o le permite calificar su contenido para rechazarlas a pesar de

---

(250) Acosta, José V., *Visión jurisprudencial...*, cit., t. I, p. 123.

(251) Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de la 3a ed. italiana por José Casais y Santaló, Reus, Madrid, 1922, t. II, p. 282.

(252) Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y concordado*, 4a ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. III, p. 425.

(253) Eisner, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, 2a ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 101.

(254) De los Santos, Mabel, "El juez frente a la prueba", en Morello, Augusto M. (coord.), *La prueba. Libro homenaje al profesor Santiago Sentís Melendo*, Librería Editora Platense, La Plata, 1996, p. 240.

que formalmente reúnan los requisitos para su obligatoriedad existen atenuaciones al sistema de tarifa legal y no un sistema mixto<sup>(255)</sup>.

En nuestros sistemas procesales, existe una norma genérica que hace a la valoración de la prueba, la que —a su vez— se irá complementando con las específicas de cada medio.

Así, establece el art. 386, Cód. Proc. Civ. y Com., que, salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

De este modo, lo primero que debemos tener en cuenta es que, en nuestro ordenamiento adjetivo, conviven ambos sistemas, pues si bien se puede sostener que el Código Procesal se enrola en el método de la sana crítica también es dable concluir que la frase “salvo disposición legal en contrario” nos introduce en sistema de la prueba tasada<sup>(256)</sup>.

Así, veremos que —respecto de algunas pruebas— viene fijado legalmente su valor (arts. 423 a 425, Cód. Proc. Civ. y Com., y análogos provinciales).

Además, en nuestro ordenamiento jurídico encontraremos algunos supuestos de prueba tasada que ya iremos analizando con mayor amplitud.

Esto, lo vamos adelantando, cobrará importancia en materia de prueba electrónica, y más específicamente de documento electrónico, donde —como ya lo veremos— convivirán reglas de apreciación más elásticas (como la del art. 319 del Cód. Civ. y Com.) con algunas otras directrices que indican, más rígidamente, como ha de procederse frente a ciertas situaciones (arts. 7º a 9º, ley 25.506).

#### 4.3. Principios probatorios

No es este el momento ni el lugar para adentrarnos en un estudio profundo de los principios procesales; pero sí necesitamos, para cimentar nuestro razonamiento en el punto, dejar sentadas algunas —*muy breves*— pautas liminares acerca de su concepto y finalidad.

Haremos nuestras, en tal sentido, las palabras de Podetti cuando, para aproximarse a la noción de principios procesales, afirmaba que ellos constituyen algo así como la columna vertebral de las instituciones

(255) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, ps. 86 y 95.

(256) Rojas, Jorge A., “Valoración de la prueba ¿coexistencia de sistemas?”, *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1 (Prueba I), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 240.

procesales, al tiempo que los definía como las directivas o líneas matices dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones del proceso<sup>(257)</sup>.

Explica Couture que la primera tarea que se le presenta al legislador procesal no es la de redactar el Código sino la de planear principios que —desenvolviendo los grandes mandatos constitucionales— han de regirlo y que luego, al estructurar la ley procesal, deberá referirse a aquellos principios ya elegidos, de los que no puede desentenderse<sup>(258)</sup>.

De este modo, cada código procesal se definirá por las directivas u orientaciones fundamentales que lo tipifican, las que cobran vida y concreción a través de los principios procesales<sup>(259)</sup>.

Como dice, en postura que compartimos, Falcón: los principios no derivan de la legislación, sino que la fundan y son una *fuerza de derecho*<sup>(260)</sup>.

Su utilidad radicaré, entonces, en permitirnos una arquitectura más orgánica del derecho y facilitar no solo su exposición sino también el manejo de las normas pertinentes, posibilitándonos alcanzar nuevas soluciones no previstas<sup>(261)</sup>.

Es por ello que, mediante los principios, el juez dará solución al caso no previsto, en seguimiento de la orientación que el legislador adoptó<sup>(262)</sup>.

E incluso los principios tienen una misión correctora frente a interpretaciones exegéticas que no tienen en cuenta el contexto en el cual se encuentra la norma oscura o ambigua<sup>(263)</sup>.

De este modo, la explicitación de determinados principios propios del derecho probatorio será un recurso de innegable utilidad en un estudio como el presente, de corte netamente pragmático.

---

(257) Podetti, Ramiro J., *Tratado de la competencia*, 2a ed. actualizada, Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 74.

(258) Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. III, p. 50.

(259) Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto O., *Códigos procesales...*, cit., t. I, p. 568.

(260) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, p. 210.

(261) Bacre, Aldo, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 409.

(262) Eisner, Isidoro, *La prueba...*, cit., p. 120.

(263) Peyrano, Jorge W., *El proceso civil...*, cit., p. 8.



Es que, dadas las infinitas situaciones que podrían presentarse, sería imposible cubrir todo el espectro de posibilidades a las que tuviera que enfrentarse el operador jurídico.

Por ello, es que hemos decidido encabezar este trabajo con un análisis de los principios que, para nosotros, informan el *derecho probatorio* (algunos de ellos, aplicaciones específicas de los principios procesales generales; otros propios del tópico en estudio), los que vendrán en nuestro auxilio en el momento en que se deba interpretar las normas procesales vigentes o buscar soluciones ante la inexistencia de directivas legales expresas.

Esto será fundamental frente a cuestiones novedosas, complejas o escasamente reguladas, que es lo que sucede —la mayoría de las veces— con los problemas que presenta la prueba electrónica.

Así, no será infrecuente que alguna situación que se presente en este ámbito deba ser resuelta acudiendo, o abrevando, en los principios probatorios clásicos, reformulados o adaptados a la litigación actual.

Para cerrar, aclaramos que estas líneas no pretenden —bajo ningún punto de vista— erigirse en enumeración taxativa de aquellos; ello sería —como bien enseñaba Couture— imposible<sup>(264)</sup>.

Hemos intentado, solamente, explicitar los principios básicos sobre los que, a nuestro modo de ver, se apoya la estructura probatoria.

#### ***4.3.1. El principio de unidad de la prueba***

Este principio, que se relaciona con el sistema de la “sana crítica”, impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza no se obtiene con una evaluación aislada o fragmentaria de los elementos probatorios sino aprehendiéndolos en su totalidad<sup>(265)</sup>.

Nos explicaba Gorphe que el análisis de los elementos de prueba reclama una síntesis final que determina la convicción del juez; todo elemento de prueba tenderá a producir una creencia o una duda y, por lo tanto, no debe formarse una conclusión hasta después de haberlos valorado en su totalidad y pesado el valor de cada uno de ellos<sup>(266)</sup>.

---

(264) Couture, Eduardo J., *Fundamentos...*, cit., p. 182.

(265) Kielmanovich, Jorge L., “El favor probationes y demás principios sobre la prueba,” en Morello, Augusto M. (coord.). *La prueba...*, cit., p. 165.

(266) Gorphe, François, *La apreciación judicial de las pruebas*, trad. Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 63.

Los tribunales han receptado pacíficamente el principio del que venimos hablando.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires señala que la prueba debe ser valorada en su totalidad, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos, puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas deben ser arrimadas unas con las otras y todas entre sí; resultando censurables la descomposición de los elementos y su disgregación para considerarlos aislada y separadamente<sup>(267)</sup>.

Nuestros tribunales ponen énfasis en lo indispensable de la apreciación global toda vez que ella conduce a formar parte de un método crítico de conjunto, a la vez que general, propio de cada medio de prueba<sup>(268)</sup>.

Se dice, entonces, que entre los distintos elementos incorporados al expediente se produce una ligazón y una interdependencia de las cuales surge el convencimiento o persuasión del juzgador<sup>(269)</sup>.

De este modo, no corresponde utilizar la sana crítica a través de una aislación de elementos sino proceder por síntesis valorativa<sup>(270)</sup>.

Por ello, la función de los jueces al valorar la prueba consiste en deducir una convicción racionalmente fundada en un conjunto de elementos, evitando en su labor el artificio dialéctico de atribuir a cada pieza de convicción el no ser conclusiva por sí sola para negarse luego a ver lo armónicamente convictivo del conjunto<sup>(271)</sup>.

En idéntica postura argumental se señala que ni el juez ni las partes han de proceder a un desmenuzamiento atomístico de las pruebas que haga perder a estas su unidad sistemática; quienes siguen ese sistema,

---

(267) Sup. Corte Bs. As., 22/12/1987, "Rivero y Hornos, Miguel y otra c. Echaide, Norberto y otros s/daños y perjuicios", AyS 1987-V-355; DJBA 1988-135 a 138, 2/11/2011, "Clínica Privada Monte Grande c. Quetzal Esterilización SA s/cumplimiento de contrato" y 4/3/2015, "Olalla, Laura Beatriz c. 'Nuevo Ideal SA' y otro. Daños y perjuicios".

(268) C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 1a, 22/10/1996, "Kukin, Julio c. Leguizamón, Víctor O. y otros".

(269) C. Civ. y Com. Resistencia, sala 1a, 27/5/1997, "Roldán, David c. Rivero SA y/o Rivero PL Cirugía Ceupesa SA", LLL 1998-2-517.

(270) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 3/12/1992, "Sens, Roberto c. Godoy, Martires y ots. s/daños y perjuicios" y "Godoy, Martires y otra c. Bovari, Luis G. y otro s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B150918.

(271) CNCom., sala B, 15/2/1995, "Gregoret, Rubén F. c. Pescasur SA", LL 1996-C-381.

pesquistan contradicciones —que en la mayor parte de los supuestos no son más que maneras diversas de expresarse—, señalan párrafos aislados *ad unguem*, subrayan una expresión como si fuera la única a tener en cuenta y computan todos los elementos de convicción con un valor igual; con todo ello se desarma el edificio probatorio total, que no puede sino ser sistemático y orientado valorativamente<sup>(272)</sup>.

Al respecto se ha dicho que la sentencia que valora aisladamente algunas pruebas de la causa sin confrontarlas con todo el material probatorio, desatendiendo injustificadamente elementos decisivos para la solución del pleito, es descalificable como acto jurisdiccional válido, desde que desconoce el principio de unidad de la prueba e incumple con el deber de fundamentación que le está impuesto<sup>(273)</sup>.

La invocación de un aislado medio de prueba no es útil para invalidar un análisis en el que ha primado la consideración integral de los elementos colectados en la causa, ello, porque la valoración de las probanzas realizada de manera conjunta o integral, relacionando distintos elementos de juicio, constituye un método de razonamiento que aleja la posibilidad de incurrir en absurdo<sup>(274)</sup>.

Y, en razón de lo expuesto, no es dable que quien invoca las pruebas pretenda aprovechar de ellas lo que lo favorece y desechar lo que lo perjudica<sup>(275)</sup>.

En suma: el juzgador debe ponderar la totalidad de los medios probatorios arrojados a la causa y apreciarlos como un todo, en conjunto, sin que importe que su resultado sea adverso a quien los aportó<sup>(276)</sup>.

---

(272) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 27/4/1993, “Pinini de Pérez, Ma. del Carmen c. COPETRO SA s/daños y perjuicios”, JA 1993-III-368; 8/7/1993, “Rouco de Maidana, Claudia A. c. Clínica Priv. Santa Cecilia s/daños y perjuicios. Beneficio” y 23/5/1996, “Piechocki, Telésforo c. Canale, Rafael J. y ot. s/simulación”, JUBA, sumario B 150850.

(273) Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala laboral y contenciosoadministrativa, 17/8/2010, “González, José F. c. Costa, José F.”.

(274) Sup. Corte Bs. As., 30/9/2014, “Delía, Carolina Beatriz c. Salgado Creo, Carolina y otra. Despido”.

(275) CNCiv., sala H, 4/10/1996, “Cosentino, José M. c. Cohn de Harari, Noemí S.”, LL 1998-A-473; C. Civ. y Com. Dolores, 23/5/2003, “Escudero, Carlos c. Storker SA y otros s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B950690; C. Apels. Trelew, sala B, 11/5/2007, “A., G. R. c. C. SA s/cobro de pesos —laboral—”.

(276) CNCom., sala A, 17/5/2007, “Compañía Argentina de Seguros Anta SA - en liquidación c. Mediant SA y otro”.

Como aplicación particular del principio, vemos que en materia de prueba de confesión se ha dicho que conlleva riesgos tener por admitido o confesado un hecho a partir de una lectura excesivamente literal y estanca de cerradas respuestas a posiciones individuales, con olvido de que estas pueden cobrar su real y verdadero sentido en el lecho de todo el discurso confesorio que ofrece la declaración del absolvente, tomada como una unidad, en la que las distintas respuestas se enlazan entre sí para exteriorizar su significado<sup>(277)</sup>.

Asimismo, el principio que estamos comentando cobra especial importancia cuando se trata de prueba presuncional<sup>(278)</sup>.

La importancia del principio es tal que el más alto tribunal argentino, invariablemente, ha invalidado las sentencias que lo violenten, acudiendo a la figura de la arbitrariedad.

Así reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado sin efecto las sentencias en las que la interpretación de la prueba se limita a un análisis aislado de los diversos elementos de juicio obrantes en la causa, pero sin integrarlos ni armonizarlos debidamente, circunstancia que —según la Corte— lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios<sup>(279)</sup>.

Cuando ello acontece, se desplaza la doctrina que sustenta que en principio los jueces no están obligados a ponderar una por una y de modo exhaustivo todas las probanzas agregadas al expediente sino solo aquellas que estimen conducentes para fundamentar sus conclusiones<sup>(280)</sup>.

Y el déficit que venimos describiendo trasunta una actuación que, a decir de la Corte, no se ajusta a las reglas de la sana crítica, traduce un claro exceso ritual e incide en menoscabo de la verdad objetiva<sup>(281)</sup> frustrando el derecho de las partes a obtener una sentencia que sea derivación razonada del derecho vigente, con ajuste a las circunstancias

---

(277) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 5/5/1998, “Guastavino, Julio E. c. Fernández, Carlos A. y otro s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B201552.

(278) C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1a, 14/8/2012, “Maggi Marta Mónica c. Torrado de Maggi Beatriz s/simulación”, JUBA, sumario B2551700.

(279) CS, Fallos 310:1793; 319:301; 319:3022; 320: 2715; 322:1325 y 321:3423.

(280) CS, Fallos 326:2135.

(281) CS, Fallos 319:3468.

comprobadas en la causa<sup>(282)</sup> y redunda en un menoscabo de las garantías constitucionales<sup>(283)</sup>.

El fundamento de la sentencia dictada en tales condiciones sería, al decir del tribunal, solo aparente<sup>(284)</sup>.

En tales condiciones, y aunque los agravios remitan al examen de aspectos fácticos y probatorios, ajenos —como regla y por su naturaleza— a la instancia del art. 14, ley 48, la Corte abre la vía<sup>(285)</sup>.

Estos conceptos son aplicados por la Corte Suprema, por ejemplo, cuando se ponderan testimonios en forma fragmentaria y aisladamente, no correlacionándolos entre sí<sup>(286)</sup> o cuando falta una explicación convictiva acerca de los motivos de persuasión sobre la veracidad de algunos testimonios y el desmerecimiento de otros, así como la falta de ponderación del peritaje y demás elementos de prueba y la abstención de cotejarlos con aquellos<sup>(287)</sup> o cuando se desconoce el valor de pruebas indiciarias a antecedentes que, integrados en su conjunto, podrían ser decisivos para el resultado del pleito<sup>(288)</sup>.

#### 4.3.2. El principio de adquisición (o comunidad de la prueba)

Señala Palacio, con toda claridad, que, si bien las cargas de la afirmación y de la prueba se hallan distribuidas entre cada una de las partes, los resultados de la actividad que aquellas realizan en tal sentido se *adquieren* para el proceso en forma definitiva, revistiendo carácter común a todas las partes que en él intervienen<sup>(289)</sup>.

Esto se explica, a decir de Chiovenda, por el hecho de que nos hallamos ante *una relación única*<sup>(290)</sup>.

Es el principio de adquisición que tiene, a decir de Peyrano, dos funciones: *objetivadora*, que implica incorporar al proceso los resultados de ciertas actividades procedimentales poniendo entre paréntesis quién o quiénes han sido sus sujetos agentes, y *expropiadora*, en virtud de la cual

(282) CS, Fallos 315:802 y 327:5356.

(283) CS, Fallos 323:1989.

(284) CS, Fallos 319:97 y 326:2211.

(285) CS, Fallos 323:1989 y 327:5356.

(286) CS, Fallos 311:621.

(287) CS, Fallos 326:1741.

(288) CS, Fallos 323:3105.

(289) Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, cit., t. I, p. 283.

(290) Chiovenda, Giuseppe, *Principios...*, cit., t. II, p. 205.

se concede al proceso la potencialidad de apropiarse de determinadas actividades procesales en tanto, como consecuencia de ello, quienes las han desplegado pierden, en principio, su dominio<sup>(291)</sup>.

Con tal virtualidad, se emparenta directamente con el de unidad de la prueba: los resultados probatorios se adquieren para el proceso en forma definitiva y revisten carácter común a las partes (*principio de adquisición*), de modo de conformar un plexo que debe ser valorado en su conjunto (*principio de unidad*).

Innumerables veces nuestros tribunales acuden al principio objeto de estas reflexiones.

Así, se señala que el principio de adquisición procesal hace que, cualquiera sea la procedencia de las probanzas que obran en el expediente, su valoración por los jueces resulte siempre conducente, sea cual fuera la parte perjudicada o favorecida por ellas<sup>(292)</sup>.

Los actos son para el proceso y benefician o perjudican indistintamente a las partes, incluida aquella que los ofreció o solicitó<sup>(293)</sup>.

Por el principio de adquisición de la prueba, una vez que ella se produjo y se incorporó a la causa podrá ser empleada indistintamente de quién la aportó<sup>(294)</sup>.

(291) Peyrano, Jorge W., *El proceso civil...*, cit., p. 339.

(292) Sup. Corte Bs. As., 21/11/1995, "Bozzo, Emma D. c. Orqueida, Ángela R. s/ desalojo", AyS 1995-IV-354; 14/6/1996, "Ugarte y Compañía SA c. Valente SRL s/cobro ordinario de pesos", DJBA 151-177; 1/12/1998, "Van Strate, Claudio A. c. Aero Club General Necochea s/sumarísimo", AyS 1998-VI-252; 15/3/2000, "De Pauli, Fernando T. y otra c. Luchisoli, Eduardo L. y otros s/daños y perjuicios"; 19/12/2001, "Gioia, Fernando A. c. Municipalidad de La Plata s/daños y perjuicios"; 19/2/2002, "Banco Integrado Departamental Cooperativo Limitado (s/quiebra) c. Iotti, Atilio C. s/cobro ejecutivo"; 4/9/2002, "Barbaria, Claudio S. c. Di Tomaso, Luis y otro s/daños y perjuicios"; 24/3/2004, "Capra, Bruno G. C. y otros c. Bianchi, Hugo T. y otro s/daños y perjuicios"; 16/2/2005, "Porrez, Lorena E. c. Vargas Gutiérrez, Santiago s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B25377; 29/8/2007, "Condolio, Vicente y otra c. Cooperativa de Servicios Públicos Asistenciales y Vivienda de Pinzón Ltda. s/daños y perjuicios".

(293) CNCiv., sala D, 24/5/1979, "Díaz, Guillermina del C. c. Oliva, Carlos G. y otro", LL 1979-D-544; CNCom., sala B, 19/4/1991, "Hernando, Julián c. Peñalba, Daniel", LL 1991-C-216; C. Civ. y Com. San Nicolás, 4/12/2001, "Banco Integrado Departamental Coop. Ltda. —su quiebra— c. Argüello, Carlos R. s/cobro ejecutivo", y 19/10/2006, "Banco Integrado Departamental Coop. Ltda. —su quiebra— c. Boasso, Ma. Juana y otro s/cobro de dólares".

(294) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 9/3/2017, "Mancini Juan Pablo c. Volkswagen SA de Ahorro para Fines Determinados y otro/a s/cumplimiento de contratos civiles/comerciales", JUBA, sumario B5028077 y 18/06/2019, "Paoli Pablo Oreste c. Banco Credicop. Coop. Ltda. y otro/a s/ daños y perj.", JUBA, sumario B5062925.



Se dice, entonces, que la prueba es común a las partes<sup>(295)</sup>, en tanto no pertenece a ellas sino al proceso<sup>(296)</sup> y su eficacia no dependerá, entonces, de la parte de la cual provenga sino de los efectos que produzca<sup>(297)</sup>.

Y que los jueces se encuentran habilitados para considerar las pruebas producidas sin importar quien la trajo a los autos, pues ello hace al denominado “principio de adquisición” en cuya virtud los resultados de la actividad procesal que realizan las partes dentro del proceso, se logran para este, al margen de quien haya producido los actos respectivos y de la distribución de las cargas de la afirmación y de la prueba<sup>(298)</sup>.

En conexión con ello, indica la Suprema Corte bonaerense que las partes no pueden pretender que el juzgador al dictar su fallo prescinda de alguna de las pruebas si consintieron su agregación en el juicio<sup>(299)</sup>.

El principio que venimos analizando juega, tal lo expuesto, al margen de la distribución de las cargas de la afirmación y de la prueba<sup>(300)</sup>.

En virtud de este principio, al juez le es indiferente establecer a cuál de los litigantes correspondía probar siempre que los hechos esenciales introducidos al proceso resulten probados<sup>(301)</sup>, pues resultaría autocon-

---

(295) C. Fed. La Plata, sala 2a, 9/8/2007, “S., E. c. Conec SRL”.

(296) C. Civ. y Com. Morón, sala 2a, 2/7/1996, “Cassain, Joaquín D. y otros c. Corradini, Adrián E. y otro s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario 2351021.

(297) CNCiv., sala F, 19/10/1989, “Bolotti de Accorinti, Nélida C. c. Accorinti, Salvador E.”; CNCiv., sala F, 19/8/1991, “Román SA c. Establecimiento Metalúrgico Colón SA”, LL 1992-A-311; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1a, 21/5/1992, “Arce de Ullón Ramírez, Francisca y otros c. Ramírez, Alberto y otros s/daños y perjuicios”, JA 1992-IV-521; C. Civ. Com. Crim. y Corr. Pergamino, 15/9/2003, “Biaggi, Sergio D. c. Ale, Julio V. y/o Q. R. O. s/acción sumarísima de desalojo”.

(298) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 28/4/2016, “Mauregui, Juan Ignacio c. Comadira Guillermo Federico s/daños y perj.”, JUBA, sumario B354090.

(299) Sup. Corte Bs. As., 24/9/2003, “Girardi, Ricardo M. y otros c. Melgar, Eduardo J. M. y otros s/daños y perjuicios”; 16/2/2005, “Porrez, Lorena E. c. Vargas Gutiérrez, Santiago s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario 2688; 8/11/2017, “Viscay Iturria, Irma Evelia c. Yáñez, Ana Mabel. Nulidad de acto jurídico”, JUBA, sumario B26888 y 10/7/2019, “F. J. M. c. Municipalidad de Chivilcoy s/pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, JUBA, sumario B5066194.

(300) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 14/4/1992, “Orona, Ester R. c. Bergues, Julio C. s/pago por consignación”, JUBA, sumario B351479; C. Apels. Trelew, 2a, 28/4/2000, “Salamanca, Elías A. c. Coronel, José H. y/o quien resulte responsable”; C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 28/9/2006, “De Pierris, Esteban E. s/beneficio de litigar sin gastos”; C. Apels. Trelew, sala B, 20/6/2007, “D. L., D. A. c. M., C. M. s/cobro de pesos —laboral—”.

(301) CNFed. Cont. Adm., sala 2a, 16/3/1993, “Serenelli, Rogelio J. y otros c. Estado Nacional - PEN - Min. de Defensa - Armada Arg. s/cobro de australes”; CNCiv.,



tradictorio tener un hecho por probado y al mismo tiempo hacer jugar una regla de la carga de la prueba como si no lo estuviera<sup>(302)</sup>.

En tal contexto, la parte que produjo prueba que le resulta desfavorable no puede invocar, luego, los principios que rigen la carga de la prueba para oponerse a que el juez la utilice<sup>(303)</sup>.

Así, por ejemplo, la Suprema Corte mendocina ha señalado que no puede quien ofreció determinada prueba decir que lo hizo solo a determinados efectos y pretender que el tribunal no la utilice a los fines de valorar todos los hechos controvertidos<sup>(304)</sup>.

Tampoco puede la parte pretender retirar las pruebas ya adquiridas<sup>(305)</sup>.

Asumiendo este temperamento veremos que, en antiguo precedente, la Cámara Nacional Comercial desestimó la pretensión tendiente a sustraer del conocimiento del juez una prueba producida por la única circunstancia de ser quien así lo pretenda el oferente de la prueba<sup>(306)</sup>.

En suma: los resultados de la actividad probatoria desarrollada por alguna de las partes se adquieren para el proceso en forma definitiva<sup>(307)</sup>.

Incluso el principio de adquisición o comunidad se ha vinculado, muy lúcidamente, con el de contradicción de la prueba (*al que más adelante vamos a referirnos*) indicando que si las partes pueden utilizar a

---

sala G, 23/8/1993, "Papasodaro, Carlos A. c. Monsa y otro", LL 1994-E-379; CNCom., sala A, 30/5/1997, "Dilas SA c. 5 Men SRL", LL 1998-E-186 y 28/5/1999, "Saad, Mario c. Edrosa, Hugo E. y otro", LL 1999-F-87; C. Apels. Esquel, 22/8/2001, "Fernández, Antonio c. Viguera, Juan D."; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de San Martín, 11/10/2012, "O. E. J. c. Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires", SJA 13/2/2013.

(302) Corte Sup. Just. Santa Fe, 29/10/1996, "De Loredó, Eduardo c. Domínguez, Manuel".

(303) C. Civ. y Com. Pergamino, 15/6/2000, "Pergamino Automotores SA c. Soljan, Mario A. y otro s/cobro ejecutivo", JUBA, sumario B2801350.

(304) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1a, 17/12/2007, "Campos Vera, José c. Lima Arenas, Miguel".

(305) C. Apels. Comodoro Rivadavia, sala B, 23/3/2006, "C. M. de P. M. c. Sanatorio D. L. C. SRL s/cobro de pesos".

(306) CNCom., sala B, 12/6/1968, "Vaccari, Domingo c. La Superiora Viñedos, Bodegas Olivares s/ord.".

(307) CNCiv., sala G, 19/8/1985, "Tambussi, Elsa B. c. Dayan, Ricardo y otros"; C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 4a, 23/3/1993, "Rodríguez, Jorge A. c. Galetotti, Gustavo y otro s/daños y perjuicios"; C. Civ. y Com. Tucumán, sala 1a, 27/3/1995, "Orly SACIFI c. Lorenz, Rodolfo y/o Fórmula 1 s/cobro de australes".

su favor los medios suministrados por el adversario (*o pueden ser perjudicadas por ellos mismos*) es natural que gocen de oportunidad para intervenir en su producción<sup>(308)</sup> y también se lo ha emparentado con la búsqueda de la verdad de los hechos en el proceso<sup>(309)</sup>.

Veamos algunos supuestos en los que el principio que venimos analizando entra en acción.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que si se adjuntan copias de determinado expediente administrativo ello autoriza al tribunal a requerir, aun de oficio, el principal, sin agravio al derecho de defensa en juicio<sup>(310)</sup>.

Se ha dicho también que la parte que intentó probar una cuestión técnica a través de la prueba de peritos debe, en virtud del principio de adquisición procesal, soportar las consecuencias desfavorables que surjan de ella<sup>(311)</sup>.

En materia de prueba informativa se ha resuelto que, aun cuando las respuestas del informante no se ajusten a las prescripciones del Código Procesal, al no basarse en actos o hechos resultantes de la documentación, archivos o registros contables de quien informa, sino en su propio conocimiento —lo cual es materia propia de la prueba de testigos y constituye una circunstancia invalidante de tales informaciones— el hecho de que ellas se encuentren agregadas al expediente sin oposición permite considerarlas en virtud del principio que venimos analizando<sup>(312)</sup>.

Otra aplicación concreta del principio viene dada por la posibilidad de tener en cuenta tanto la declaración de los testigos de la causa principal en el incidente de beneficio de litigar sin gastos, aun cuando allí no se hubiera ofrecido su declaración<sup>(313)</sup> como las declaraciones prestadas en el beneficio para juzgar el principal<sup>(314)</sup>.

---

(308) Corte Sup. Just. Santa Fe, 30/6/1993, “Nieva, Federico V. Comuna de Huanqueros”.

(309) CNCom., sala B, 1/3/1993, “Genoud, Sonia y otros c. Establecimientos La Trinidad SA y otros”, LL 1993-D-170 y 5/8/1996, “Dispa SA c. Yannuzzi, Alberto”.

(310) CS, Fallos 329:755.

(311) C. Apels. Concordia, sala civil y comercial 3a, 20/2/1996, “Piedra Buena, María R. c. Sersewitz, Juan J. (h.)”, LLL 1997-462.

(312) CNCiv., sala A, 22/2/1994, “L. de K., A. c. K. de K., S. M.”, LL 1994-D-164.

(313) C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2a, 24/6/1997, “Ocano, Ma. Ester y otra c. Ali, Roberto s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B1402305.

(314) C. Civ. y Com. Quilmes, sala 1a, “Méndez, Osvaldo c. Volquetes Capri de Cristina Stawniczy s/daños y perjuicios”, RSD 112-1 del 29/11/2001, JUBA, sumario B2901581.

En este último sentido, no podemos soslayar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descalificado por arbitrarias las sentencias sobre el fondo del asunto que prescinden de valorar aquellos elementos (testimonios) colectados en el beneficio de litigar sin gastos<sup>(315)</sup>.

También invocando este principio se ha dicho que la demanda importa una confesión de los hechos que en ella se aducen y no puede el actor negarlos si los demandados los invocaron en su provecho<sup>(316)</sup>.

Por otro lado, se conecta con este principio la regla legal según la cual cada posición importa un reconocimiento del hecho a que se refiere y constituye una afirmación confesoria por parte del ponente<sup>(317)</sup>.

Siguiendo con las aplicaciones del principio a casos concretos tenemos que, con apoyo en él, se ha ponderado —para decidir sobre el principal— una pericia solicitada en el marco de una cautelar, ello en la medida en que se haya cumplido con el principio de contradicción<sup>(318)</sup>.

Por aplicación de este principio se ha considerado viable la ponderación de prueba agregada extemporáneamente<sup>(319)</sup>.

Desde otro punto de vista, cuando existen varios expedientes acumulados la prueba practicada en cualquiera de ellos vale para todos<sup>(320)</sup>.

Tal doctrina ha sido receptada por los tribunales al señalar que la acumulación de autos o procesos presupone la invocabilidad recíproca de las pruebas reunidas en ellos mismos siendo procedente, entonces, recurrir a pruebas producidas en juicios acumulados, aunque hayan tramitado por separado<sup>(321)</sup>.

---

(315) CS, 17/10/2007, “Cardozo, Manuel de los S. y otro c. Ersa SA y otros”.

(316) C. Civ. y Com. San Nicolás, 25/4/2000, “Banco Integrado Departamental Cooperativo Limitado —su quiebra— c. Nader, Julio S. y otro s/cobro ejecutivo”, JUBA, sumario B855545.

(317) CNCiv., sala C, 13/8/1985, “D., A. c. D. de M., A. S.”, LL 1985-D-487; CNCiv., sala H, 11/3/1991, “Cueto, Adriana M. c. Telia, Walter H.”; C. Civ., Com., Fam. y Trab. Marcos Juárez, 21/2/1996, “Suárez, Walter F. c. Passón, José L.”, LL 1997-816; CNCiv., sala 1a, 13/8/1998, “C. de L., L. J. c. Solvencia Cía. de Seguros”, LL 2000-A-594.

(318) C. Civ. y Com. San Martín, sala 2a, 28/5/1992, “FAPACO SA c. CORRUFÉ SRL s/cobro de australes”, JUBA, sumario B2000317.

(319) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 5/8/2004, “Benigni, César D. c. Cena, Pablo y/o sucesores de Pablo Cena s/usucapión”, JUBA, sumario B255326.

(320) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 118.

(321) C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2a, 3/5/2003, “Tuccillo, Karina B. c. Bertelli, Adrián G. y Policarpo, Oscar A. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B1750668.

Incluso mediante invocación del principio de adquisición se han llegado a ponderar hechos relevantes, que surgen de actuaciones conexas, al margen de no haber sido invocados en los escritos constitutivos del proceso<sup>(322)</sup>. En realidad, aquí no se trata de un problema de adquisición procesal sino, antes que nada, de objeto de la prueba, tema que en el capítulo siguiente desarrollaremos con amplitud.

En los repertorios, encontramos un interesante precedente de la cimera jurisdicción bonaerense, en los que —a nuestro modo de ver— campea este principio.

Se trataba de un supuesto de producción de prueba pericial.

Por lo que podemos leer del fallo se había ordenado la producción de aquella y, en forma errónea, se libró un oficio que encomendaba su realización, sin providencia que lo ordenara y en apartamiento de lo decidido al respecto en el auto de apertura a prueba.

La pericia fue realizada y ninguna de las partes objetó su incorporación; por ello, la Corte se apoyó en el principio procesal de preclusión y señaló, en lo que a este trabajo interesa, que, si la prueba de que se trata fue ofrecida en su oportunidad, produciéndose su incorporación de manera irregular —lo que no fue objetado— constituye un supuesto de exceso ritual manifiesto la negativa a su consideración por tal circunstancia<sup>(323)</sup>.

Así, entonces, a nuestro modo de ver, si bien se invoca el principio de preclusión, juega aquí, fundamentalmente, el de adquisición por cuanto el tema va más allá de la sola incorporación del elemento probatorio (donde sí sería soberano el principio de preclusión), sino que finca en la consideración de la prueba (ámbito propio del de adquisición).

Por ello, si bien sobre la incorporación de la prueba podía considerarse que había caído el manto de la preclusión lo realmente importante es, pensamos, el hecho de que la prueba, más allá de la puerta por la que ingresó a él, se tuvo por irrevocablemente adquirida para el proceso.

En un caso de cierta similitud, se rechazaron los cuestionamientos introducidos recién en la instancia revisora con relación a la agregación

---

(322) CNCiv., sala A, 16/8/1995, "Pacheco, Ma. Inés c. Rocha, Antonio y otro s/ daños y perjuicios".

(323) Sup. Corte. Bs. As., 20/9/1994, "Pazos, Ángel A. c. Olasagarre, Néstor F. y otros s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B21391.

—por parte del médico legista— de un dictamen psicológico efectuado por un profesional no designado en el expediente<sup>(324)</sup>.

En otro interesante precedente de la cimera jurisdicción bonaerense se señaló, con invocación del principio de adquisición, que cuando media recurso de apelación sobre un tema determinado, la Cámara queda habilitada a examinar la totalidad del material probatorio<sup>(325)</sup>.

#### 4.3.3. *El principio de igualdad de oportunidades para la prueba*

Apunta a que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, persigan o no contradecir las aducidas por el adversario<sup>(326)</sup>.

Es el desenvolvimiento del principio de igualdad ante la ley (arts. 16, CN, y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y, más precisamente, de la igualdad de las partes en el proceso (art. 10, Declaración Universal de Derechos Humanos).

En materia procesal la norma base es el art. 34, inc. 5º, apart. c), Cód. Proc. Civ. y Com., que impone a los jueces el deber de mantener la igualdad de las partes en el proceso.

Puede articularse, a la perfección, con el principio de adquisición o comunidad de la prueba: *si la prueba va a beneficiar o a perjudicar indistintamente a los litigantes es necesario que, frente a ella, los justiciables se encuentren en paridad de condiciones*.

Refiriéndose a cuestiones atinentes a la materia probatoria, señala la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que el principio de contradicción se complementa con el de igualdad en la actuación procesal, en tanto que no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que, para que esta sea efectiva, se hace necesario que ambas partes tengan las mismas posibilidades de ataque y defensa; concluye —como resultado— que el proceso ha de ser un duelo con igualdad de armas, en donde actor y demandado han de tener las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación<sup>(327)</sup>.

---

(324) C. Civ. y Com. Quilmes, sala 1a, 11/10/2001, “Barcia, Silvina c. Microómnibus SA s/daños y perjuicios”.

(325) Sup. Corte Bs. As., 7/5/1996, “Braun, Conrado G. c. Archanco, Raúl J. s/daños y perjuicios”.

(326) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 124.

(327) Sup. Corte Bs. As., 29/8/2001, “Hernández, Alfredo N. y otro c. Cirugía Llerena SRL y otro s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B25826.

Dice Morello, con cita a doctrina y jurisprudencia foránea, que dentro del derecho a probar no cabe ni se legitima que se rompa el equilibrio y la igualdad de las partes en la prueba, igualdad que ha de ser cierta y efectiva, lo que implica que cada una de las partes se halle, frente a la prueba, en las mismas condiciones que las demás<sup>(328)</sup>.

Advertimos, ahora, que no debemos efectuar una formulación simplista de este principio.

Ahondemos un poco en el concepto de igualdad el que, aunque pudiera parecer lo contrario, no es precisamente fácil de aprehender.

En principio, podríamos decir —juntamente con la doctrina y con referencia solo a una de sus caras— que *la igualdad civil consiste en eliminar distinciones arbitrarias entre las personas*<sup>(329)</sup>.

Así se sostiene que *igualdad es igualdad de trato ante circunstancias o situaciones iguales*<sup>(330)</sup>.

Por lo tanto, las únicas distinciones inconstitucionales serán las irrazonables (art. 28, CN, y su doctrina), entendiéndose por tales las persecutorias, hostiles, estigmatizantes, que obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio a personas o grupos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido sólidas pautas interpretativas en la especie.

Se refirió reiteradamente el máximo tribunal al principio de la igualdad ante la ley como la obligación de tratar legalmente de un modo igual a los iguales en iguales circunstancias<sup>(331)</sup>.

Hasta aquí venimos refiriéndonos a la cuestión desde la faz predominantemente negativa de la igualdad, entendiendo así *la prohibición de establecer discriminaciones irrazonables o arbitrarias*.

Pero existe también otro aspecto, no menos importante, que se relaciona con la faz positiva del principio.

---

(328) Morello, Augusto M., “Nuestro modelo probatorio (en lo civil y comercial)”, en Morello, Augusto M. (coord.). *La prueba...*, cit., p. 49.

(329) Bidart Campos, Germán J., *Tratado de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1986, t. I, p. 298.

(330) Ekmekdjian, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994, t. II, p. 140.

(331) CS, Fallos 222:352, 286:97 y 316:2044.

Es que tan violatorio a la igualdad sería tratar de forma desigual a quienes se encuentran en circunstancias idénticas, como dispensar un trato igual a quienes no se encuentran en iguales condiciones<sup>(332)</sup>.

Al respecto dice la doctrina que la igualdad elemental requiere, imprescindiblemente, algunos presupuestos de base, como por ejemplo: a) Que el Estado remueva los obstáculos que limitan, de hecho, la libertad y la igualdad; b) que mediante tal remoción exista un orden social y económico justo y se igualen las posibilidades de todos los hombres para el desarrollo integral de su personalidad; c) que a consecuencia del hecho, se promueva el acceso efectivo al goce de los derechos personales de las tres generaciones por parte de todos los hombres y sectores sociales<sup>(333)</sup>.

Para Couture el sentido del orden jurídico en el proceso es la restauración del equilibrio que debe existir en los individuos ante la ley, mediante compensaciones, reparaciones y privilegios, porque la desigualdad se cura solamente con otras desigualdades<sup>(334)</sup>.

Así, según este autor la igualdad de las partes no será necesariamente una igualdad aritmética, sino una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa, respecto de lo cual explicita que las pequeñas desigualdades requeridas por necesidades técnicas del proceso no quebrantan el principio, al tiempo que refiere que en el art. 5° de su Proyecto de Código de Procedimiento Civil se imponía al juez el deber de “mantener en lo posible, la igualdad de las partes en el proceso”<sup>(335)</sup>.

Es excelente la formulación del Código Procesal jujeño, el cual establece en su art. 5° que “el órgano jurisdiccional debe mantener en lo posible la igualdad de las partes en el proceso, brindándoles idénticas posibilidades de defensa. Haciendo efectivos los poderes de que está investido, el juez dispondrá lo necesario a fin de que nadie pueda encontrarse en una situación de inferioridad jurídica. Salvo disposición expresa de la ley, ninguna persona puede prevalerse de una posición determinada para avenir a una situación de privilegio”.

Todo ello cobra específica virtualidad: no es menester dispensar, sin más, un trato idéntico a las partes.

---

(332) CS, Fallos 224:810; Ekmekdján, Miguel Á., *Tratado...*, cit., t. II, p. 140.

(333) Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, 2a ed., Ediar, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 530.

(334) Couture, Eduardo J., *Estudios...*, cit., t. I, p. 330.

(335) Couture, Eduardo J., *Fundamentos...*, cit., p. 183.



¿Qué implica esto en el tema que estudiamos aquí?

Que estando ambas partes en análogas circunstancias frente a la prueba el trato debe ser, indudablemente, idéntico.

Pero si *por razones axiológicamente disvaliosas* las partes no se encontraren en igualdad de oportunidades de probar será menester adoptar los recaudos del caso para la restauración del equilibrio.

En suma, *se debe brindar a ambas partes iguales posibilidades de probar: si están en igualdad de condiciones, debe respetársela; si no lo están, debe actuarse lo conducente para que lo estén.*

Será bueno tener presente este principio para más adelante; especialmente cuando llegue el momento de estudiar las cuestiones vinculadas con el aporte y adquisición de la prueba en poder de la contraparte, o de terceros, y fundamentalmente cuando tenga que estudiarse la articulación del instituto de la carga de la prueba, con la especificidad de las cuestiones que se presentan en materia de evidencia digital.

#### 4.3.4. El principio de contradicción de la prueba

Este principio implica que la prueba, para ser válida o por lo menos eficaz, debió haber sido producida con audiencia o con intervención de la parte contraria, de modo que esta pudiese haber fiscalizado su ordenada asunción y haber contado con la posibilidad de ofrecer prueba en su descargo<sup>(336)</sup>.

En palabras de Couture, no se puede concebir que una parte produzca una prueba sin una rigurosa fiscalización del juez y del adversario. Una prueba que se haya producido a espaldas del otro litigante, por regla general, es ineficaz. Y agrega el autor que su infracción se sanciona en algunos textos legales con la nulidad de la prueba, pero aun sin texto expreso debe admitirse, en principio, esta conclusión<sup>(337)</sup>.

Es lógica derivación de lo establecido por el art. 18, CN, tal como anteriormente lo analizáramos.

Y subyace en varias normas de los Códigos Procesales, en tanto se vinculan a la posibilidad de fiscalizar e intervenir en la producción de la prueba.

(336) Kielmanovich, Jorge L., “El favor probationes...”, cit., p. 166.

(337) Couture, Eduardo J., *Fundamentos...*, cit., p. 253.

Observemos al principio analizado en funcionamiento.

Se ha puesto de relieve que la prueba, una vez producida, se adquiere para el proceso, *pero subordinado ello al respeto del principio de contradicción*<sup>(338)</sup>.

El Tribunal Superior de Justicia cordobés ha señalado que uno de los principios que rigen la actividad probatoria es el de contradicción, el cual propugna asegurar a las partes el conocimiento de las medidas probatorias que se practiquen en la causa a fin de permitirles el debido control tanto de las formalidades como del contenido de los elementos probatorios que se agreguen, con el propósito de que se incorporen válidamente al proceso para ser valorados —*a posteriori* y en las etapas pertinentes— por las partes y el juez de la causa; ello se relaciona con los principios de unidad y comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de la lealtad en la prueba, pues no puede existir sin la oportunidad de contradecirla<sup>(339)</sup>.

Por el principio de contradicción, dice la jurisprudencia platense, la parte contra quien se opone a una evidencia debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla. Ello, además, se vincula con el principio de la unidad y de la comunidad de la prueba y es un aspecto general de la contradicción o audiencia bilateral en el proceso<sup>(340)</sup>.

La Corte bonaerense consideró que mediaba una infracción a las reglas del debido proceso si el juzgador consideró como definitiva una prueba obrante en las actuaciones penales que no había sido invocada y cuya conclusión fuera impugnada en su oportunidad sin haberse sustanciado en la instancia correspondiente<sup>(341)</sup>.

En la misma línea de pensamiento se entendió que si ninguna de las diligencias que la instrucción policial y sus servicios auxiliares efectuaron pudieron ser controladas por las partes no es posible que

---

(338) C. Civ. y Com. San Martín, sala 2a, 28/5/1992, “FAPACO SA c. CORRUFÉ SRL s/cobro de australes”, JUBA, sumario B2000317.

(339) Trib. Sup. Córdoba, 28/4/2006, “Anastasia, Ana M. y otros s/acción de inconstitucionalidad”.

(340) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 7/4/2016, “Corchero Eduardo Daniel c. Garavento Jorge Mariano y otro/a s/daños y perj. por uso automot. (c/les. o muerte) (sin resp. est.)”, JUBA, sumario B302200.

(341) Sup. Corte Bs. As., 6/12/1994, “Ruggeri Dávila, Edgardo c. Pérez, Oscar y otros s/indemnización daños y perjuicios”, AyS 1994-IV-375.

los resultados así obtenidos sean invocados para formar convicción en contra de quienes no han podido ejercer, entonces, los derechos de control y contradicción<sup>(342)</sup>.

Se le ha restado toda atendibilidad a las constancias que emergen de una indagación efectuada por personal policial en el vecindario sosteniendo que no cabe acordar a las manifestaciones allí formuladas por terceros valor probatorio alguno, desde que al sortease con su producción todo control jurisdiccional, aparece violatoria de los recaudos que garantizan el debido proceso y la defensa en juicio<sup>(343)</sup>.

En cambio, se ha otorgado validez a la prueba efectuada en otro proceso tramitado en sede penal, en la medida en que la parte hubiera tenido la oportunidad de ejercer en él su derecho de contradicción, con todas las garantías del debido proceso<sup>(344)</sup>.

Como regla se dirá, entonces, que la prueba trasladada es válida si fue practicada en procesos seguidos entre las mismas partes y si en su producción se respetó el principio de contradicción<sup>(345)</sup>.

Con base en el principio que venimos analizando se le ha restado eficacia probatoria a las declaraciones prestadas extrajudicialmente<sup>(346)</sup> o a una pericia efectuada en forma privada<sup>(347)</sup>.

Siguiendo esta línea de pensamiento, se ha dicho que en lo que hace a los certificados médicos “de parte” que sirven de base para instar la acción, se les confiere un relativo y escaso valor probatorio a los fines de demostrar las patologías físicas, el porcentaje de incapacidad laboral y la relación de causalidad, ya que la contraria no tuvo ni pudo tener ninguna intervención en su elaboración, ni en sus conclusiones y tampoco ejerció, ni pudo ejercer acto alguno de contralor en su confección

---

(342) C. Civ. y Com. San Nicolás, 7/5/1992, “Arévalo de Grandoli, A. Crescencia c. Márquez Sánchez, Carlos y otros s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B853290.

(343) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 7/5/1998, “De la Iglesia, Raúl c. De la Iglesia, Ma. del Carmen s/usucapión”, JUBA, sumario B300570.

(344) Sup. Trib. Just. Corrientes, 2/6/2005, “Asociación de Modelos del Nordeste c. Sommer, Carlos A.”, LLL 2005 (octubre), 960.

(345) C. Civ. y Com. Córdoba, 4a, 23/2/2006, “Naón, Adriana E. c. Consorcio de Propietarios Edificio Mina Clavero”.

(346) C. Laboral y de Paz Letrada de Corrientes, 11/9/1998, “Fernández, Pedro M. c. Canga, Emilio G.”, LLL 1998-2-1058; LL 1999-F-743; CNCom., sala C, 20/10/2006, “Dicciardelli, Juan V. Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. s/ordinario”.

(347) CNCom., sala D, 6/10/2005, “Sanatorios Varone SA c. Consorcio de Prop. de la Calle Guardia Vieja 4329”, DJ 22/3/2006, 764.

y resolución, motivo por el cual, de concederles un valor probatorio de certeza absoluta a los efectos de tener por comprobados estos extremos, traería aparejado una violación a los principios procesales de igualdad, bilateralidad, contradicción y congruencia y a los derechos constitucionales a un debido proceso legal y al legítimo derecho de defensa en juicio de la contra parte garantizados por el art. 18 de la Carta Magna<sup>(348)</sup>.

También se ha relativizado en virtud de este principio la virtualidad probatoria del acta de inspección municipal<sup>(349)</sup>.

Más ampliamente se ha señalado que uno de los principios generales de la prueba judicial es, precisamente, el de su formalidad y legitimación, que representa una garantía del derecho de defensa, que incluye el de contradecir la prueba en toda clase de procesos; requisito que se relaciona con los principios fundamentales de la publicidad y contradicción de la prueba y de la igualdad de oportunidades para esta<sup>(350)</sup>.

Así se considera este principio requisito esencial para la validez y autoridad de la prueba, y se señala que ello significa que la parte contra quien se opone aquella debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, e incluir en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar<sup>(351)</sup>.

También se explica que si se realiza una diligencia probatoria sin conocimiento de la contraparte se vulnera el principio de contradicción<sup>(352)</sup>.

Por ello se ha juzgado evidente el perjuicio ocasionado a una de las partes al no haber tenido la posibilidad de intervenir en la audiencia en que prestaron declaración los testigos propuestos por su contraparte<sup>(353)</sup>.

---

(348) Cámara 7a del Trabajo de Mendoza, 16/3/2020, "Aguilar Jarpa, María c. La Segunda ART SA s/ enfermedad accidente", LL Online AR/JUR/15023/2020.

(349) CNCom., sala C, 28/6/2007, "Mangicavalli, Liliana c. Moroni, Alberto y otro".

(350) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 15/12/1994, "Sansone, Pascual c. Fortunato, Rubén A. s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B200830.

(351) C. Civ., Com. y del Trabajo Villa Dolores, 24/4/1997, "Soria, María A. c. Zenona, María A.", LLC 1998-419.

(352) Corte Sup. Just. Santa Fe, 30/6/1993, "Nieva, Federico c. Comuna de Huanqueros".

(353) C. Civ. y Com. San Martín, sala 1a, 19/2/2004, "Burdz, Ludmila c. Firotto, Ma. Fernanda y Sofre, Gustavo D. s/resolución de contrato y daños y perjuicios", JUBA, sumario B1951011.

Y el principio que venimos analizando cobra plena operatividad cuando es menester producir prueba con anterioridad a su oportunidad procesal (prueba anticipada)<sup>(354)</sup>.

Ya veremos, a lo largo de los desarrollos que siguen, como juega este principio en su correlato con la evidencia digital; cuales son sus aplicaciones prácticas, como así también los ajustes y reacomodamientos que el mismo concita, para su plena validez, en la normativa procedimental existente.

#### ***4.3.5. El principio de necesidad de la prueba***

Se refiere a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas al proceso sin que el juez pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio<sup>(355)</sup>.

Falcón explica que este principio se funda en una estructura necesaria del sistema procesal, según la cual los hechos son los fundantes de la pretensión, en tanto que no se admite una decisión que no tenga fundamento en los hechos sin que obste a ello que la causa sea de puro derecho, pues en este supuesto no es que faltan los hechos, sino que se los tiene o considera como demostrados<sup>(356)</sup>.

Así se sostiene que para cumplir su misión el proceso necesita entrar en contacto con la realidad del caso concreto que en él se presente y esta realidad es solo posible de conocer a través de la reconstrucción de los hechos y actos sucedidos en el pasado, la cual es indispensable obtener a través de la prueba<sup>(357)</sup>.

La lógica recepción legal de este principio viene dada, fundamentalmente, por los arts. 360, 364 y 377, Cód. Proc. Civ. y Com.

Respecto de esta cuestión, nuestros tribunales han dicho que, en principio, la necesidad de la prueba es la regla, ya que todos los datos fácticos que constituyen el supuesto de hecho de las normas a aplicar forman el tema normal de la prueba y siempre que existan hechos

---

(354) C. Civ. y Com. Quilmes, sala 1a, 23/4/2003, "Otegui, José c. Jin Xiang Chen s/ diligencias preliminares", JUBA, sumario B2901727.

(355) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 114.

(356) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, p. 222.

(357) Varela, Casimiro, *Valoración de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 21.

controvertidos será necesario cumplir la actividad procesal tendiente a demostrar que ellos se corresponden con la realidad, con la finalidad de formar la convicción judicial<sup>(358)</sup>.

También se ha señalado que carece de fundamento la sentencia que se basa en la sola experiencia personal del juez y en la recogida en otros expedientes en los que intervenía una de las partes, pues con ello se convertiría el sentenciante en testigo de la causa y al mismo tiempo haría mérito de su propia prueba<sup>(359)</sup>.

Dice la jurisprudencia en forma categórica: el juez no puede hacer mérito de su ciencia privada<sup>(360)</sup>.

Ello descarta la posibilidad de que exista un juez-testigo (que conozca, por fuera del proceso, los hechos sobre los que versan la pretensión u oposición) e incluso un juez-perito (que resulte versado en alguna materia técnica) en tanto si el juez asumiera su condición científica y valorase directamente la cuestión sin haber expresado los fundamentos técnicos anticipadamente, privaría a las partes del derecho a la prueba, al sacarla de su ámbito natural, que es la etapa de deliberación<sup>(361)</sup>.

Incluso se recomienda la inhibición del juez cuando tuviera informaciones adquiridas de manera personal y directa de los hechos esenciales para la solución del litigio<sup>(362)</sup>.

En conexión con ello, una concreta recepción del principio la hallamos en materia de prueba pericial.

Si la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales de alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada el juez *debe* recurrir a la prueba pericial.

---

(358) C. Civ. y Com. Trenque Lauquen, 14/5/1992, “Crespo, Carlos c. Clubes Atlético Calavera y Defensores del Este s/cumplimiento de contrato”, JUBA, sumario B2202759.

(359) C. Civ. y Com. San Nicolás, 13/2/2001, “Banco Integrado Departamental Cooperativo Limitado —su quiebra— c. Grassetti, Juan C. y otros s/cobro ejecutivo”, JUBA, sumario B856059.

(360) Sup. Corte Bs. As., 28/11/1975, “Silvestre, Carlos y ots. c. LV3 Radio del Sur SRL”, LL 150-721; C. Civ. y Com. La Matanza, sala 2a, 11/3/2003, “Martínez, Ángela c. Reinoso, Adrián s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B3400384 y 9/9/2003, “Mendoza, Liliana B. c. Troche, Gerónimo A. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario 3400446; C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 1a, 20/5/1994, “Llanes, Federico y otro c. Fournier, José F. s/daños y perjuicios”.

(361) Gozaíni, “Los hechos y la prueba”, RDPyC, nro. 13 (Prueba I), p. 53.

(362) Escuela Nacional de la Judicatura de República Dominicana, “Seminario Valoración de la Prueba II - Jurisdicción Civil”, República Dominicana, 2002, p. 14.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha puesto de manifiesto, en forma categórica, que los conocimientos y la experiencia personal del magistrado pueden servirle, a lo sumo, para orientar el proceso, o para solicitar a los peritos que aclaren o amplíen sus informes, o para ordenar medidas tendientes a esclarecer sus posibles dudas, pero no para suplir o contradecir a mérito de ello los medios ordinarios de prueba, desde que dichos conocimientos no son pruebas en el proceso y, al traerlos de oficio en ocasión de decidir, se transgrede el derecho de defensa de las partes al impedir a estas el debido control inherente a la garantía del debido proceso<sup>(363)</sup>.

En sintonía con ello se ha dicho que si no se ha producido prueba idónea y se trata de una cuestión de índole técnica no puede pretender una de las partes que el juez recurra a su propia experiencia o al sentido común, a lo cual se añade que la amplitud en la apreciación de la prueba no implica que se les dé la facultad de fallar con base en sus propios conocimientos, con omisión de todo proceso lógico —de deducción o inducción— que tenga su base en las probanzas arrojadas por las partes de acuerdo con las reglas de razonabilidad cuya finalidad es la de evitar la arbitrariedad<sup>(364)</sup>.

En el mismo sentido, se expuso que los tribunales carecen de la atribución de apartarse del dictamen del perito acudiendo solamente a los conocimientos privados, técnicos o científicos que sus integrantes puedan poseer, ya que este saber íntimo, revelado a la hora de sentenciar, escapa al control de las partes y vulnera así el principio del contradictorio<sup>(365)</sup>.

Aunque todo lo dicho no implica, en materia de prueba pericial y como más adelante lo veremos, que el conocimiento privado del juez sobre alguna ciencia sea totalmente baladí.

Por otro lado, se ha dicho que nada impide que el juez utilice su conocimiento privado de los hechos relacionados con el proceso de que se trate, y sin transgredir institutos garantizadores del debido proceso, ordene pruebas de oficio con el fin de su oportuna demostración<sup>(366)</sup>.

---

(363) Sup. Corte Bs. As., 12/4/1994, "Jara, José E. c. La Puntual SCS s/haberes adeudados", AyS 1994-I-642 y 14/7/1998, "Dovidonis, Bronislao c. La Oxígena SACI s/enfermedad accidente ley 9688", JUBA, sumario B42942.

(364) C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1a, 18/5/1998, "Tognini, Juan C. c. Mazzoni, Alejandro s/daños y perjuicios", ED 191-645.

(365) Cámara 6a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 16/8/2012, "Baigorria, Ariel W. c. Acosta, Darío y otro", LL Online AP/JUR/2888/2012.

(366) Acosta, José V., *Visión jurisprudencial...*, cit., t. I, p. 11.



y, entonces, su decisión se basará en pruebas oportuna y legalmente recaudadas<sup>(367)</sup>.

Finalmente es tiempo de hablar de un elemento más: las fuentes informales de conocimiento.

En tal sentido, la doctrina ha señalado que —en los últimos tiempos— se ha extendido enormemente la utilización de internet y de otros elementos de consulta y es frecuente que los jueces naveguen por la red en búsqueda de información<sup>(368)</sup>.

Esto es rigurosamente cierto y no habría, *en realidad*, utilización de conocimiento privado en la medida en que ello no sea utilizado para suplantar (o desplazar) el medio de prueba idóneo, sino para evaluarlo.

O sea, dependerá de cada caso en particular y de lo que haya hecho el magistrado, la posición que se adopte en cuanto a la potencial aplicación de este principio y la validez de lo actuado.

Más adelante, cuando entremos de lleno a la cuestión de la prueba electrónica (y al uso de la información existente en la red), profundizaremos sobre esta cuestión.

#### 4.3.6. El principio de ineficacia de la prueba ilícita

La prueba judicial no es una actividad libre y sin sujeción a reglas, sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de normas procesales que inevitablemente condicionan la obtención del conocimiento<sup>(369)</sup>.

Así, el problema de la prueba ilícita nos enfrenta al dilema entre verdad y seguridad jurídica<sup>(370)</sup>.

Es que existen ciertos valores (ideológicos y extraprocesales —el interés público, la dignidad humana, la privacidad de ciertas relaciones, los derechos y libertades fundamentales—) a los que el derecho debe

---

(367) Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho...*, cit., p. 73.

(368) Benavente, María I., “Dinámica de la prueba en el proceso civil patrimonial. En la búsqueda de soluciones prácticas”, *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires*, nro. 7, 2009 (agosto), p. 72.

(369) Gascón Abellán, Marina, “*Freedom of proof*. El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en Márquez Romero, Raúl (coord.), *Estudios sobre la prueba*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2006, p. 49.

(370) Muñoz Sabaté, Lluís, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4a ed. corregida y aumentada, Praxis, Barcelona, 1993, p. 76.

brindar protección y el sentido de regulación de la prueba es justamente preservarlos, aun a costa, si fuera preciso, de menguar o incluso anular las posibilidades de obtención de la verdad en el proceso; así, la protección de tales valores prevalece sobre las exigencias procesales de encontrar la verdad e incluso sirve de razón justificatoria a la limitación o restricción en la esfera de las reglas de la racionalidad empírica<sup>(371)</sup>.

En tal contexto, este principio apunta a la no admisión de prueba prohibida expresa o implícitamente por la ley o válida de por sí, pero adquirida en forma ilícita<sup>(372)</sup>.

El tribunal no debe admitir medios probatorios ilícitos, esto es prohibidos expresamente por la ley como tales o ilícitos por el medio —o por la forma— en que han sido obtenidos, desde que no parece legítimo que para la resolución de conflictos aquel pueda valerse de elementos adquiridos mediante la violación de la ley cuya aplicación se pretende<sup>(373)</sup>.

Es que, dice Morello, conceder valor a pruebas obtenidas por vías ilegítimas y apoyar en ellas una sentencia judicial suscita siempre un conflicto moral y compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias<sup>(374)</sup>.

De este modo, acota Devis Echandía, se civiliza la justicia porque no puede aceptarse que la lucha procesal sea como una guerra en la cual el fin justifica los medios de manera que se pueda acudir, aun a las peores atrocidades con el pretexto de querer encontrar la verdad<sup>(375)</sup>.

El profesor Parra Quijano es bien gráfico: existen “lujos” que el Estado no puede darse, como sería violar los derechos constitucionales de las personas, que por definición debe proteger, para conseguir pruebas, ni construir sentencias sobre pruebas logradas por los litigantes con esa misma violación. Tampoco puede cobijar con el manto de la impunidad la violación de esos derechos o de la ley y mucho menos llegar al colmo de estimar los frutos de esa violación como si nada hubiera ocurrido. Si el

---

(371) Gascón Abellán, Marina, “*Freedom...*”, cit., ps. 51, 54 y 55.

(372) Kielmanovich, Jorge L., “*El favor probationes...*”, cit., p. 169.

(373) Kielmanovich, Jorge L., “La prueba ilícita en el proceso civil”, *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1 (Prueba I), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 254.

(374) Morello, Augusto M., *La prueba. Tendencias modernas*, Librería Editora Plátense - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 250.

(375) Devis Echandía, Hernando, “Pruebas ilícitas”, *Rev. Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, nro. 1, vol. 1, Bogotá, 1984.

Estado asume estos criterios, el proceso tendría mácula y autorizaría el “juego sucio” dentro de él, desvirtuando entonces su finalidad, de ser un mecanismo ideado por el hombre para administrar justicia en forma inmaculada. Valorar y apreciar la prueba ilícita en el proceso es estimular y autorizar su consecución; por el contrario, restarle todo valor es desestimularla. Si el Estado usufructúa para sancionar una prueba ilícita o para resolver un proceso por ejemplo civil, laboral, etc., en nada se diferenciaría de una banda de delincuentes o de quienes usufructúan los productos hurtados<sup>(376)</sup>.

La utilización de este tipo de prueba implicaría, a no dudarlo, una severa afectación a la garantía del debido proceso<sup>(377)</sup>.

Dice en el punto la doctrina que dentro del derecho constitucional a la defensa en juicio se ubica el derecho a la prueba, que comprende dos aspectos: uno positivo (el de ofrecer y rendir prueba) y uno negativo (el de que no se incorpore prueba ilegítimamente adquirida)<sup>(378)</sup>.

Se trata de un supuesto de inadmisibilidad de la prueba, que queda privada de efectos directos e indirectos (incluida así la prueba “lícita” incorporada como consecuencia de la primera) y en toda su extensión, aun cuando ya se la hubiese producido en el proceso<sup>(379)</sup>.

En realidad, y con base en su inadmisibilidad, lo que se aconseja es la repulsa liminar sin esperar a la sentencia<sup>(380)</sup>.

Insistimos: se trata de un supuesto de inadmisibilidad y no debemos perder de vista las disvaliosas consecuencias que podría aparejar que se permitiera la producción de prueba ilícita en tanto, como bien lo señalara Muñoz Sabaté, una vez adquirida la prueba por el juzgador no podrán nunca descartarse los efectos de una convicción psicológica por encima de toda inferencia lógica<sup>(381)</sup>; incluso hay quienes proponen, como solución al problema que se presenta cuando el magistrado tomó

---

(376) Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho...*, cit., p. 27.

(377) Gascón Abellán, Marina, *“Freedom...”*, cit., p. 62.

(378) Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las ‘escuchas telefónicas’ en la experiencia judicial”, RDPyC, nro. 14 (Prueba II), p. 77.

(379) Kielmanovich, Jorge L., “Algo más sobre la ineficacia de la prueba ilícita, sobre grabaciones telefónicas y sobre la declaración de testigos excluidos”, JA 2001-IV-885.

(380) Vescovi, Enrique, “Inadmisibilidad de la prueba ilegítimamente obtenida”, *Revista Argentina de Derecho Procesal*, nro. 1, La Ley, Buenos Aires, 1968.

(381) Muñoz Sabaté, Lluís, *Técnica probatoria...*, cit., p. 77.

contacto con prueba ilícita, acudir al instituto de la recusación o excusación en orden a apartarlo del conocimiento de la causa<sup>(382)</sup>.

Aunque, en otra línea de pensamiento, autorizada doctrina ha sostenido que la exclusión de la prueba ilícita se decide en la sentencia y depende del caso concreto, ponderando la entidad de los derechos tutelados y los valores en juego<sup>(383)</sup>.

Carbone sostiene que como regla general podría decirse que, si se obtuvieron fuentes de prueba con violencia a derechos y libertades fundamentales, esas fuentes no pueden ser incorporadas al proceso por los medios de prueba correspondientes cuando la violación se advierta palmaria; y cuando la violación no sea patente, la prueba perderá su eficacia, cuestión que debe decidirse a la hora de su valoración en la sentencia<sup>(384)</sup>.

Pero no hay que perder de vista que, antes de la ineficacia probatoria, existirían casos directamente de inexistencia o nulidad absoluta de la prueba (v.gr., declaraciones o dictámenes obtenidos con existencia de vicios de la voluntad)<sup>(385)</sup>.

Midón establece un distingo entre prueba ilícita y prueba prohibida.

Nos habla de prueba ilícita en aquellos casos en que se viola un derecho constitucional o una norma legal que tenga por objeto la protección de libertades públicas o derechos personalísimos y señala que en tales casos se trataría de actos inexistentes; y, por otra parte, habla de prueba prohibida o ilegítima, supuesto en el que mediaría una violación de normas legales o procesales, pero sin vulnerar derechos fundamentales, caso en el cual la sanción sería la nulidad<sup>(386)</sup>.

La doctrina extranjera efectúa distingos análogos y considera prueba ilícita aquella obtenida con infracción de cualquier derecho fundamental

---

(382) Lorenzón Brondino, César, “La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador”, ponencia presentada al IX Congreso de Derecho Procesal Garantista, Azul, 2007.

(383) Arazi, Roland, “Prueba ilícita, declaración de menores de catorce años y de testigos excluidos en el proceso civil”, JA 2001-III-1063; Pruzzo, Eugenia, “¿Dónde comienza el derecho a la intimidad? Validez probatoria de las grabaciones telefónicas, filmaciones obtenidas en forma oculta, de las cartas misivas y de la declaración de testigos excluidos”, *Micro Juris Doctrina* 3128-AR.

(384) Carbone, Carlos A., “Grabaciones o filmaciones e intervención judicial de las comunicaciones telefónicas en el proceso civil. Remando contra la corriente ante el tabú actual”, *LL Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas* 2005 (octubre), p. 62.

(385) Devis Echandía, Hernando, “Pruebas ilícitas”, cit.

(386) Midón, Marcelo S., *Derecho probatorio...*, cit., ps. 284, 286 y 287.

reconocido a nivel constitucional y prueba irregular o ilegal aquella obtenida o practicada con vulneración de preceptos que no gozan del carácter de normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, incluidas bajo esta denominación las fuentes de pruebas logradas de modo ilegal, así como también los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento establecido, pero sin que a raíz de tales infracciones se haya afectado a un derecho fundamental<sup>(387)</sup>.

Parra Quijano también distingue la prueba ilícita (la que viola los derechos fundamentales, sea que esa violación se haya cometido para conseguir la fuente o el medio probatorio) de la ilegal (la que viola una norma legal) y de la irregular (desde el punto de vista procesal); en este último caso, para el autor, el defecto sería subsanable, pero no en los dos primeros<sup>(388)</sup>.

En el ámbito nacional rige el art. 378, Cód. Proc. Civ. y Com., que excluye los medios de prueba que afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

Las normas locales contienen provisiones similares sobre el particular.

Aunque, señálemoslo también, Devis Echandía ha dado muy buenas razones para predicar la innecesariedad de la consagración legal del principio: la utilización de prueba ilícita implicaría separarse de los principios de moral y ética procesal, y del respeto a la persona humana dentro del proceso, de la garantía constitucional del debido proceso y de principios procesales fundamentales como los de buena fe, lealtad y moralidad<sup>(389)</sup>.

Y para determinar la posible ilicitud de la prueba, o de su obtención, debe acudir —primero— a las normas constitucionales para —posteriormente— seguir por las infraconstitucionales.

Las hipótesis de prueba ilícita serían innumerables.

Devis Echandía enumera algunas: las prohibiciones legales para obtener determinados medios de prueba o de investigar determinados hechos; la ya referida violación de la correspondencia privada; las declaraciones obtenidas mediante tortura o coacción de cualquier tipo; el

---

(387) Carocca Pérez, Alex, “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, *Ius Et Praxis*, año 4, nro. 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, Talca, Chile, 1998.

(388) Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho...*, cit., p. 26.

(389) Devis Echandía, Hernando, “Pruebas ilícitas”, cit.

aporte de documentos hurtados u obtenidos mediante violación al secreto profesional; también en el caso de documentos cuando la voluntad del otorgante estuviera viciada por cualquier razón; la agregación subrepticia de documentos al expediente; el aporte de declaraciones testimoniales o dictámenes periciales emitidos como fruto del soborno; los dictámenes periciales si los peritos se valen de medios ilícitos; si en la inspección judicial el juez incurre en dolo o mala fe (soborno, cohecho, etc.) o viola alguna prohibición legal<sup>(390)</sup>.

Como se verá más adelante, el principio de licitud de la prueba es de suma importancia en materia de evidencia digital, dadas sus características, por eso —en el capítulo pertinente— se desarrollará a fondo esta cuestión.

#### 4.3.7. *El principio de obtención coactiva de las fuentes de prueba*

Nos recuerda Podetti que el principio de coactividad es inmanente al derecho, al tiempo que señala que la *coertio* es elemento de la jurisdicción que hace posible el conocimiento, la decisión y la ejecución<sup>(391)</sup>.

De este modo aparece el principio al que antes hiciéramos referencia.

Este implica que los documentos, las cosas —y en ocasiones— las personas físicas, cuando son objeto de prueba, deben ponerse a disposición del juez en la medida en que se relacionen con los hechos del proceso, pues si la suerte del proceso y de la justicia que con él se quiere impartir dependen de la prueba, es absurdo que el juez carezca de facultades para obtenerla<sup>(392)</sup>.

Apuntaba Carnelutti —en su época— que uno de los problemas de la disponibilidad de las pruebas es que la parte que tenga necesidad de ella para llevar a cabo la verificación pueda usarla<sup>(393)</sup> y que para proporcionar al oficio judicial el contacto necesario con las pruebas existen dos caminos: o bien estas se ponen espontáneamente a disposición del oficio, o bien este obtiene tal disposición por la fuerza<sup>(394)</sup>.

---

(390) Ídem.

(391) Podetti, Ramiro J., *Tratado de la competencia...*, cit., p. 100.

(392) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 135.

(393) Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, t. II, p. 449.

(394) Carnelutti, Francesco, *Sistema...*, cit., t. III, p. 28.

Se trata, según la doctrina, de una facultad derivada del deber de dirección del proceso, que tiene por norte la eficiencia funcional<sup>(395)</sup> y se instrumenta de tres maneras: a) Como una facultad del juez que le permite arrimar los medios probatorios a pesar de la resistencia del obligado a proporcionarlos; b) como una sanción por la falta de colaboración de terceros; c) como una carga que pesa sobre los litigantes, en virtud de la cual soportan las consecuencias procesales de su renuencia<sup>(396)</sup>.

El principio aparece claramente receptado en el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación en los arts. 37, 326, inc. 4º, 329, último párr., 387, 397, 403, último párr., y 431.

Los tribunales locales, siguiendo la postura asumida por el Tribunal Supremo español<sup>(397)</sup>, han señalado que cuando las fuentes de prueba están en poder de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales conlleva que dicha parte deba aportar los datos requeridos a fin de que el órgano jurisdiccional pueda descubrir la verdad<sup>(398)</sup>.

#### 4.3.8. El principio favor probationes

Para hablar de este principio, sería bueno remarcar que existen casos de máxima dificultad probatoria —hechos antiguos, efectuados en la privacidad, respecto de los cuales se ha extinguido la prueba o es imposible obtenerla— en los cuales, según autorizada doctrina, debe adoptar el juzgador una actitud proclive al *favor probationes*, que se traduce en una serie concreta de conductas asumidas en vista a favorecer la acreditación de algún hecho o circunstancia<sup>(399)</sup>.

La idea, en realidad, no es novedosa.

Ya Lessona, hace más de dos siglos, venía hablando de la exigencia solo de pruebas *leviores* en caso de dificultades probatorias especiales<sup>(400)</sup>.

---

(395) González Castro, Manuel A., “Principios y reglas que rigen la actividad probatoria”, en Encuentro XX Panamericano de Derecho Procesal - Santiago, Chile, 2007 - Ponencias, Santiago de Chile, 2007.

(396) Acosta, José V., *Visión jurisprudencial...*, cit., t. I, p. 25.

(397) Trib. Sup. España, sala 1a, 16/10/2002, “D. José”, LL Online.

(398) Sup. Trib. Formosa, 6/4/2000, “Cabrera, Sixto c. Construcciones Davicu SRL y/u otro”, LLL 2001-434.

(399) Peyrano, Jorge W, “Prueba difícil”, ponencia presentada en el XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, junio 2003, Paraná, Entre Ríos, *Libro de ponencias*, p. 335.

(400) Lessona, Carlos, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 462.



Kielmanovich resalta la importancia del principio en los tiempos actuales e indica que este supone que en casos de objetivas dudas o dificultades probatorias deberá estarse —sin sujeción a rígidos cartabones— en favor de la admisibilidad, conducencia o eficacia de la prueba, flexibilizando en particular el criterio que gobierna el régimen de admisibilidad o eficacia de la prueba indiciaria<sup>(401)</sup>.

Según Falcón este principio se desarrolla en dos ámbitos: el primero es sobre la admisibilidad probatoria en caso de duda; el segundo apunta a que ciertos medios favorezcan a una parte determinada también en caso de duda<sup>(402)</sup>.

En el primero de tales aspectos, han dicho los tribunales bonaerenses que la garantía de defensa en juicio no solo supone la posibilidad de alegar, sino de probar las afirmaciones introducidas, lo que conduce a que se salvaguarde la amplitud del debate y se permita la demostración de los asertos con las pertinentes probanzas a producir.

Así, ante la duda acerca de la posibilidad de emitir una decisión justa teniendo en cuenta solo los elementos de juicio que se encuentran en los autos, la necesidad de asegurar la garantía constitucional del debido proceso hace que la cuestión no pueda considerarse como de puro derecho<sup>(403)</sup>.

Y, bien han entendido los tribunales, ello es así dado que por afán de evitar procedimientos probatorios superfluos se puede afectar el derecho de defensa en juicio<sup>(404)</sup>.

En la especie, el principio sería una directa derivación de la garantía del debido proceso (art. 18, CN) pues la circunstancia de admitir la existencia de un derecho a la prueba como parte integrante de aquella provoca que las normas relacionadas con ese derecho deban ser interpretadas de forma tal que favorezcan su optimización<sup>(405)</sup>.

Ocupémonos de la segunda de las facetas referidas por Falcón.

---

(401) Kielmanovich, Jorge L., “Grabaciones...”, cit.

(402) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, p. 226.

(403) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 26/2/2004, “Vampa, Federico A. y otros c. Gouffier, Viviana s/interdicto acción de daño temido (recurso de queja)”, JUBA, sumario B255135.

(404) C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2a, 28/8/1997, “Gallardo, Mario L. c. Susanich de Montañó, Elsa s/cumplimiento de contrato”, JUBA, sumario B1402099.

(405) Midón, Marcelo S., *Derecho probatorio...*, cit., ps. 79.

Y para adquirir una noción acabada del aspecto genérico del tema, bueno es acudir a la doctrina española y, más concretamente, a los preclaros conceptos de Muñoz Sabaté, a quien seguiremos en el punto; luego repasaremos el meduloso catálogo de circunstancias a las que hace referencia este autor y las iremos correlacionando con concretos supuestos que la praxis judicial coloca ante nosotros<sup>(406)</sup>.

Cuando nos habla de dificultades de la prueba, este autor señala que para que los instrumentos probatorios puedan llevar a cabo su función deben estar dotados de dos propiedades básicas.

*Impresionabilidad*, entendiendo por tal la propiedad que tienen los instrumentos para ser estampados por un hecho histórico.

*Traslatividad*, lo que implica que cada instrumento debe hallarse en condiciones de tener entrada en los autos, bien activamente, o sea, permitiendo su aportación a la litis (motilidad), bien pasivamente, al ofrecerse en condiciones tales que el juzgador pueda ir a su alcance (accesibilidad).

Esta última propiedad, a su vez, tiene un presupuesto previo: la *disponibilidad*. Es que los instrumentos (personas o cosas) carecen de autonomía para poder irrumpir en los autos sin un impulso previo de quienes van a utilizarlo; de ahí que el presupuesto previo de la *traslatividad* sea la *disponibilidad*, al tiempo que es el puente que une las propiedades de impresión con las de traslación.

Con este piso de marcha, el jurista ibérico ingresa al tema de las dificultades probatorias.

Así nos habla de problemas de impresionabilidad (cuando el hecho histórico no encuentre en su realizarse ninguna circunstancia apta para recibir su huella), entre los cuales se encuentran los problemas de estampación (por más sensible que sea el instrumento, nunca ella será perfecta), problemas de traslación (un instrumento puede perder su traslatividad por el transcurso del tiempo, por causa del espacio o por consecuencia de terceros; en todos los casos por más que se habrá dado una estampación esta no podrá llegar a los autos) a lo que se suman las dificultades de traducción (porque cada instrumento debe ser descifrado y su lenguaje puede ser sumamente enigmático o equívoco).

Así va llegando el autor al concepto de *favor probationes*.

---

(406) De este modo seguimos en el punto al autor citado en su obra *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso* y más precisamente nos referimos al capítulo V: "Problemática intrínseca de la prueba", ps. 167 y ss.

Señala, al efecto, que cualquier hecho de los que estadísticamente resultan fáciles de demostrar puede, en cambio, en un caso concreto, presentar graves dificultades heurísticas y, a la inversa, un hecho conceptualizado generalmente como *difficilioris probationes* puede impresionarse y trasladarse a la presencia judicial con una facilidad pasmosa.

Siguiendo esta línea argumental nos señala el autor que el *favor probationes* es una necesidad que siente el juzgador, a veces intuitivamente, de salirse de su estática y fría posición de espectador para coadyuvar en pro de la parte que más dificultades objetivas encuentre en la producción y estimación de su prueba; posee una motivación mayormente psicológica que jurídica y de ahí que todo intento de abstracción y normativización se halle de antemano condenado al fracaso.

Las conductas que, a decir del autor, pueden adoptarse son variadas: alteración del *onus probandi*, práctica responsable del principio de intermediación (cuando la prueba de testigos sea decisiva para la litis), adopción de criterios más elásticos de admisibilidad, análisis más a fondo de presunciones o adopción de diligencias para mejor proveer.

Ahora bien, ¿estamos realmente ante un principio del derecho probatorio? ¿Informa el *favor probationes* nuestro derecho procesal?

Falcón y Kielmanovich, al referirse a los principios que rigen en materia probatoria, hacen directa referencia al *favor probationes*<sup>(407)</sup> y, por nuestra parte, nos inclinamos por responder afirmativamente a tales asertos.

Es un principio de la materia probatoria.

Veamos:

En primer lugar, debemos tener en cuenta lo que dijimos en nuestras reflexiones liminares acerca de la relación entre el derecho a probar y el derecho de defensa en juicio.

Así, si el derecho a probar integra el núcleo duro del derecho de defensa en juicio es de toda evidencia que ni el legislador ni el juzgador pueden permanecer inmóviles cuando observan que una de las partes se encuentra en una situación de desventaja para probar.

Pero hay más.

---

(407) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, p. 226, Kielmanovich, Jorge L., “El *favor probationes...*”, cit., p. 169.

Hablábamos, anteriormente, del principio de igualdad procesal de las partes y, más concretamente relacionado con el tema en estudio, del principio de igualdad de oportunidades para la prueba; y allí reflexionábamos sobre la necesidad de que el juzgador nivele las desigualdades *axiológicamente disvaliosas* en que se pudieran encontrar las partes.

Pues bien, el *favor probationes* es una herramienta valiosísima al efecto.

De este modo el *favor probationes* abrevia, directamente, en fuentes constitucionales.

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha compartido todos los conceptos que venimos delineando al señalar que “el principio del *favor probationes* es sencillamente una necesidad que siente el juzgador, a veces intuitivamente, de salirse de su estática y fría posición de espectador para coadyuvar en pro de la parte que más dificultades objetivas encuentre en la producción y estimación de su prueba. A veces es un enfrentamiento a los postulados que rigen la misma, como en el caso de alteración directa o indirecta del *onus probandi*, otras será la práctica responsable del principio de inmediación, en ocasiones será un criterio más elástico de admisibilidad. También puede consistir en un análisis más a fondo de la presunción, sin dejarse arrastrar por tópicos hipovaluatorios, ora buscando, ora provocando, ora estudiando indicios, en una palabra, son muchos y eficaces los recursos que un juzgador preocupado en la búsqueda de la verdad puede poner en servicio cuando corre serio peligro de sucumbir ante una materia de difícil prueba”<sup>(408)</sup>, e incluso resaltó la importancia de la prueba indirecta (presuncional) en casos de grave dificultad probatoria<sup>(409)</sup>.

También podemos observar una recepción genérica de él y de las ideas que venimos exponiendo, cuando el foro señala que, en el caso de prueba muy difícil, los jueces deben atemperar el rigorismo del derecho a fin de que no se hagan ilusorios los intereses legítimos<sup>(410)</sup>.

---

(408) Sup. Corte Bs. As., 31/10/2007, “Miranda, Aída c. De Ruiz, Cristian s/divorcio”.

(409) Sup. Corte Bs. As., 20/8/2008, “López de Argañaraz, Laura c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca y otros s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B29923.

(410) C. Civ. y Com. Resistencia, sala 3a, 23/4/1997, “Corrado de Pascal, María P. c. Vodanovich, Daniel A. y/u otros”, LLL 1998-1-477; C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 13/10/1998, “Álvarez, Javier G. c. Lizarraga, Miguel Á. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B253251, y 19/10/2004, “UDEM SRL c. Carrique, Lía G. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B255441.

Así, se señala que cuando por las circunstancias del caso o por la índole de los hechos la prueba es imposible o extremadamente difícil, no se puede hacer incidir las consecuencias que de allí derivan sobre la parte gravada con la carga de la prueba, y así adquiere inusitado valor la prueba presuncional<sup>(411)</sup>.

Remarcándose que el principio se manifiesta de modo especial en la valoración positiva de inferencias presuntivas o indicativas, que opera cuando la dificultad probatoria es *in re ipsa*, y consiste en una suerte de aplicación de las reglas de la sana crítica, reglas que disponen que el material probatorio se valore más o menos estrictamente según fueran las circunstancias del caso<sup>(412)</sup>.

Los superiores tribunales de justicia cordobés<sup>(413)</sup> y jujeño<sup>(414)</sup> también han invocado este principio.

La normativa procedimental lo recepta.

De hecho, para superar aquellos problemas que Muñoz Sabaté define como de *traslatividad* encontramos los mecanismos de anticipación probatoria o de aseguramiento de prueba (art. 326, Cód. Proc. Civ. y Com.) y, además, el principio de obtención coactiva de los medios de prueba, con sus recepciones legales, tal como antes lo analizamos.

Para superar los problemas de impresionabilidad y de estampación encontramos, por ejemplo, la prueba indiciaria o de presunciones (art. 163, inc. 5º, párr. 2º, Cód. Proc. Civ. y Com.), las facultades instructorias (arts. 36 y cons., Cód. Proc. Civ. y Com.), entre otros poderes-deberes análogos.

Y, finalmente, no podemos desdeñar las consideraciones de Peyrano en cuanto a que la aplicación de la teoría de la prueba difícil tiene apoyo legal en las reglas de la sana crítica (art. 386, Cód. Proc. Civ. y Com.), que enseñan que los elementos de convicción no siempre deben ser valorados de la misma manera<sup>(415)</sup>.

---

(411) CNFed. Civ. y Com., sala 1a, 29/4/1983, "Llauró Hnos. Propiedades SA c. Llauró, Marcos J. y otro", LL 1983-D-168, y 19/12/1989, "Antorcha Cía. de Seguros y otro c. Administración General de Puertos", LL 1990-D-270.

(412) C. Civ. y Com. San Nicolás, 8/3/2018, "Mata, Carlos María (su sucesión) c. Fima s/nulidad de escritura de cesión de acciones y derechos", JUBA, sumario B861571.

(413) Trib. Sup. Just. Córdoba, 4/7/2003, "Caminos de las Sierras SA c. Municipalidad de Córdoba s/acción declarativa de inconstitucionalidad".

(414) Sup. Trib. Just. Jujuy, 10/9/1999, "G. S. R. c. B. J. A."

(415) Peyrano, Jorge W., "Prueba difícil", cit., p. 334.

Es decir, el *favor probationes* está enraizado —a nuestro modo de ver— en normas constitucionales y ha recibido concreta y específica recepción en la normativa procedimental y también en el derecho jurisprudencial.

Veamos, ahora, algunas aplicaciones particulares del principio.

Seguimos nuevamente aquí a Muñoz Sabaté y al amplio, aunque no taxativo, catálogo de situaciones que nos ofrece; y tales circunstancias las iremos articulando, paulatinamente, con la doctrina judicial bonaerense y así podemos apreciar que, si bien generalmente no se hace mención explícita a él, hace mucho tiempo que el principio *favor probationes* se encuentra entre nosotros.

#### 4.3.8.1. Hechos antiguos

Se entiende por hechos antiguos aquellas realidades acaecidas en tiempos pretéritos, por cuyo motivo su representación judicial resulta insegura y embarazosa; a ello se suma el olvido que puede afectar al testimonio. Así sucede cuando se trata de demostrar sucesos acaecidos mucho tiempo antes, o bien no quedan testigos o bien nadie se acuerda<sup>(416)</sup>.

Al respecto han señalado nuestros tribunales que cuando se trata de acreditar un hecho remoto y lejano en el tiempo, más allá de la vida humana, no cabe exigir testigos presenciales, sino que deben admitirse y ponderarse declaraciones que se fundan en referencias *ex auditu* de terceros<sup>(417)</sup>.

En estos casos, se relajaría el *principio de originalidad de la prueba*, al que más adelante vamos a referirnos.

#### 4.3.8.2. Hechos ilícitos

Al respecto dice Muñoz Sabaté que, en el hecho ilícito, su autor suele tener plena conciencia de la falta de rectitud de su conducta, por ello precisamente lo hace a escondidas o procura por todos los medios dejar las menos huellas posibles<sup>(418)</sup>.

---

(416) Muñoz Sabaté, Lluís, *Técnica probatoria...*, cit., p. 181.

(417) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 27/3/1956, “Quirk de Delaney, Elena s/ sucesión”, DJBA 956-XLVIII-245.

(418) Muñoz Sabaté, Lluís, *Técnica probatoria...*, cit., p. 182.

#### 4.3.8.3. Hechos íntimos

Así define el autor que venimos siguiendo los hechos que se refieren a la parte personalísima, comúnmente reservada, de los asuntos, designios o afecciones de un sujeto o de una familia, respecto de lo cual nos habla de dos tipos de intimidades que suscitan la atención del jurista: la sexual y la económica<sup>(419)</sup>.

Ambos tópicos han sido abordados por nuestra jurisprudencia.

En cuanto a la intimidad sexual, un buen ejemplo lo observamos en las acciones de filiación.

En su marco, se ha puesto énfasis sobre la imposibilidad o, al menos, dificultad de obtener prueba directa de las relaciones sexuales entre los padres, puesto que ellas se llevan a cabo en la intimidad, en forma secreta, por lo que el objeto de la prueba se desplaza al de extremos o circunstancias que permitan inferirlas<sup>(420)</sup>.

También cuando se trate de abusos o situaciones de violencia, que suelen llevarse a cabo en lo oculto y sin testigos<sup>(421)</sup>.

Dejando de lado lo tocante a la intimidad sexual, traemos algunos ejemplos atinentes a la intimidad económica.

Se ha entendido de difícil acreditación —que impone acudir al *favor probationes* y a la prueba indiciaria— la concreta demostración del depósito de joyas, dinero y efectos personales en una caja fuerte bancaria y se ha señalado que es una circunstancia de imposible o muy dificultosa comprobación, dado que la entidad bancaria no controla o certifica el depósito ni el retiro de efectos o valores, lo cual se aduna con el secreto, reserva o discreción que normalmente suelen rodear la introducción o extracción de efectos o valores y el lugar en el que se encuentran las cajas respectivas<sup>(422)</sup>.

---

(419) Ídem.

(420) C. Civ. y Com. Pergamino, 21/11/1996, “B., N. F. c. M., M. R. s/acción de filiación”, JUBA, sumario B2800868.

(421) Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala civil y penal, 15/8/2017, “M. L. A. s/lesiones leves agravadas y amenazas de muerte en concurso ideal”, LLNOA 2018 (junio), 11.

(422) CNCom., sala A, 12/11/1999, “Sontag, Bruno y otra c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA”, LL 2000-A-483 y 5/12/2001, “Dublinsky de Wolman, Lidia B. y otro c. Banco Mercantil Argentino”, LL 2002-A-519.



También, por ejemplo, se ha resaltado la dificultad probatoria en que se halla el pasajero a la hora de demostrar el contenido de su equipaje extraviado por la línea aérea, haciendo jugar la prueba presuncional<sup>(423)</sup>.

En materia de hechos acontecidos en la intimidad se advirtieron las dificultades probatorias para la acreditación de un evento dañoso en el caso de la explosión de un sifón en el seno del hogar familiar y durante una comida, y se ha ponderado las exclusiones testimoniales de los parientes y las características del caso, en razón de lo cual se ha guiado la jurisdicción, para considerar probado el hecho, por presunciones e indicios<sup>(424)</sup>.

#### 4.3.8.4. Hechos internos

Lessona consideraba difícilísima la prueba de los hechos internos ajenos, especialmente la intención, más aún cuando la persona cuyo *animus* se quiere probar puede tener interés en ocultarlo<sup>(425)</sup>.

#### 4.3.8.5. Hechos negativos

Informa el autor que venimos siguiendo que durante mucho tiempo se ha venido hablando e insistiendo en la dificultad probatoria de los hechos negativos y se ha reclamado para ellos un desplazamiento de la carga de la prueba; pero señala al respecto que el hecho negativo no es más que un hecho positivo que pudo haber sido y no fue, por ser otro.

Así, afirma el jurista, un no hecho no podrá probarse nunca directamente sino deducirse de que se percibe algo que no debiera percibirse si el hecho existiera o de que no se percibe el hecho que debería percibirse si fuera real.

La solución estará, entonces, en la prueba del otro hecho que era real.

Por ello, y sin dejar de reconocer que en algunos casos concretos pueda ser prueba difícil, asevera el doctrinario que modernamente se tiende a excluir lo relativo a los hechos negativos del capítulo de las dificultades probáticas<sup>(426)</sup>.

---

(423) CNFed. Civ. y Com., sala 2a, 5/8/1994, "Sztutwojner, Fedora L. c. Aerolíneas Argentinas SA", LL 1995-B-126 y 24/2/1995, "Goffan Naum c. Aeroflot Líneas Aéreas Soviéticas", LL 1995-C-133.

(424) C. Civ. y Com. Morón, sala 2a, 23/10/2003, "Robledo, José L. c. Bonsal Soc. Colectiva s/daños y perjuicios".

(425) Lessona, Carlos, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 462.

(426) Muñoz Sabaté, Lluís, *Técnica probatoria...*, cit., p. 186.

Couture nos había hablado, en su época, de la indulgencia jurisprudencial respecto de quienes tienen que probar hechos negativos, pero indicaba que estas soluciones no quitan entidad al principio general de que los hechos negativos son objeto de prueba<sup>(427)</sup>.

Lo propio hizo Lessona<sup>(428)</sup>.

Tal postura ha sido receptada por nuestros tribunales y se ha señalado que si bien puede liberarse la carga del litigante que debió producir la prueba ante ciertas proposiciones negativas de difícil demostración ello no quita entidad al principio genérico, más aún cuando la demostración de hechos negativos sigue siendo la regla<sup>(429)</sup>.

#### 4.3.8.6. Hechos virtuales

El hecho virtual es, a decir de Muñoz Sabaté, aquel que no ha sucedido pero que podrá suceder o hubiera podido suceder, denominación bajo la cual se comprenden los que pueden llamarse hechos futuros o hechos potenciales. No se trata así de la investigación del pasado (donde cabe el convencimiento subjetivo de la realidad de los hechos) sino la predicción del futuro (donde nos movemos en el plano de la mera probabilidad)<sup>(430)</sup>.

Es la tarea más difícil: determinar lo que está aún por suceder.

Y como el hombre no puede ver el futuro, podrá labrar a lo sumo un pronóstico con el auxilio del saber experiencial y aprovechando circunspectamente los medios de cognición disponibles<sup>(431)</sup>.

Así, como aplicación práctica de lo dicho aquí, veremos que respecto del lucro cesante se ha señalado que frente a la dificultad de acreditar el monto exacto de las utilidades dejadas de percibir los jueces deben atemperar el rigorismo a fin de que no se hagan ilusorios los intereses legítimos<sup>(432)</sup>.

---

(427) Couture, Eduardo J., *Fundamentos...*, cit., p. 247.

(428) Lessona, Carlos, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 241.

(429) CNCom., sala C, 25/4/1997, "Mutualidad Fondo Compensador Personal Civil del Ejército c. Banco Tornquist SA", LL 1997-D-274.

(430) Muñoz Sabaté, Lluís, *Técnica probatoria...*, cit., p. 193.

(431) Döring, Erich, *La prueba. Su práctica y apreciación*, trad. Tomás A. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 438.

(432) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 20/10/1998, "Vázquez, Jorge y otro c. Logroño, Juan P. y otro s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B253269.

Por ello no se le exige al damnificado una demostración exacta de la ganancia dejada de percibir, sino que los tribunales se contentan con que esté justificada la labor prestada, lo que se ganaba y el tiempo transcurrido<sup>(433)</sup>.

Ya Lessona venía señalando que, en materia de pérdidas potenciales, debía atenuarse el rigor probatorio<sup>(434)</sup>.

Hoy, en materia de predicciones, la tecnología viene en ayuda del jurista<sup>(435)</sup>; de este tema se hablará, más adelante, en el capítulo pertinente.

Solo destacamos, por el momento, que el principio que venimos mencionado podrá ser un buen apoyo para permitir la capitalización de las conclusiones emergentes del uso de sistemas informáticos predictivos; aunque, claro está, no de manera irrestricta sino bajo determinadas condiciones, cuestión de la que —insistimos— se hablará más adelante en esta misma obra.

#### 4.3.8.7. *Hechos técnicos*

Nos habla el autor de dificultad probatoria en casos en que para la determinación o traducción de los hechos sea menester contar con especiales conocimientos que obligan a acudir a peritos; y si bien la especialidad de la materia no tipificaría por sí sola la dificultad, esta sobrevendría cuando resultan insuficientes los actuales conocimientos técnicos sobre la materia o no se dispone de hombres o instrumentos adecuados para la investigación<sup>(436)</sup>.

Obviamente esto impacta de lleno en aquellas controversias cuyo sustrato sea la cuestión técnica.

---

(433) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 2/10/1990, “Kersich, Juan J. c. Cecarelli, Aurelio s/daños y perjuicios”; 4/12/1990, “Puglisi, Luis y otro c. Bilbao, José M. y otra s/daños y perjuicios” y “Transportes Automotores Lanús Este SA c. Paz Gascón, Luis y Línea 582 (Expreso Urbano) s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B350652; C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2a, 11/3/1993, “Jerez de Ortega, Cristina c. Latuf, Héctor R. s/ indemnización de daños y perjuicios”, JUBA, sumario B1400715.

(434) Lessona, Carlos, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 464.

(435) Sobre el tema puede verse Chamatropulos, Demetrio A., “Inteligencia artificial, prevención de daños y acceso al consumo sustentable”, LL 2017-E-1044; Quadri, Gabriel H., “Sobre la prueba y los hechos futuros (potencial aplicación de la inteligencia artificial al proceso judicial)”, *Temas de Derecho Procesal*, Erreius, marzo 2019, cita digital: IUSDC286435A.

(436) Muñoz Sabaté, Lluís, *Técnica probatoria...*, cit., p. 196.

#### 4.3.8.8. *Precisiones de hechos*

Aquí nos dice el autor que la precisión probatoria es prácticamente imposible y que si pretende exigirse una máxima precisión en la reproducción del hecho histórico lo más seguro es que no pueda lográrselo con los instrumentos que se tienen al alcance<sup>(437)</sup>.

Así se ha dicho, por ejemplo, en materia de accidentes de tránsito, que en los casos en que debe meritarse la conducta de los protagonistas en una mecánica accidentalológica imprecisa, al tener que basarse en pruebas limitadas e incompletas, no es la certeza absoluta la que ha de buscarse, sino la certeza moral, la que consiste en el estado de ánimo en virtud del cual el juzgador define la cuestión, ya no con seguridad total, sino con un grado razonable de probabilidad acerca de la verdad<sup>(438)</sup>.

En igual línea de pensamiento se sustenta que, en los conflictos originados por accidentes automotores, dado lo difícil y a veces imposible que resulta la prueba directa del hecho generador del reclamo jurídico, tanto la doctrina como la jurisprudencia han elaborado una serie de presunciones basadas en que, por lo general, las conductas humanas producen, en determinadas circunstancias, análogas consecuencias. Por ello el material probatorio de un juicio de accidentes de automotores debe ser analizado en su conjunto, en tanto que no es la certeza absoluta la que ha de buscar el juzgador sino la certeza moral de características bien distintas a la de aquella; la certeza moral se refiere al estado de ánimo en virtud del cual el sujeto aprecia, ya no la seguridad absoluta, sino el grado sumo de probabilidad acerca de la verdad<sup>(439)</sup>.

#### 4.3.8.9. *Otras dificultades probatorias*

La enumeración precedente, como ya lo hemos dicho, no pretendía de ningún modo agotar las posibles situaciones en las que el principio entrará a jugar.

Existen innumerables circunstancias en las que, por las concretas particularidades de cada caso, entraremos en el terreno de la prueba difícil.

---

(437) *Ibídem*, p. 197.

(438) C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1a, 10/6/1997, "Guillermo Decker SA c. Silveyra, Héctor s/daños y perjuicios", LL 1998-635.

(439) C. Civ. y Com. San Martín, sala 1a, 26/2/2004, "Peralta, Héctor M. c. Abad, Jorge A. s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B1951038.

Así, por ejemplo, nuestros tribunales han considerado tal a la prueba de la sobrefacturación de pulsos telefónicos<sup>(440)</sup> o a la prueba del depósito de un automotor en un garaje<sup>(441)</sup> o en la playa de estacionamientos de un supermercado<sup>(442)</sup>.

Lo que hemos señalado a lo largo de este acápite devendrá —como ya lo veremos— aplicable en algunos casos de uso de evidencia digital; ciertamente no en todos, pero las particularidades de estas fuentes probatorias (especialmente en cuanto a su disponibilidad) muchas veces colocará al operador jurídico en situaciones de complejidad acreditativa. Más adelante, en la parte correspondiente de esta obra, se abordará el tema, como así también las respuestas que se han pensado para operar frente a dicha problemática.

#### ***4.3.9. El principio de originalidad de la prueba***

Supone que el medio de prueba ofrecido deberá referirse, en lo posible, a la fuente original e inmediata de la cual se pretende o debe más bien extraer la representación de los hechos, sea ello por su propia naturaleza o por disposición de la ley<sup>(443)</sup>.

Opera este principio en el plano de las fuentes, no de los medios (oportunamente diferenciaremos fuentes probatorias de medios de prueba).

Nos contentamos aquí con señalar, por el momento, que este principio no viene plasmado en los textos legales, sino que subyace a las rectas pautas de valoración probatoria (art. 386, Cód. Proc. Civ. y Com.), aunque, tengámoslo también en cuenta, muchas veces puede relativizarse en casos de dificultad probatoria (v.gr., hechos antiguos).

Por aplicación de este principio se indica que si las partes prescinden de aquellas pruebas sustanciales capaces de demostrar los hechos que invocan como productores del derecho cuya declaración jurisdiccional

---

(440) C. Civ. y Com. Fed., sala 1a, 10/06/1997, “Ruiz, Mercedes A. c. Telecom Argentina - Stet France”, LL 1998-A-304.

(441) CNCom., sala B, 3/8/1979, “Pereda, Héctor F. c. Iglesias, SA, José B. y otros”, LL 1979-D-574; CNCom., sala D, 1/6/1989, “Ciacciarelli, Jorge A. y otra c. Vázquez, Carlos A. y otro”, LL 1990-A-112.

(442) C. Civ. y Com. San Martín, sala 3a, 22/10/2013, “Rodríguez, Leonardo A. c. Cencosud SA s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B3650865.

(443) Kielmanovich, Jorge L., *Teoría...*, cit., p. 83.

se intenta, el magistrado debe extremar el análisis y apreciar con mayor rigurosidad el resto de aporte convictivo que presenta la causa<sup>(444)</sup>.

#### 4.3.10. *El principio de especificidad de los medios de prueba*

Cada medio de prueba tiene asignado en el ordenamiento jurídico una función particular<sup>(445)</sup> y no puede aplicarse un mecanismo en sustitución de otro sin que alguno de ellos pierda efectividad<sup>(446)</sup>.

Debe buscarse el medio adecuado para que la fuente se incorpore al proceso<sup>(447)</sup>.

Ello es obvio: para algo se estructuran legalmente medios de prueba diferentes.

Apunta Arazi que la elección siempre debe recaer sobre el medio de prueba disponible que sea más apto, directo y económico para demostrar la verdad de un hecho controvertido<sup>(448)</sup>.

A lo largo del Código Procesal hallamos la recepción de este principio (que jugará, *mayormente*, a la hora de valorar la prueba) en el ámbito de los arts. 364 (pertinencia de la prueba) y 378, párr. 1º, sin perder de vista —tampoco— la norma del art. 397, párr. 1º.

Así, se dice que la prueba producida en contradicción con este principio devendría, si no inadmisibile, al menos ineficaz, absolutamente en caso de existir norma expresa que específicamente impusiera el medio probatorio “sustituido” o relativamente, con sujeción a las reglas de la sana crítica<sup>(449)</sup>.

En sintonía con ello indicará Colombo que, en principio, la elección de los medios de prueba es facultad de los litigantes, salvo que la ley exija una prueba determinada o que medie una prohibición expresa; pero, sin embargo, cuando las partes prescinden de la prueba más adecuada para

---

(444) CNCom., sala A, 20/11/1978, “Extra Personal SRL c. Laujedo y Pedrazzoli”, LL 1979-A-407; ED 83-342.

(445) Fenochietto, Carlos E. - Arazi, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. 2, p. 337.

(446) Gozaíni, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 41.

(447) Colerio, Pedro, “Acerca de las fuentes y los medios de prueba”, *Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires*, año 3, nro. 5, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993 (mayo).

(448) Arazi, Roland, *La prueba...*, cit., p. 431.

(449) Kielmanovich, Jorge L., *Teoría...*, cit., p. 84.

la acreditación de ciertos hechos el juez debe valorar con estrictez la que ha sido aportada con esa finalidad<sup>(450)</sup>.

Lúcidamente se indica que, si bien las partes son libres en la elección de los medios de prueba de que intenten valerse, asumen las consecuencias de que el medio escogido no sea idóneo para probar el hecho cuya verificación persiguen.

Postulándose que un adecuado servicio de justicia exige que la prueba haya ingresado no solo válidamente, sino también por los medios específicamente previstos por la ley.

Y si ello no fuera así, en la medida en que la prueba inespecífica se valore con violación de las reglas de la sana crítica, al fundarse decisivamente en prueba inidónea y en perjuicio de la contraria de aquel sobre quien pesaba la carga de probar, se producirá una violación al debido proceso, y se perjudicará la validez de la sentencia en tanto la prueba así ingresada no constituirá un soporte adecuado de la decisión<sup>(451)</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que no es admisible que el medio probatorio idóneo sea sustituido válidamente por otro (en el caso se trataba de un dictamen pericial frente a declaraciones testimoniales y se prefería el primero por tratarse de cuestiones predominantemente técnicas)<sup>(452)</sup>.

Veremos, en sintonía con ello, que los tribunales señalan que no puede soslayarse la utilización de los medios de prueba que correspondan a la situación dada, pues resulta improcedente suplir un medio de prueba por otro, aun cuando la prueba se haya materializado, cabe restarle total eficacia a la así producida<sup>(453)</sup>.

Se indica que la elección de los medios de prueba es facultad privativa de los litigantes, salvo cuando la ley prescribe uno determinado<sup>(454)</sup>.

Debemos aclarar que lo que busca evitarse es la desnaturalización de un medio para hacerle asumir la función que corresponde a otro, pero la circunstancia de que un hecho pueda ser acreditado por distintos

---

(450) Colombo, Carlos J., *Código...*, cit., t. III, p. 347.

(451) Esperanza de Aquino, Silvia - Acosta, José V., "Prueba inespecífica y debido proceso", LLL 2000-439.

(452) Fallos 314:1505.

(453) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 27/10/1994, "Jauretche de Laborde, María c. Prov. de Buenos Aires s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B151354.

(454) CNCiv., sala C, 23/11/1989, "D. R. de S. T., L. c. D. S. T., E.", LL 1999-C-251.



medios no impide a la parte intentar su prueba por todos, o algunos, de los admitidos por la ley<sup>(455)</sup>.

Aquí es donde cobra, desde nuestro punto de vista, suma importancia el análisis y articulación de los medios de prueba existentes hoy en día, con el fenómeno de la evidencia digital.

Porque la elección del medio podría, a la postre, condicionar la eficacia del resultado.

Por ello, remarcamos la existencia de este principio y enfatizamos la necesidad de aproximarse, correctamente, al uso de los diversos medios de prueba, para diseñar una estrategia acreditativa que, a la postre, produzca los efectos deseados.

Más adelante, en la parte especial de la obra, se analizará esta cuestión en profundidad; nos contentamos, por ahora, en haber llamado la atención sobre la existencia de este principio y dejado expuestas algunas bases conceptuales que luego podrán aprovecharse.

#### 4.3.11. *El principio de formalidad de la prueba*

Bien ha explicado Carnelutti que al ser la prueba una operación de la cual depende en gran parte el rendimiento del proceso se comprende que no quede abandonada a la libre actividad de los hombres que participen en ella, sino que, al contrario, el derecho tienda a regularla a fin de garantizar del mejor modo posible su resultado<sup>(456)</sup>.

Luego, en materia de prueba no rige el principio de libertad de las formas sino el principio de legalidad en virtud del cual los actos probatorios deben llevarse a cabo con el orden y en las condiciones que la ley preestablece.

La razón de este principio debe buscarse en la garantía del debido proceso y en la necesidad de asegurar la certeza e imparcialidad del juez.

Ponemos énfasis en el reaseguro de la certeza como valor, desde que solo a través de la regulación legal de las formas probatorias el justiciable puede saber cuáles son los actos que debe realizar<sup>(457)</sup>.

---

(455) Colombo, Carlos J. - Kiper, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. IV, p. 22.

(456) Carnelutti, Francesco, *Sistema...*, cit., t. II, p. 448.

(457) Midón, Marcelo S., *Derecho probatorio...*, cit., ps. 77-78.

Al respecto anota Podetti que el principio de formalismo tiene raíz constitucional pues tiende a garantizar la defensa en juicio de las personas y de los derechos.

Apunta el autor que en un régimen de legalidad como el nuestro la función jurisdiccional del Estado y el ejercicio de las facultades que integran la acción requieren un molde preestablecido, que se ajuste a la garantía constitucional, molde que constituye un *prius* de aquellas actividades en sentido concreto y específico; y este molde está dado por las leyes procesales que estatuyen determinadas formas, que no pueden ser omitidas en cuanto resguardan la garantía de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, y que pueden ser consideradas como el antemural de la arbitrariedad del individuo o del Estado y como un elemento básico de la libertad civil, que procura la seguridad jurídica<sup>(458)</sup>.

Chiovenda, por su parte, indicaba que las formas procesales hacen posible la precisa determinación del objeto de la controversia, al trazar el camino que las partes deben seguir y al sustituir —así— el orden al desorden, de manera de evitar retardos mayores a los que provoca, excluir la licencia de los litigantes y el arbitrio del juez y garantizar el libre ejercicio de la defensa judicial<sup>(459)</sup>.

Bien explicó Calamandrei que no existirá certeza si el individuo que pide justicia no supiera exactamente cuáles son los actos que debe realizar para obtenerla, cuáles son las vías que debe recorrer para llegar al juez, para hacerse escuchar por él y para obtener en concreto aquella garantía jurisdiccional que la norma en abstracto promete. De ello deduce el autor que las reglas del procedimiento son una especie de metodología fijada por la ley para servir de guía a quien quiera pedir justicia, *el manual del litigante* que le enseña cómo se debe comportar con el juez para ser escuchado por este, y concluye entonces que las formas procesales aseguran el respeto al contradictorio y la igualdad de las partes, en tanto es una preciosa garantía de los derechos y las libertades individuales<sup>(460)</sup>.

No obstante lo cual, este principio de formalidad (*legalidad de las formas*) se relaja cuando nos hallemos ante medios de prueba no previstos (art. 378, Cód. Proc. Civ. y Com., y normas provinciales análogas)

---

(458) Podetti, Ramiro J., *Tratado de la competencia...*, cit., ps. 28 y 85.

(459) Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1949, vol. II, p. 125.

(460) Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de la 2a ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1973, vol. I, p. 323.

donde se acude, primero, a la analogía y luego a la determinación judicial de la forma aplicable.

Al margen de todo lo expuesto, coincidimos con Sentís Melendo en cuanto a que, dada la naturaleza del fenómeno probatorio, al envolverlo de formas puede resultar asfixiada la sustancia<sup>(461)</sup>.

La solución pasaría por respetar las formas, pero no sacralizarlas.

#### ***4.3.12. El principio de libertad de la prueba***

Al decir de la doctrina, el procedimiento probatorio se realiza en su totalidad bajo la vigencia del principio de libertad que postula, en esencia, que todo hecho puede ser objeto de prueba y ser introducido al proceso por cualquier medio<sup>(462)</sup>.

La doctrina lo considera, con acierto, un derivado de la garantía de defensa en juicio<sup>(463)</sup>.

Bien lo dice Sentís Melendo: la prueba es libertad, sin libertad no hay prueba<sup>(464)</sup>.

Este principio se compone de dos aspectos: libertad de medios de prueba y libertad de objeto. Lo primero significa que la ley no debe limitar los medios admisibles, sino dejar al juez la calificación de si el aducido o solicitado tiene relevancia probatoria. Lo segundo implica que pueda probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en su práctica<sup>(465)</sup>.

Bien ha dicho la doctrina que las partes cargan con las afirmaciones y con la tarea de incorporar al proceso el instrumental probatorio y que valerse, para ello, de todas las fuentes lícitas de conocimiento, capaces (intrínsecamente idóneas) de proveer al juez los fundamentos de su convicción<sup>(466)</sup>.

---

(461) Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1978, p. 20.

(462) Ferreyra de la Rúa, Angelina, "Admisibilidad de la prueba", RDPyC, 14 (Prueba II), p. 13.

(463) González Castro, Manuel A., "Principios y reglas...", cit.

(464) Sentís Melendo, Santiago, *La prueba...*, cit., p. 23.

(465) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 131.

(466) Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto O., *Códigos...*, cit., t. V A, p. 30.

Así nuestros tribunales han dicho que los medios de prueba admisibles no tienen cortapisa legal alguna, obviamente en la medida en que sean útiles al objeto perseguido<sup>(467)</sup>.

Aunque este principio también tiene sus limitaciones (concretamente: *la prueba de hechos inconducentes*).

Son capitales, en el caso, los arts. 364, 378 y concs., Cód. Proc. Civ. y Com.

Pero la vigencia de este principio de libertad no implica la desaparición del de formalidad de la prueba.

Así se señala que la libertad probatoria implica la posibilidad de integrar al proceso la más amplia gama de elementos probatorios, en tanto resulten útiles y convenientes para la parte que los propone, *pero ello dentro de las formas y tiempos previstos por la ley*<sup>(468)</sup>.

## V. FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA

### 5.1. Un distingo imprescindible

En orden a la adecuada aprehensión del fenómeno probatorio se impone una necesaria delimitación conceptual, que —como más adelante lo veremos— no es meramente terminológica ni académica, sino que tiende a diferenciar dos elementos del mecanismo probatorio, con trascendentes virtualidades prácticas.

Queremos diferenciar aquí los conceptos de *fuentes* y *medios* de prueba.

### 5.2. Introduciéndonos al tema

Son extremadamente claras las palabras de Carnelutti que podemos tomar como pórtico para ir abordando el distingo intentado.

El lúcido procesalista explicaba que el conocimiento de un hecho por parte del juez no se puede tener sin que él perciba algo con sus propios sentidos; y para ello es inevitable el contacto entre el juez y la realidad acerca de la cual debe juzgar.

---

(467) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 22/2/1996, “L., J. A. c. A., J. J. s/disolución sociedad de hecho”, JUBA, sumario B252121.

(468) C. Civ. Com. Trab. y Familia Villa Dolores, 13/12/2005, “Villarreal, José N. y otros c. Sucesión de Arturo L. Hanisch y otros”.

Lo que el juez percibe puede ser el hecho mismo que se debe probar (prueba directa) o un hecho distinto (prueba indirecta).

La diferencia entre los dos tipos de prueba estriba en la coincidencia o en la divergencia del hecho a probar (objeto de la prueba) y del hecho percibido por el juez (objeto de la percepción). Precisamente, la prueba indirecta presenta la separación entre el objeto de la prueba y el objeto de la percepción: el hecho sometido a la percepción del juez no sirve sino de medio a su conocimiento.

Esta diferencia, que a decir de Carnelutti es estructural, consiste en que el proceso probatorio indirecto es complejo (consta de varios elementos), mientras que el proceso directo es simple (consta de uno solo). La prueba indirecta se da cuando el juez no percibe el hecho a probar sino un hecho diverso de este; por tanto, la percepción del juez no basta aquí por sí sola para la búsqueda del hecho a probar, sino que ha de integrarse con la deducción del hecho a probar respecto del hecho percibido; la actividad del juez se hace así compleja: percepción y deducción.

Así entonces, el tipo simple de prueba directa presenta el contacto inmediato entre el juez y el hecho a probar; en él el medio de conocimiento se limita a una actividad del juez: la dirigida a la percepción del hecho.

El tipo complejo de la prueba indirecta muestra, en cambio, la separación entre el juez y el hecho a probar, puesto que el contacto lo establece un hecho intermedio: aquí el conocimiento no se obtiene únicamente mediante la actividad del juez, sino también por medio de un hecho exterior, sobre el cual se ejercita la actividad perceptiva y deductiva.

Esta sencilla observación lleva a Carnelutti a predicar la necesidad de distinguir dos factores del proceso probatorio: la actividad del juez y el hecho que, por medio de dicha actividad, sirve para demostrar el conocimiento del hecho a probar<sup>(469)</sup>.

### 5.3. Sobre tal base: fuentes y medios de prueba

En tal contexto, Carnelutti llama medio de prueba a la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar (incluida la percepción) y fuente de prueba el hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad<sup>(470)</sup>.

---

(469) Carnelutti, Francesco, *La prueba*, cit., ps. 53-55, 59 y 67-68.

(470) *Ibíd.*, ps. 70-71.

Y sintetiza el tema de manera magistral al decir que de la estructura del proceso probatorio resultan tres órdenes de elementos diversos: un hecho a probar (objeto de la prueba); una actividad del juez (percepción, deducción: medio de la prueba) y un hecho (o una serie de hechos) exterior (hecho que sirve para la deducción: fuente de la prueba).

La prueba, entonces, será el resultado del empleo del medio o medios indicados sobre el objeto (percepción del hecho a probar) o sobre la fuente de ella (percepción del hecho diverso del hecho a probar y deducción de este del hecho a probar)<sup>(471)</sup>.

Devis Echandía también ha abordado el tópico, no sin prevenir acerca de que debemos guardarnos de no confundir el objeto y la fuente de la prueba judicial: aquel es el hecho que se prueba y esta el que sirve para probarlo: cuando un hecho conduce a la prueba de otro, el primero es su fuente y el segundo su objeto (aunque en ocasiones el hecho por probar y su prueba vienen a ser los mismos, por lo cual se confunden e identifican objeto y fuente y entonces el hecho es su propia representación)<sup>(472)</sup>.

Luego, señalaba el procesalista que la fuente de prueba puede consistir en hechos representativos o simplemente expresivos de sí mismos, entendiendo por tales las cosas o los objetos, los acontecimientos físicos o naturales, las conductas y relaciones humanas y aun las personas, de donde el juez pueda deducir la prueba de otros hechos o de ellos mismos: son los hechos que constituyen la fuente del conocimiento que el juez obtiene para los fines del proceso<sup>(473)</sup>.

Mientras tanto, tenía por medio de prueba los modos aceptados en cada ley procesal como vehículos de la prueba, gracias a los cuales el juez llega a conocer el hecho fuente, del cual deduce el hecho que se va a probar, así sea en forma directa e inmediata, si el hecho fuente es el mismo hecho que quiere probarse<sup>(474)</sup>.

Montero Aroca nos explica que la distinción conceptual entre fuentes y medios de prueba arranca de la constatación de que en el proceso se realiza una actividad de verificación y para que esta sea posible tiene que existir algo con lo que verificar; ese algo no puede crearse desde la nada, sino que tiene que preexistir<sup>(475)</sup>.

---

(471) *Ibíd.*, p. 199.

(472) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 269.

(473) *Ibíd.*, ps. 270-271.

(474) *Ibíd.*, p. 271.

(475) Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 2a ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 72.

Son las fuentes.

Fairén Guillén resume la cuestión con una frase: los medios de prueba son la exteriorización procesal de las fuentes<sup>(476)</sup>.

Morello hace lo propio al expresar que las fuentes de prueba están necesitadas de un puente transportador: los medios técnicos o medidas de prueba que hacen de pasaje, para reconstruir el pasado<sup>(477)</sup>.

También Colerio sostiene que el medio es el vehículo en que la fuente ingresa al proceso<sup>(478)</sup>.

En nuestro medio, es inevitable la referencia al profesor Sentís Melendo, quien nos llamaba la atención con una circunstancia que consideraba evidente: si probar es llevar al ánimo del juez la convicción de que nuestras afirmaciones corresponden a la realidad debemos contar con elementos que nos permitan llegar a ese resultado.

Luego señalaba que la distinción entre fuente y medio es clara, terminante e indispensable para el estudio completo de la prueba, al tiempo que indicaba que las fuentes son los elementos que existen en la realidad, determinen o no la convicción judicial, mientras que los medios están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso.

Así, postulaba que fuente es un concepto metajurídico que corresponde a una realidad anterior y extraña al proceso, mientras que medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal: todos los elementos probatorios son preexistentes como fuentes y se constituyen en el proceso como medios<sup>(479)</sup>.

Los medios serán actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso<sup>(480)</sup>.

Según Palacio constituyen medios de prueba los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato determinado de la existencia o inexistencia de uno o más hechos.

---

(476) Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 428.

(477) Morello, Augusto M., "En torno a la prueba", LL 1990-E-1071.

(478) Colerio, Pedro, "Acerca de las fuentes y los medios de prueba", *Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires*, año 3, nro. 5, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993 (mayo).

(479) Sentís Melendo, Santiago, "Fuentes y medios de prueba", *Revista Argentina de Derecho Procesal*, nro. 2, La Ley, Buenos Aires, 1968.

(480) Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1978, p. 16.



Enseña también el preclaro jurista que el medio de prueba actúa como vehículo para lograr la fuente de la cual, a su turno, el juez debe deducir la verdad (o no) de los hechos que configuran el objeto probatorio<sup>(481)</sup>.

Arazi, a su turno, reserva el término medio de prueba a la actividad del juez, de las partes o de terceros, desarrollada dentro del proceso para traer fuentes de prueba, actividad que se realiza de la manera indicada en cada ordenamiento procesal.

En cuanto a las fuentes de prueba ellas son, para el autor, las siguientes: a) El hecho mediante el cual el juez deduce el hecho objeto de prueba; b) el propio hecho objeto de prueba, en ciertos casos; c) las personas o cosas que, independientemente de la existencia de un proceso, representan el hecho que será objeto de prueba o el hecho del cual el juez deducirá el hecho a probar, en un proceso determinado<sup>(482)</sup>.

Falcón afina el análisis y nos trae algunas interesantes reflexiones.

Sostiene el autor que la extracción del conocimiento que se registró en las fuentes se realiza por medio de un sistema que se denomina “procedimiento probatorio”<sup>(483)</sup>.

Pero algunas fuentes nos permiten el conocimiento del objeto-registro de modo inmediato y sin intermediario alguno.

Son fuentes-medios (elementos registrados que participan de ambas categorías).

Son fuentes y, a la vez, medio (instrumento público o privado reconocido), por lo tanto, no requieren otro elemento complementario para su corroboración<sup>(484)</sup>.

Paralelamente otras fuentes (y esas mismas cuando no se manifiestan por sí, v.gr., instrumento privado no reconocido) requieren ser auxiliadas por vías particulares llamadas “medios”, es decir, mecanismos que es preciso indicar y realizar, que se van a usar para traer el conocimiento de la fuente al proceso.

Si la fuente de prueba puede exteriorizar un conocimiento por sí, esa misma fuente valdrá como medio de prueba.

---

(481) Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, t. IV (Actos procesales), p. 332.

(482) Arazi, Roland, “Los medios de prueba en el proceso civil”, LL 1985-E-495.

(483) Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 618.

(484) Ídem.

En caso contrario, cuando la fuente no se exterioriza de modo comprensible será necesario extraer el conocimiento de dicha fuente por un medio de prueba<sup>(485)</sup>.

Receptando muy bien este distingo, dice la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que no hay que confundir la fuente de la prueba con el medio mediante el cual se manifiesta. Esta última noción comprende los modos aceptados en cada ley procesal como vehículos de la prueba: por ejemplo, el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, el dictamen de peritos. En otras palabras, el medio de prueba actúa como vehículo para lograr la fuente, de la cual, a su turno, el juez debe deducir la verdad (o no), de los hechos que configuran el objeto probatorio. Son fuentes de prueba, de acuerdo con el concepto precedentemente enunciado, las circunstancias o características de la cosa reconocida, el hecho consignado en el documento, el declarado por la parte, el testigo o el informante o aquel sobre el cual versa el dictamen pericial<sup>(486)</sup>.

Consideraciones que han repetido los tribunales inferiores<sup>(487)</sup>.

En tal contexto, nos dice la doctrina *que la evidencia digital puede ser considerada como elemento de prueba (fuente, decimos nosotros) y como medio de prueba*.

Como *elemento de prueba* (léase fuente) es el dato objetivo, en formato electrónico, que las partes obtienen e incorporan legalmente al proceso, que permite producir un conocimiento cierto de los hechos invocados; mientras tanto, la evidencia digital como *medio de prueba* involucra los procedimientos establecidos para introducir válidamente en el proceso los elementos de prueba en formato electrónico<sup>(488)</sup>.

Hay algo que ya debemos ir teniendo presente: *el carácter no ostensible e inmaterial del documento electrónico va a incidir, necesariamente,*

---

(485) Ibídem, p. 619.

(486) Sup. Corte Bs. As., 3/3/2004, "Giménez, Sandra E. c. Steccato, Raúl A. y otros/s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B27134.

(487) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 11/5/1995, "Arévalo, Fermina c. Hospital Interzonal de Agudos Presidente Perón - Ministerio de Salud - Prov. de Buenos Aires s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B300270.

(488) Rivolta, Mercedes - Sá Zeichen, Gustavo, "El correo electrónico. Algunas notas acerca de su valor probatorio y su acreditación en juicio", en Granero, Horacio R. (dir.) - Lozano, Romina (coord.) - Steckbaner, María Rosa (coord.), *E-mails, chats, mensajes de texto, Facebook y DVD. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral*, Albremática, Buenos Aires, 2014, p. 171.

*en el desarrollo de las vías procesales (medios de prueba) para obtener su incorporación al proceso y posibilitar su obtención a los fines probatorios.*

Pero eso ya es tema de la parte especial de la obra.

#### **5.4. Consecuencias del distingo**

Como hemos visto, los conceptos de fuentes y medios de prueba no pueden nunca superponerse ni confundirse, por tratarse de dos nociones bien diversas, aunque indisolublemente ligadas.

Vamos a ver, ahora, algunas consecuencias prácticas de la delimitación que hemos efectuado.

##### **5.4.1. La esencia de las fuentes de prueba (una primera consecuencia)**

Hemos dicho ya que las fuentes probatorias preexisten al proceso.

Luego, se predica que el concepto de fuente de prueba es metajurídico, extrajurídico o ajurídico y que con las fuentes de prueba se cuenta antes del proceso y aun con independencia de este<sup>(489)</sup>.

Mientras tanto, la idea de medio de prueba tiene una esencia estrictamente procesal.

Ahora bien, si las fuentes representan lo preprocesal; y sin perder de vista el concepto de prueba, la doctrina sostendrá —y en seguida lo veremos con mayor amplitud— que la búsqueda de fuentes (indagación) no es estrictamente actividad probatoria<sup>(490)</sup>: las fuentes pertenecen a la heurística, los medios a la prueba<sup>(491)</sup>.

No en vano la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que la prueba debe recaer sobre hechos determinados y no convertirse en investigaciones generales e indeterminadas<sup>(492)</sup>.

Ello tiene una importante consecuencia, magistralmente advertida por Sentís Melendo: la búsqueda de fuentes (que se confunde con la averiguación o investigación) por ser anteprocésal y extraprocésal no está sujeta a garantías específicas y determinadas de orden procesal, sino a

---

(489) Midón, Marcelo S., *Derecho probatorio. Parte general*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007, p. 45.

(490) *Ibíd.*, p. 47.

(491) Sentís Melendo, Santiago, “Fuentes...”, cit.

(492) CS, Fallos 24:49; 121:183; 185:213 y 190:142.

garantías de orden jurídico, en general; las de orden procesal afectan solamente a los medios.

La explicación es sencilla: las fuentes han surgido antes del proceso, con lo cual las garantías se refieren a los medios<sup>(493)</sup>.

El derecho probatorio es el que regula el funcionamiento del medio<sup>(494)</sup>.

Ahora bien, aunque la búsqueda de fuentes no sea en puridad actividad probatoria, creemos que ella en modo alguno le está vedada al juez.

Ya Sentís Melendo indicaba que el principio dispositivo se refiere y aplica a las fuentes: la parte dispone de las fuentes y el juez regula los medios, y resaltaba que incluso las medidas para mejor proveer se refieren a pruebas que, como fuentes, están ya en el proceso o que el juez no tiene que descubrir<sup>(495)</sup>.

No sería, entonces, función del juez buscar fuentes<sup>(496)</sup>.

Arazi en alguna ocasión sostuvo que el juez civil puede ordenar medios de prueba para verificar los hechos afirmados por las partes, pero no puede investigar la existencia de fuentes de prueba<sup>(497)</sup>; otros autores acompañan esta tesis<sup>(498)</sup>.

Creemos que el distingo es injustificado y pasamos a demostrarlo.

Pongamos por caso que, en el curso del proceso, quede en evidencia la existencia de fuentes probatorias no mencionadas por las partes.

Lógicamente en la prueba confesional, dada su esencia, el juez no podrá salir a buscar otras fuentes.

En cuanto a las fuentes documentales, en el marco del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el juez tiene el poder-deber (art. 36) para, en orden a esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se

---

(493) Sentís Melendo, Santiago, "Fuentes...", cit.

(494) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción a la probática*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007, p. 76.

(495) Sentís Melendo, Santiago, "Fuentes...", cit.

(496) Sentís Melendo, Santiago, *La prueba...*, cit., p. 17.

(497) Arazi, Roland, "Los medios...", cit.

(498) Randich Montaldi, Gustavo E., "Reflexiones acerca del artículo 181 del Código Procesal Civil de Mendoza: medios, fuentes y hechos exentos de prueba; y presunciones e indicios", LL Gran Cuyo 2009 (febrero), p. 1.

agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los arts. 387 a 389.

No encontramos aquí distingo ni limitación alguna acerca de qué documentos puede el juez mandar a agregar.

Obviamente, también en los términos del art. 36 podrá acudir a la informativa en búsqueda de nuevas fuentes.

En materia de reconocimiento judicial tampoco hallamos limitaciones (art. 479).

Pero el paradigma de la búsqueda de fuentes lo hallamos en el art. 452, que posibilita al juez disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. El precepto es análogo a la norma del art. 257, Código Procesal italiano, que fuera criticada por Sentís Melendo en virtud de indicar que el poder de disposición de las partes se lleva al exceso de poder de inquirir atribuido al juez, y deja de funcionar el principio dispositivo en favor del principio inquisitorio o de oficialidad<sup>(499)</sup>.

De vuelta en el plexo legal, si correlacionamos esta norma con los amplísimos poderes-deberes del art. 36, Cód. Proc. Civ. y Com., y con la regla del art. 442 del mismo estatuto legal (*que permite interrogar al testigo libremente, acerca de lo que supieren sobre los hechos controvertidos*) creemos que la búsqueda de fuentes por el juez no solo no está impedida, sino que debiera ser la regla.

Solo debería el juez, al efecto, agregar al clásico (y vacuo) “de público y notorio” un pequeño interrogante más: “¿Puede decirnos usted si conoce a otra persona que pueda individualizar adecuadamente y que haya presenciado —o que tenga conocimiento— de los hechos?”.

Si la respuesta es afirmativa, lógicamente podrá el juez traerlo al proceso en los términos de los arts. 36 y 452, Cód. Proc. Civ. y Com.

Así, y sin adelantarnos en la exposición (pues el análisis de la prueba oficiosa será abordado en otra parcela de este trabajo), nos limitamos aquí a señalar que, en nuestra concepción, *nada impide que el juez, en forma razonable y con resguardo del derecho de defensa de las partes, salga a la búsqueda de fuentes probatorias no aludidas expresamente por estas.*

---

(499) Sentís Melendo, Santiago, “Fuentes...”, cit.

Esto, que es así en un plano general, cobra superlativa relevancia cuando se trata de ciertas fuentes probatorias (documentales) que obran en la red y resultan de acceso público. El tema será abordado, en su momento, cuando nos refiramos a la prueba oficiosa.

#### **5.4.2. Fuentes y medios: lo limitado frente a lo ilimitado**

En el contexto que ya hemos descripto, podemos aquí señalar junto con la doctrina que los medios de prueba son ilimitados.

La ley prevé algunos, pero indica que los no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez.

En cambio, las fuentes son limitadas, no pueden crearse por orden judicial, existen o no existen y si existen deben procurarse los medios para que el juez las conozca. Ellas pertenecen a una realidad extraprocesal y son aun cuando no haya proceso, mientras que los medios no se conciben fuera del proceso<sup>(500)</sup>.

#### **5.4.3. Fuentes y medios: principios probatorios aplicables**

De los principios probatorios anteriormente analizados vemos que algunos se vinculan con las fuentes y otros con los medios de prueba.

Correlacionamos con las fuentes el principio de igualdad de oportunidades en su relación con el de obtención coactiva de las fuentes de prueba, como así también con el de originalidad de la prueba y el de adquisición.

Mientras tanto, se vinculan con los medios de prueba los principios de contradicción, de especificidad de los medios de prueba y de formalidad.

Remitimos al lector a la conceptualización que, en su momento, de cada uno de ellos hiciéramos y, ahora, podrá apreciarlos jugando acorde con la distinción que efectuamos en este capítulo.

#### **5.4.4. Fuentes y medios: Regulación legal**

Señala Arazi que la distinción entre fuentes y medios determinará el límite entre las leyes sustanciales y las leyes procesales, en tanto las

---

(500) Arazi, Roland, "Los medios...", cit.; Midón, Marcelo S., *Derecho probatorio...*, cit., p. 46 y Randich Montaldi, Gustavo E., "Reflexiones...", cit.

primeras pueden legislar sobre las fuentes, pero la regulación de los medios de prueba es materia exclusivamente procesal<sup>(501)</sup>.

### 5.5. Argumentos de prueba

Al lado de los conceptos ya descriptos (fuentes y medios de prueba) tenemos uno más: el de argumentos de prueba.

Así, son argumentos o motivos de prueba las especiales razones que determinan al juez a convencerse o no de la verdad de los datos proporcionados por los medios de prueba y, por lo tanto, de la existencia o inexistencia de los hechos que configuran el objeto probatorio, sosteniéndose que en un sentido más amplio constituyen también argumentos de prueba las conclusiones que el juez puede extraer de la conducta de las partes o las presunciones que le es permitido establecer sobre la base de hechos reales y probados<sup>(502)</sup>.

Estos argumentos resultarían de las operaciones mentales del juez (percepción-deducción), sirviéndole para sacar de la fuente de prueba la conclusión pertinente: serían las razones por las cuales el juez obtiene su convencimiento y saca determinada conclusión<sup>(503)</sup>.

### 5.6. Regulación legal de los medios de prueba

Por aplicación del principio de formalidad de la prueba vemos cómo el legislador, a lo largo de los códigos procesales, reglamenta los diversos medios de prueba.

Ello es consecuencia de la delimitación conceptual que efectuáramos: las fuentes no están sometidas a procedimientos, son los medios los que han de ajustarse a él<sup>(504)</sup>.

Así entonces, el Código Procesal Civil y Comercial nos hablará (Libro II, Título II, Capítulo V) de prueba documental (Sección II), de informes (Sección III), de confesión (Sección IV), de testigos (Sección V), de peritos (Sección VI) y de reconocimiento judicial (Sección VII).

Y el codificador se ocupa de señalar (art. 378) que la prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que

---

(501) Arazi, Roland, "Los medios...", cit.

(502) Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, cit., t. IV, p. 334.

(503) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 273.

(504) Sentís Melendo, Santiago, "Fuentes...", cit.; Colerio, Pedro, "Acerca de las fuentes...", cit.



el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso, y agrega que los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez.

Subyace aquí el principio de legalidad de las formas, como así también el de especificidad de los medios de prueba, que se atenúa ante medios de prueba no previstos (donde se recurre a la analogía o a lo que establezca el juez), fundamentalmente al tener en cuenta que no le es posible al legislador predecir, exhaustivamente, las diversas situaciones que en los concretos (*y futuros*) procesos judiciales podrían presentarse, más aún ante el vertiginoso avance no solo de las ciencias, sino también de las relaciones intersubjetivas, con las nuevas necesidades que ello puede aparejar.

La doctrina española entiende por “nuevos medios” de prueba aquellos que no aparecen relacionados en las antiguas leyes de enjuiciamiento (o, con mayor propiedad, aquellos que no pudieron estar en la mente del legislador al tiempo de promulgarse dichas leyes) y que son propiciados por los avances científicos o tecnológicos, y describe las dos posiciones fundamentales mantenidas en torno a la naturaleza de los “nuevos medios” probatorios: de un lado, la que cabría calificar como “teoría autónoma”, en cuya virtud los “nuevos medios” tienen una naturaleza propia y diversa de las asignadas a los medios tradicionales; y, de otra parte, la “teoría analógica”, en cuya virtud los “nuevos medios” tienen una naturaleza equiparable o subsumible en las inherentes a los medios tradicionales, en tanto que esta última es la predominante<sup>(505)</sup>.

Por nuestra parte, estamos con Falcón en cuanto sostiene que, en la práctica, cuesta ver la existencia de medios probatorios distintos de los que se mencionan generalmente<sup>(506)</sup>.

Así lo resaltaba Sentís Melendo: en realidad cuando la jurisprudencia crea o parece crear o admitir un medio de prueba no suele tener que realizar un esfuerzo muy considerable<sup>(507)</sup>.

---

(505) Gómez del Castillo y Gómez, Manuel M., “Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil”, *Derecho y conocimiento*, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva, Huelva, 2001, vol. 1.

(506) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, p. 633.

(507) Sentís Melendo, Santiago, “Fuentes...”, cit.

Ocurre que, en la mayoría de los casos, se trata de los medios probatorios clásicos, que en cierto modo se reformulan, pero cuya esencia se mantiene inalterable.

Llegado este punto, es tiempo de advertir que la primera gran definición a efectuar en materia de prueba electrónica es si nos hallamos ante un medio probatorio no contemplado o si, por el contrario, opera dentro del ámbito de alguno de los ya conocidos, y regulados, por el legislador procesal.

Solo advertimos acerca del tema, en este momento; pero no profundizaremos sobre el asunto: el tiempo de hacerlo será la parte especial de la obra, aunque en este estadio general llamemos la atención sobre su importancia.

## VI. INSTRUCCIÓN DEL PROCESO CIVIL

### 6.1. En la antesala del proceso

En los albores de la obra hemos traído a colación la opinión de notables juristas que nos hicieron ver que no podemos incluir, dentro de la concepción instrumental de la prueba (*que la aprehende como medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio*), la actividad de averiguación o investigativa.

Hemos dicho, además, que probar será la acción de aportar razones y motivos en orden a dejar verificada alguna de las proposiciones formuladas en juicio y que la actividad probatoria va a ser aquella encaminada a probar.

Dentro de esta concepción, y como ya vamos a explicitarlo, la idea de averiguación o investigación de cómo los hechos sucedieron precede, obviamente, a la etapa (*procesal*) alegatoria de estos.

Y esta etapa de averiguación o investigación no va a limitarse a cómo los hechos sucedieron, sino que incluirá también los primeros tramos de la estrategia que adoptará el asistente jurídico al que el justiciable acuda para intentar probarlos y así favorecer la postura de quien reclame sus servicios.

Es la labor instructoria a la que, aunque está más claramente delimitada y circunscripta en los procesos de naturaleza penal, no es ajena la controversia civil.

Estas líneas, que observan mayormente la cuestión desde el ángulo del abogado a quien acude el justiciable, se ocupan del tema.

## 6.2. ¿De qué se trata la instrucción del proceso civil?

Evocamos a Carrió y a su clara descripción de una típica situación:

Un cliente (*el primero*) llega al estudio de un novel abogado.

A solicitud del profesional, empieza a narrar sus cuitas.

Cuenta una historia que a este le suena heterogénea y confusa; un borbollón de hechos.

El destinatario del relato guarda un azorado silencio.

Como buen alumno que fue, dispone de un prolijo casillero de instituciones y conceptos jurídicos nítidamente separados.

Lo que el cliente le cuenta no entra en ninguno de los casilleros; el hombre es, por decirlo así, interdisciplinario.

La creciente desesperación del joven abogado le hace perder el hilo del relato

Cada vez entiende menos.

Concluida su narración, el cliente calla<sup>(508)</sup>.

¿Cuántas veces nos ha acontecido algo similar?

El justiciable (generalmente lego en cuestiones jurídicas) nos llega con un relato proteiforme; una masa de hechos, sucesos, valoraciones, explicaciones y opiniones que, en el caso de tener que reclamar como actores, deberemos moldear y encajar jurídicamente en alguno de los tipos legales que pudieran proteger y avalar su reclamo.

Si el justiciable que llega no es quien reclama sino el reclamado la situación no será muy diversa: vendrá a nosotros con la demanda y la documental que recepcionó y, cuando comience a hablar, generalmente explicitará su versión que probablemente tenga las características reseñadas en el párrafo precedente.

Así, en nuestro medio, el letrado es la primera intersección entre los hechos y el derecho, pues cuando se trata de vincularlos en el seno del proceso, ellos ya habrán pasado por el tamiz del abogado particular cuya labor, según la doctrina, exige asumir “desde el vamos” una posición

---

(508) Carrió, Genaro R., *Cómo estudiar y argumentar un caso*, reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 20.

activa, que no puede refugiarse en comodidades ni inercias que, a la postre, perjudican la defensa del interés que le fuera confiado<sup>(509)</sup>.

De este modo, la instrucción del proceso civil pasa por dos momentos: el jurídico, en el cual se realiza la llamada subsunción jurídica, y el fáctico, donde se concreta el averiguamiento y la preparación del proceso<sup>(510)</sup>.

Nos interesa este último: el abogado frente a los hechos.

### 6.3. Naturaleza de la instrucción del proceso civil

Ya Bentham en su época ponía de manifiesto que el descubrimiento de las pruebas es una cuestión a la cual se dedica la parte interesada<sup>(511)</sup>.

La instrucción del procedimiento civil corresponde exclusivamente a las partes y tiene, *en nuestro medio y en principio*, un carácter pre y extrajudicial<sup>(512)</sup>: a la parte le corresponde averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso<sup>(513)</sup>.

En nuestro medio no existen procedimientos como el *discovery* (procedimiento desplegado en forma básicamente extrajudicial, tendiente a reunir y confrontar la prueba<sup>(514)</sup>). Si bien en los últimos años hemos visto algunas iniciativas en doctrina y proyectos de reforma<sup>(515)</sup> para implementar instituciones de esta naturaleza, ellas no se han visto corporizadas en normas vigentes de manera general<sup>(516)</sup>. Además, y en tanto las

---

(509) Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, 2a ed. reelaborada y ampliada, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, La Plata, 1991, t. V A, p. 53.

(510) Falcón, Enrique M., *Tratado ...*, cit., t. I, p. 676.

(511) Bentham, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales*, Valetta, Buenos Aires, 2002, p. 357.

(512) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general*, cit., t. I, p. 278; Tessone, Alberto J., "El abogado y la instrucción preliminar", LL 1997-E-151.

(513) Abel Lluch, Xavier, "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil", en Abel Lluch, Xavier - Picó i Junoy, Joan, *Objeto y carga de la prueba civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007, p. 24; CNCom., sala A, 25/10/2005, "Iraola y Cía. SA c. Space-labs Medical Inc.", DJ 15/2/2006, 391.

(514) Rico, Margarita, "La institución del *discovery* y el derecho procesal argentino", LL 2000-E-325.

(515) Como el preparado para la Provincia de Buenos Aires.

(516) Encontramos, sí, que ha desembarcado el instituto, con diversidad de matices, en el procesalismo provincial (art. 326 bis, Cód. Proc. Civ. y Com. Corrientes, incorporado por ley 5950; 356 bis, Cód. Proc. Civ. y Com. Santa Cruz, ley 3453; 433 y

mismas son ajenas a nuestra tradición forense, quizás habría que analizar, muy detenidamente, cuál sería el impacto práctico de su importación, cuáles serían sus ventajas —y desventajas— reales, más allá de las preferencias personales y los vaticinios (con poco anclaje en la realidad litigiosa local) que puedan hacerse.

Volviendo a lo hoy vigente, tenemos que esta función instructoria de la que venimos hablando es, entonces, en principio, ajena al cometido del juez, aunque puede en ciertos casos facilitar una ayuda a través de las diligencias preliminares<sup>(517)</sup>.

Por esta vía el derecho probatorio puede orientarse en una dirección favorecedora de la investigación de los hechos, dictando normas que le permitan abrir y acceder a muchas fuentes de prueba<sup>(518)</sup>.

Lo cual no es dato menor.

La doctrina ha señalado que, en tanto la pesquisa deviene asunto absolutamente privado, parece que se viola la garantía del debido (futuro) proceso cuando la imposibilidad de acudir al poder coercitivo del Estado impide, insalvablemente, el descubrimiento y la recolección de los materiales del juicio en ciernes<sup>(519)</sup>.

Pensamos que la postulación es acertada.

Es que, si existe un derecho constitucional a defenderse probando, su consagración sería prácticamente irrisoria (carente de efectividad) en la medida en que, en aquellos casos límite donde el acceso a las fuentes resultare imposible, el ordenamiento jurídico no actuara para asistir al justiciable que vea obstaculizada su pesquisa.

Bentham también reflexionaba sobre el particular y analizaba la cuestión que podría darse si aquellos que podían dar información a la

---

434, Cód. Proc. Civ. y Com. Chaco, ley 7950). Para profundizar sobre el tema puede verse, entre otros aportes, Berizonce, Roberto O., "Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de conflictos", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, nro. 44, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, julio-diciembre/2016, p. 40, disponible en <http://publicacionesicdp.com>; Fajre, Santiago, "Prueba anticipada y solución de conflictos", *Temas de Derecho Procesal*, Erreius, febrero 2019, p. 219; Sosa, Toribio, "La prueba anticipada con finalidad proactiva", disponible en <http://sosa-procesal.blogspot.com.ar>.

(517) Muñoz Sabaté, Lluís, "Probática y derecho probatorio", *Compendio de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación*, nro. 3 (diciembre), Errepar, Buenos Aires, 2006.

(518) Muñoz Sabaté, Lluís, "Probática...", cit.

(519) Ballester, Horacio C., "Búsqueda, ofrecimiento y admisión de las pruebas civiles", JA 1994-IV-790 y "Ofrecimiento y admisión de las pruebas civiles", LL 1995-A-704.

parte acerca de la controversia, por cualquier causa que fuera, se negaban a hacerlo señalando que, en tales casos, el justo derecho de la parte quedaba sin efecto perdiendo su causa del mismo modo que si, habiendo descubierto al testigo esencial, se hubiere rehusado su citación<sup>(520)</sup>.

Por otro lado, desde el punto de vista del profesional, si se pretende que el abogado actúe cabalmente su función de auxiliar de la justicia y coarte, como *higienista de la vida judicial*, el acceso a los estrados de aquellos planteos que no vienen asistidos de razón<sup>(521)</sup>, es imprescindible dotarlos de los medios idóneos para corroborar, al menos *prima facie*, los hechos en que fundará planteo.

Y solo de tal manera podrá ejercerse, *efectivamente*, la carga de la afirmación.

Bien dice la doctrina: si el abogado careciere de estas facultades se vería cercenado el ejercicio de su profesión y quebrantado el derecho de defensa a él encomendado<sup>(522)</sup>.

Ciertamente, y como ya lo veremos, esto puede adquirir mucha relevancia cuando se trata de controversias que involucran cuestiones digitales, donde los desniveles, y dificultades heurísticas, pueden ser importantes.

La cuestión es casuística y para enfrentar este tipo de problemas (principio *favor probationes*) podría acudir a la figura de las diligencias preliminares (art. 323, Cód. Proc. Civ. y Com.), y ampliar (*generosamente*) su espectro y las posibilidades (*enumeración*) que el legislador ofrece en su seno, solo para permitir la búsqueda y acceso a las fuentes y en virtud de tener siempre en cuenta que si cualquiera de estas diligencias implicare el acceso de las fuentes al proceso (*adquisición probatoria*) deberían resguardarse las garantías de la contraparte (*especialmente la igualdad y posibilidad de contradecir*), pues si ello aconteciera la diligencia preliminar se transformaría en prueba anticipada, distingo que más tarde explicitaremos.

---

(520) Bentham, Jeremy, *Tratado...*, cit., p. 358.

(521) Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces*, trad. de la 3a ed. italiana por Ayerra Redín, Santiago Sentís Melendo y Conrado Finzi, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, p. 140.

(522) De Lazzari, Eduardo N., "Facultades del abogado para requerir informes (vigencia y alcances del artículo 58 de la ley 5177 de la provincia de Buenos Aires)", *Jus*, nro. 15, Librería Editora Platense, La Plata, 1970, p. 87.

#### 6.4. Delimitación instrucción-prueba

A tenor de todo lo que hemos señalado queda en claro que las instituciones *instrucción del proceso* y *prueba* tienen una esencia bien diversa.

Bien lo ha sostenido Muñoz Sabaté: investigar es como abrir una puerta para descubrir lo que hay dentro; prueba es afirmar lo que hay dentro para juzgar si resulta de interés abrir esa puerta. Por eso se ha dicho que prueba es lo ya sabido<sup>(523)</sup>.

La investigación utiliza todo tipo de procedimientos para el hallazgo. La prueba, en cambio, es traslado de ese hallazgo al proceso y básicamente argumentación científica o vulgar de los resultados revelados<sup>(524)</sup>.

La averiguación no constituye actividad probatoria, sino procedimiento previo<sup>(525)</sup>.

Y el distingo no es baladí ni meramente académico: al quedar la labor investigativa fuera del campo de lo que entendemos como prueba no regirán, en su seno, las normas, principios y garantías probatorias, ni tampoco las limitaciones que rigen en la materia.

Como lo advertimos claramente la labor investigativa, si bien queda fuera del ámbito de lo que hemos considerado *prueba*, entra, junto con esta, en el mismo campo de la probática<sup>(526)</sup>.

Con todo, hemos reportado ya algunas iniciativas (que aún no se han expandido de manera global en las diversas jurisdicciones de nuestro país) encaminadas a mutar la fisonomía de la prueba anticipada. Si bien, como lo decíamos, aun no existe consenso sobre este enfoque, es necesario tenerlo presente.

#### 6.5. Su objeto

La instrucción del proceso civil implica la averiguación de los hechos que fundarán una eventual pretensión u oposición<sup>(527)</sup> pues, como decía Eisner, somos instructores de nuestros propios asuntos, investigando

---

(523) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción a la probática*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007, p. 23.

(524) *Ibíd*em, p. 26.

(525) Gozáini, Osvaldo A., "La teoría de la prueba y el fenómeno de la informática", JA 1999-II-912.

(526) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., p. 28.

(527) Falcón, Enrique M., *Procesos de conocimiento*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 96.



qué ocurrió, cómo ocurrió y qué pruebas vamos a tener y, recién cuando estamos bien convencidos de que nuestro asunto justifica el planteamiento de una pretensión jurídica, se propone la demanda<sup>(528)</sup>.

Tessone señala que la instrucción está enderezada a la obtención de un suficiente caudal de conocimiento del conflicto en que se encuentra inmerso el justiciable, siendo una labor que le atañe al abogado y viene impuesta por la relación jurídica que vincula al cliente con el profesional<sup>(529)</sup>.

Incluso, ya fuera de este estudio pero tangencialmente relacionado con el tema que abordamos, la doctrina se pregunta por qué no pensar que la finalidad probatoria tiene también como destino persuadir al otro de la razón de nuestras posiciones; si aquel no fuese aun adversario, ni tuviese ante sí la eventualidad concreta de una demanda judicial, es posible que a través de la prueba acumulada antes del proceso y fuera del mismo, pueda conseguir un argumento suficiente para revertir la crisis y lograr un acuerdo extrajudicial pudiendo utilizarse la prueba extraprocesal como mecanismo suasorio de las partes, en una etapa anterior al proceso y en el marco de una negociación profesional que profundice los acercamientos más que las diferencias de intereses: disponer de la prueba como remedio alternativo para la pacificación de conflictos, antes que utilizarla como arma posible de cualquiera de los adversarios manifiestos de un juicio jurisdiccional<sup>(530)</sup>.

En este sentido, se encaminan algunas de las iniciativas antes reportadas.

## 6.6. Etapas

La instrucción del procedo civil puede descomponerse en fases o etapas, habiendo dos fundamentales: la determinación de los hechos conducentes y la búsqueda de las fuentes de prueba aptas para acreditarlos.

No se trata de compartimientos estancos, sino que sucesivamente se pasa de una a otra: determinamos algunos hechos, buscamos fuentes que, a su vez, pueden indicarnos nuevas y diferentes hipótesis fácticas, que nos obliga a buscar nuevas fuentes.

Así hasta que consideramos tener un espectro global de los acontecimientos y las fuentes necesarias para apuntalar nuestra futura narración.

---

(528) Eisner, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, 2a ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 39.

(529) Tessone, Alberto J., "El abogado...", cit.

(530) Gozaíni, Osvaldo A., "La prueba extraprocesal (sobre la importancia de la preconstitución probatoria para la resolución anticipada del conflicto)", LL 1995-C-1363.

Tessone señala que la instrucción básicamente consiste en: a) una completa determinación de los hechos conducentes (relevantes) involucrados, favorezcan o perjudiquen al cliente; b) la individualización de los instrumentos u órganos de prueba con los que podrá contar y en la evaluación de las fuentes de prueba que ellos pueden suministrar en el futuro proceso y c) la comprensión de los hechos aprehendidos que al cabo pueden resultar probados, con el significado que le otorgan las normas del ordenamiento positivo<sup>(531)</sup>.

Muñoz Sabaté expresa que la probática, desde la perspectiva del abogado, impone una serie de actividades:

1. Exposición fáctica del caso por el cliente.

2. Centraje del *thema probandi* y comprensión de su realidad ontológica: consiste en desarrollar un acercamiento al hecho o hechos que consideramos decisivos para la litis, trabajo en donde a veces se hace imprescindible detenerse en ciertas consideraciones y referencias al derecho sustantivo.

3. Reflexión crítica acerca del material recogido en el punto primero orientada al cálculo inferencial<sup>(532)</sup>.

## 6.7. Inicial contacto con los hechos: la entrevista con el cliente

El abogado desconoce inicialmente los hechos del caso, su campo es el derecho.

El cliente, mientras tanto, desconoce el derecho, pero conoce (o debería conocer) los hechos del caso.

Así, la entrevista con el cliente debería amalgamar ambos conocimientos para permitirle al abogado cumplir su menester.

Este momento inicial de la actividad instructoria del proceso civil tiene algunas particularidades.

Lo primero a tener en cuenta es que la historia del cliente contendrá excesos y defectos.

Al abogado le llegan los hechos en bruto; es él quien debe saber buscar la juridicidad en ellos; el cliente ignora si los hechos que está relatando

---

(531) Tessone, Alberto J., "El abogado...", cit.

(532) Muñoz Sabaté, Lluís, "Probática...", cit.

forman “el supuesto de la norma jurídica” y hay que dejarle hablar para de entre tanta materia sacar lo aprovechable<sup>(533)</sup>.

El abogado deberá superar las omisiones y las deformaciones de la realidad que suelen afectar a la exposición del cliente, sea por la ignorancia del lego en punto a los hechos que resultan relevantes en el campo del derecho, ya por el impulso de los seres humanos de destacar lo favorable, ocultando o minimizando lo perjudicial.

Falcon sugiere revisar los hechos narrados por el cliente, planteándonos una serie de interrogantes: ¿están todos los datos? ¿aparecen situaciones fácticas que no se relacionen con las anteriores? ¿falta algo dentro del relato? ¿algún dato que pudiera ser útil? ¿algo fuera de lugar o aparentemente ilógico, incongruente o contradictorio?<sup>(534)</sup>.

Muñoz Sabaté incluso aconseja no desdeñar los datos que se refieren a la personalidad de quien es o va a ser la contraparte; hemos de intentar predecir las múltiples respuestas que puede ofrecer el adversario y presumir las objeciones o informaciones que pueda hacer a nuestras pruebas, lo cual nos obliga a extender nuestro estudio a toda la dimensión antropológica del mismo, centrada fundamentalmente en su personalidad, conducta y antecedentes, basándonos en los datos que nos proporcione el cliente y aquellos otros que pudiéramos obtener<sup>(535)</sup>.

E incluso el autor nos da algunas pautas a utilizar cuando carecemos de alguna información acerca del hecho.

Habla, en tal sentido, de la realización de lo que llama “espectro factual hipotético” definiendo así a la descomposición del hecho a probar en una serie imaginaria de hechos simples como hipótesis de trabajo para elaborar la fórmula probática o cualquier tipo de interrogatorio<sup>(536)</sup>.

Se parte en un primer momento de supuestos fácticos imaginarios; se trata de inventar elaborar una narrativa de lo que “habría podido suceder”, inventando una versión del hecho litigioso, y también de su prehistoria e intrahistoria.

Ello se aplica particularmente en aquellos casos donde se carece de información, para disponer de “cabezas de puente” a partir de las cuales

---

(533) Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1978, p. 423.

(534) Falcón, Enrique M., *Cómo hacer una demanda*, 3a ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, ps. 37-38.

(535) Muñoz Sabaté, Lluís, “Probática...”, cit.

(536) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., p. 68.

se puedan elaborar proposiciones de prueba, interrogatorio, repreguntas y otras actuaciones investigatorias, siendo a veces necesaria la realización de más de un especto factual hipotético<sup>(537)</sup>.

Carrió, por su parte, brinda ciertas reglas ideales a tener en cuenta en materia fáctica.

En tal sentido, para el autor, se debería:

a) Conocer el hecho a fondo; el *desiderátum* es conocerlo mejor de lo que los conoce el cliente.

b) No aceptar como dogma la versión del cliente ni la de sus asesores pues el interés, la pasión, la vanidad, el temor al ridículo, hacen que la gente no vea con objetividad sus propias cosas.

c) En todo cuanto sea posible, formarse una opinión propia e independiente acerca del hecho señalando que hay pocas cosas más desagradables que enterarse en medio de un asunto (judicial o extrajudicial) de que los hechos son distintos de lo que creíamos, porque nos informaron erróneamente u omitieron decirnos algo por considerarlo irrelevante.

d) Pedir un *memorandum* completo de los hechos. Leerlo detenidamente y cotejarlo con los antecedentes<sup>(538)</sup>.

Desde otro lugar, el relato del cliente no se limitará solo a como acontecieron los hechos sino también deberá incluir lo relativo a las fuentes de prueba cuya existencia conozca.

El abogado no solo escucha a su cliente, sino que también le sonsaca, indagando fuentes de prueba, lo que debe hacerse de un modo metódico<sup>(539)</sup>.

Debe inquirirlo sobre las pruebas que tiene en su poder o de otras que conozca.

Aclarará las pruebas documentales que tiene en su poder el cliente, las que tiene en poder el demandado, las que tienen terceros, ya sean particulares, instituciones oficiales o privadas. También le inquirirá sobre los testigos que pudiera haber del hecho y la intervención de profesionales durante la relación jurídica, cuya “quiebra” ahora se pretende reclamar en justicia<sup>(540)</sup>.

---

(537) Ibídem, ps. 69-70.

(538) Carrió, Genaro R., *Cómo estudiar...*, cit., ps. 36-37.

(539) Muñoz Sabaté, Lluís, “Probática...”, cit.

(540) Falcón, Enrique M., *Cómo hacer una demanda*, cit., p. 22.

Cobrará especial relevancia aquí, como se lo verá más adelante, el trabajo profesional con la evidencia digital. Muchas veces, el grado de conocimiento y manejo del cliente podrá ser limitado en este sentido. En muchas otras, incluso, podremos llegar a encontrarnos con un uso indebido (o hasta recolección ilícita) de fuentes por parte del cliente.

Así, y como se ve, este tramo de la labor profesional puede volverse, en ciertas ocasiones, de gran complejidad.

Además, esta actuación del abogado de la que estamos hablando tiene una importancia insoslayable pues, en virtud del principio de preclusión, las inadvertencias o descuidos en la instrucción preliminar no podrán ser cubiertos con posterioridad, ni siquiera acudiendo a las normas que contemplan la alegación de hechos nuevos o la incorporación de documentos desconocidos, pues si el cliente tenía conocimiento de ellos y no fueron alegados o incorporados como consecuencia de una deficiente instrucción preliminar no podrán ser aceptados posteriormente; incluso en ciertas ocasiones el déficit reflejará en el proceso como una falta de cooperación en el esclarecimiento de los hechos, que permitirá al juez extraer argumentos de prueba perjudiciales para el cliente<sup>(541)</sup>.

Es decir que si, en este momento, se nos escapa un hecho o una fuente de prueba (*que era conocida por el cliente*) y por tal razón los mismos no son allegados al proceso en el momento oportuno, nada podrá hacerse en el futuro e incluso la omisión puede erigirse en elemento que empeore la situación del justiciable involucrado en la controversia.

Ello, a no dudarlo, impone una actuación pulcra, meditada, prolija, reflexiva, serena y nunca apresurada, agotando todas las posibilidades que estén al alcance del profesional en orden a lograr una instrucción lo más completa y acabada posible.

## 6.8. Recolección de fuentes probatorias

Tenemos al cliente y a *su narrativa* de los hechos que, a través del saber jurídico, se ha ido moldeando y encuadrando en la categoría de hechos conducentes.

Es tiempo de ver cómo vamos a probarlos.

La recolección de fuentes es una actividad que, desarrollada por el abogado, constituye el meollo de lo que se conoce como instrucción preparatoria<sup>(542)</sup>.

---

(541) Tessone, Alberto J., “El abogado...”, cit.

(542) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 645 y 674-675.

Lo primero de debemos determinar es si existen fuentes probatorias; luego trataremos de recolectarlas por nosotros mismos, con auxilio de la parte o con ayuda profesional<sup>(543)</sup>; luego, en su momento, profundizaremos sobre la especialidad de esta faena, cuando es necesario utilizar evidencia digital. Porque, a no dudarlo, no será lo mismo el momento de recolección cuando se trata de instrumentos en soporte papel y, a lo sumo, de algunos testigos, que cuando se trata de recolección de documentos que aparecen fuertemente atravesado por lo técnico, como es el caso de los documentos digitales. Llamamos la atención sobre esto, tema que se desarrollará más adelante.

Volviendo al desarrollo principal, Muñoz Sabate nos habla de este momento instructorio como *etapa heurística* designando así todo lo que haga referencia a la búsqueda o investigación de los hechos dentro o fuera del proceso<sup>(544)</sup>.

La heurística, que viene a ser una parte o disciplina de la probática, se vale de distintos saberes y prácticas; no intenta verificar las afirmaciones de hechos vertidos en el proceso (pues este es cometido de la prueba) sino alumbrar los propios hechos y descubrir sus huellas o estampaciones, facilitando así la posterior afirmación de los mismos y su reproducción a través del medio correspondiente<sup>(545)</sup>.

Las fuentes pueden llegarnos aportadas por el propio cliente, pero, en muchos casos (incluso es lo aconsejable), debemos salirlas a buscar (ora conformando todo el plexo por nosotros mismos ora complementando lo que se nos aporte).

Esta búsqueda no es una cuestión jurídica y poco se prepara al abogado, durante su formación académica, para enfrentar situaciones de este tenor: se lo instruye en derecho probatorio, pero bastante poco en probática.

Muñoz Sabate explicita, en forma bastante clara, los rasgos más sobresalientes de la actividad indagatoria:

1. Se trata de un método frecuentemente informal, salvo los pocos casos en que la ley regula de alguna manera el método de investigación.
2. Empieza con una hipótesis, y a medida que progresa, suelen aparecer sobre la marcha otras microhipótesis. Nada impide, pues, la mera sospecha como desencadenante.

---

(543) *Ibidem*, p. 644.

(544) Muñoz Sabaté, Lluís, "Probática...", cit.

(545) *Ídem*.

3. Su rumbo es imprevisible, ya que el investigador no puede prever todas las posibles variables que vaya surgiendo en su camino.

4. Es autocorrectivo: los nuevos datos que se van obteniendo pueden obligar a modificar el conocimiento disponible, ya que, en ningún caso, deben adaptarse los nuevos datos al conocimiento existente, sino este último a los primeros.

5. Es acumulativo: se suman las experiencias obtenidas antes por otros investigadores; cosa que optimiza el trabajo a realizar por el nuevo investigador

6. Sus resultados siempre son positivos, ya que los negativos, al destruir las hipótesis, impiden repeticiones inútiles.

7. El valor de sus datos básicos depende de los medios con que fueron obtenidos (se nota aquí la interferencia del derecho probatorio).

8. Puede no coincidir con las deducciones del sentido común<sup>(546)</sup>.

## **6.9. Incidencia de los principios probatorios en materia de recolección de fuentes**

Hemos dicho, anteriormente, que en tanto la actividad instructoria era pre procesal y eminentemente privada en su seno no regían las normas, garantías y principios de derecho probatorio.

Aunque tal postulación no puede tomarse a rajatabla.

Dos son las cuestiones que deben tenerse en cuenta.

La primera es la relativa al principio de ineficacia de la prueba ilícita al que ya hemos hecho referencia.

E importa aquí pues si la labor instructoria, para la obtención de la fuente, viene teñida de ilicitud, ello insertará una indudable mácula en el producto de la investigación y operará, como ya lo indicáramos, la ineficacia de la prueba.

Vemos aquí una importante conexión entre la labor instructoria en sí, su resultado (la fuente obtenida) con la ulterior admisibilidad y su eficacia en el proceso respectivo.

Esto, como se verá más adelante, es importantísimo en materia de evidencia digital.

---

(546) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., p. 27.



La segunda viene dada por el principio de igualdad de oportunidades de las partes para la prueba, que también analizáramos.

En el punto es indudable que, en materia de instrucción procesal, ambos contendientes no están, ni podrían estarlo nunca, en un plano de perfecta igualdad.

Veamos.

El actor tiene, para instruir e investigar, todo el plazo de prescripción, que varía según el caso.

Su asistencia técnica, de este modo, cuenta con todo ese tiempo para buscar, sondear, inquirir, analizar y reanalizar la cuestión.

El demandado, mientras tanto, encuentra sus posibilidades mucho más limitadas: solo cuenta con el lapso desde que recibe la noticia de la promoción del proceso en su contra hasta el momento en que vence la posibilidad de realizar su oferta probatoria.

El trato dispar es evidente, aunque, en realidad, está justificado pues sería imposible equipararlos.

Y, en definitiva, el principio de igualdad no se vería indebidamente menoscabado en tanto el demandado siempre contaría con la posibilidad de presentarse al proceso y pedir la suspensión de los términos para realizar la oferta probatoria, dando válidas —y muy fundadas— razones que demostraran que, dentro del plazo que la ley le otorga, le es imposible realizar la condigna labor instructoria a su defensa técnica.

En tales casos, pensamos, el criterio debe ser flexible y permeable ponderándose las razones dadas en el concreto marco fáctico que se debate y siempre teniendo en cuenta las innegables proyecciones que tiene la labor instructoria sobre el ejercicio del ya analizado derecho (*constitucional*) a defenderse probando.

## 6.10. Conclusión de la labor investigativa

En cierto momento nuestra labor investigativa termina.

Hemos recopilado determinada cantidad de fuentes de prueba que, a la postre, vamos a aportar al proceso; tenemos preparada la cuestión técnica.

Puede llevarse a cabo lo que Muñoz Sabaté llama *fórmula probática*, que sería la confección y ordenación sistematizada de los medios y actividades de prueba considerados necesarios y que se formaliza por el abogado

a través de un acto procesal denominado proposición de prueba<sup>(547)</sup> teniendo un alcance más amplio que la proposición de prueba, ya que mental o gráficamente empieza a idearse al diseñar la demanda (fórmula preprocesal), se hace operativa mediante aquella proposición y se reconstruye por último en vista a la fase de conclusiones o “resumen de pruebas”<sup>(548)</sup>.

Por otro lado, ya tendremos noción del caudal probatorio con el que contamos.

Podemos hablar de dosis de prueba, lo que se concibe como la cantidad o nivel de evidencia necesaria para satisfacer la carga primaria de la prueba.

El cálculo de la dosis necesaria no deja de ser una especulación psicológica acerca del grado de persuasión que las pruebas ejercerán sobre el juez dependiendo de una multitud de variables muy difíciles de abarcar, siendo algunas medianamente definibles: la personalidad del juez, el gradiente de tuitividad del caso (*in dubio pro*, que, aun cuando su cometido técnico es jurídico interpretativo y no fáctico, ha sido desfigurado muchas veces para convertirlo en un auténtico *favor probationes*), su importancia económica o represora y la argumentación que se espera recibir de la contraparte<sup>(549)</sup>.

Incluso, este cálculo puede complicarse en ámbitos como el de la evidencia digital, por sus propias características y, especialmente, por el escaso manejo que, en algunos ámbitos, se tiene de la misma.

De este modo, a veces será difícil para el abogado pronosticar cómo podrá reaccionar un magistrado cuando se le aporte este tipo de evidencia, cuando —quizás— esta situación que llevemos sea la primera en la que se enfrente a la necesidad de valorar esta prueba. Sabemos que, si bien los usos tecnológicos están hartamente difundidos, en muchas jurisdicciones todavía la cuestión está, por decirlo de algún modo, dando sus primeros pasos.

Ahora, y no obstante ello, cuando concluye la labor investigativa podemos tener, entonces, una predicción inicial de cómo el pleito puede desarrollarse y concluir.

Debemos hacérselo saber a nuestro cliente, incluso poniendo en su conocimiento cuales son, a nuestro juicio, las probabilidades de que su postura prospere pues, en definitiva, es el quien decide y es el quien puede, en el futuro, reclamarnos por no haberlo asesorado adecuadamente. Más

---

(547) Muñoz Sabaté, Lluís, “Probática...”, cit.

(548) Ídem.

(549) Ídem.

aún, hasta puede advertírsele de las diversas posibilidades que pueden darse, frente al hecho de involucrar su caso cuestiones tecnológicas.

Hecho esto, y de decidirse continuar, comenzamos a transitar el sendero hacia el litigio.

Llegará el momento, entonces, de introducir toda esta evidencia que hemos recolectado, o ubicado, en el proceso del que se trate.

Y de eso hablamos en seguida.

## **VII. INGRESO DE LA PRUEBA AL PROCESO (OFRECIMIENTO, PROVEIMIENTO Y PRODUCCIÓN)**

### **7.1. Introducción**

Una vez que la labor instructoria ha concluido tendremos ya una noción acabada acerca de qué fuentes y medios de prueba vamos a utilizar en nuestra estrategia procesal.

Aquella labor instructoria, ya lo hemos indicado, se desarrollaba prácticamente en forma extrajudicial.

Concluida ella, llega el momento de valernos de su resultado: es tiempo de utilizar lo que hemos averiguado (*instrucción*) para acreditar lo que sostendremos (*prueba*).

Y para ello, salvo que hayamos tenido que transitar por el excepcional *iter* del aseguramiento de prueba, será necesario desarrollar determinada actividad (esta ya procesal) en orden a que la prueba vaya ingresando al proceso.

Se trata del acto que, en nuestros ordenamientos rituales, se conoce como ofrecimiento (o agregación, en su caso) de prueba, instituto que responde al concepto de que la prueba se obtiene siempre por mediación del juez, en tanto este es el intermediario obligado en todo el procedimiento de esta naturaleza<sup>(550)</sup>.

Así esta actividad (de las partes) se complementa con otra (del magistrado) tendiente a franquear el acceso de la prueba que las partes vayan proponiendo o agregando.

Hablaremos, entonces, de ofrecimiento y proveimiento de la prueba.

---

(550) Couture, Eduardo J., *Fundamentos*, cit., p. 249.

## 7.2. Ofrecimiento de prueba

Bien ha indicado Devis Echandía que, con esta fase, en la que la actividad de las partes sellará la suerte del proceso y de la sentencia, se inicia necesariamente la actividad probatoria en el proceso<sup>(551)</sup>.

En esencia implica la indicación, por las partes, de los medios de prueba que desean utilizar.

Pero aquí debe hacerse alguna precisión.

Volviendo a citar a Devis Echandía diremos que se habla de *presentación* de la prueba cuando la parte interesada aduce el medio y el juez se limita a admitirlo, sin que deba adelantarse actividad alguna de práctica.

Existe en este caso una simultánea proposición de la prueba, en el momento de su presentación.

Mientras tanto hay *simple proposición* de la prueba, cuando la parte se limita a indicar un posible medio con el fin de que el juez lo decrete y proceda a su práctica<sup>(552)</sup>.

Estos parágrafos explicitan, a las claras, una bifurcación de la faena que se manifiesta en los diversos sistemas procesales autóctonos: la prueba documental que se encuentre, o ulteriormente llegue a encontrarse, en poder del oferente *se acompaña*; la restante prueba *se ofrece* (art. 333, Cód. Proc. Civ. y Com. y demás normas procesales provinciales análogas).

En cuanto a los caracteres genéricos del ofrecimiento, cierta doctrina aconseja que este se efectúe de un modo tan circunstanciado como resulte necesario para que el juez esté en condiciones de resolver sobre su admisibilidad<sup>(553)</sup>.

Hemos considerado atinada la observación, pues sería favorable para el juicio de admisibilidad de la prueba un mayor detalle que aquel que, *en la praxis*, ostentan las ofertas de prueba<sup>(554)</sup>.

Al respecto han hecho notar los tribunales que las modalidades de ofrecimiento y producción de ciertos medios de prueba —v.gr.,

---

(551) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 280.

(552) Ídem.

(553) Ballester, Horacio C., "Búsqueda, ofrecimiento y admisión de las pruebas civiles", JA 1994-IV-790.

(554) Quadri, Gabriel H., *La prueba en el proceso civil y comercial de la provincia de Buenos Aires*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 70.

declaración de partes y testimonial— impiden al juez, por lo general, efectuar el análisis liminar de pertinencia de dichos medios a los fines perseguidos por quien los ofrece<sup>(555)</sup>.

Por nuestra parte, no hemos compartido la postulación que prohíba la desestimación de la prueba que se ofrece en forma insuficientemente circunstanciada<sup>(556)</sup> en la medida en que ello no surja del texto legal (en aquella ocasión solo trabajábamos con el ritual bonaerense), y señalamos que esa forma de proceder implicaría una flagrante violación del principio *favor probationes*, por cuanto si el ofrecimiento no es circunstanciado, a lo sumo, podrá dudarse de la admisibilidad de la prueba, pero no predicarse la inadmisibilidad<sup>(557)</sup>.

Ahora bien, si el legislador consagra la posibilidad de desestimar la oferta creemos que la opción debe respetarse y allí sí será viable la repulsa como respuesta a estos déficits; se estaría consagrando una carga que, como opción de diseño procesal y en orden a estimular el cumplimiento del mandato, no se perfila inconstitucional, por lo que debería aplicársela.

Los momentos de agregación y ofrecimiento de las pruebas vendrán dados por el ordenamiento procesal respectivo.

Así, generalmente, el tiempo de ofrecimiento coincide con el de postulación (o afirmación de los hechos); de este modo, la prueba se ofrecerá al promover, o contestar, demandas y reconvenciones, o al promover los incidentes.

Aunque también puede haber supuestos en los cuales el ofrecimiento, o agregación, se difiera para un momento posterior; e incluso determinadas circunstancias donde, acaecidos ciertos hechos, se reabra la posibilidad de adjuntar u ofrecer prueba (ya sea por circunstancias novedosas, o por aparecer nuevas fuentes).

Insistimos, la respuesta a todas estas cuestiones hace a la casuística de cada ordenamiento procesal, y por ello no profundizaremos sobre el punto en este lugar.

---

(555) C. Civ. y Com. Quilmes, sala 1a, 21/2/2006, “Capitanelli, Leonardo R. c. Sosa, Dora A. s/desalojo”, JUBA, sumario B2902686.

(556) Ballester, Horacio C., “Búsqueda...”, cit.

(557) Quadri, Gabriel H., *La prueba...*, cit., p. 70.

### 7.3. Proveimiento de la prueba

Ya hablamos del ofrecimiento de la prueba; vamos a ocuparnos, aquí, de su proveimiento.

Abierta la causa a prueba, el Juez deberá expedirse respecto del ofrecimiento de las partes.

Así se caracteriza la admisión como el acto procesal por el cual el juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo, o practicarlo, según el caso<sup>(558)</sup>.

En tal faena debe realizar una calificación previa de la legalidad del medio presentado o aducido y su relación con los hechos del litigio o la causa, sin que por ello se esté valorando o apreciando su fuerza o mérito de convicción (que es una tarea propia del acto decisorio); aquí el juez se limita a comprobar la convergencia de los requisitos para que pueda presentarse o ser aceptada tal como se le presentan<sup>(559)</sup>.

En el marco del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se lo hace en la audiencia preliminar estructurada en el art. 360, la que también debe celebrarse en el sumarísimo (art. 359).

En dicha audiencia, y en lo que al tema aquí desarrollado interesa, el juez debe fijar los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba (inc. 3º) y proveerá las pruebas que considere admisibles (inc. 5º).

Algunos códigos procesales provinciales siguen, en el punto, a la letra el nacional; mientras que otros contienen previsiones distintas, ya sea por regular a la audiencia preliminar de otro modo, o directamente por no contemplarla.

Ahora, y como quiera que esto sea, existen algunas nociones basales del fenómeno probatorio, que entran en juego al momento de tener que proveerse la prueba.

Estamos hablando de la *pertinencia y admisibilidad de la prueba*.

Bajo este título, el art. 364 del Cód. Proc. Civ. y Com. establece que no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos y que no serán admitidas

---

(558) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 282.

(559) *Ibíd.*, p. 283.

las que fueren manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias.

En general, y más allá de alguna diferencia puntual, los códigos provinciales contienen normas similares.

De este modo las leyes procesales brindan determinadas pautas que hacen a la pertinencia o la admisibilidad de la prueba, que es una declaración propia de la fase probatoria del proceso<sup>(560)</sup>.

No dudamos de que el derecho a defenderse probando viene consagrado por la Constitución; pero él no es irrestricto y debe ejercerse conforme a las normas que reglamentan su ejercicio (art. 14, CN).

En este sentido, el solo recaudo de la alegación fáctica no basta para ameritar la actividad probatoria, pues la marcha del proceso se haría depender de lo que a las partes les viniera en gana afirmar<sup>(561)</sup>.

Así entonces, no existe un derecho a probar *cualquier cosa* en el proceso.

Bien lo aclara Devis Echandía: el derecho a probar se limita a utilizar los medios conducentes y respecto a hechos pertinentes para la causa, cuando no existe prohibición legal y no sea inútil su práctica<sup>(562)</sup>.

Las limitaciones a este derecho tienen una doble finalidad: evitar un gasto inútil de tiempo, trabajo y dinero y proteger la seriedad de la prueba, sin dejar que se entorpezca y dificulte la actividad probatoria con medios que de antemano se sabe que no prestarán servicio alguno al proceso<sup>(563)</sup>.

Ahora bien, conviene efectuar una aclaración.

El juicio de admisibilidad del que venimos hablando se refiere, en esencia, a las pruebas que han de practicarse en el proceso.

Nuestros ordenamientos no contienen previsiones específicas relativas a la admisibilidad de las pruebas preconstituidas.

Nos estamos refiriendo, en esencia, a los documentos.

---

(560) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 24/5/1994, "Zamudio, Jacinto J. c. Nezhoda, Daniel H. y ot. s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B300218.

(561) Ballester, Horacio C., "Búsqueda...", LL 1995-A-704.

(562) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 338.

(563) *Ibíd.*, p. 339.



Estos serían, *en principio*, siempre admisibles, al menos materialmente<sup>(564)</sup>.

No obstante lo cual podríamos pensar algún supuesto extremo de inadmisibilidad documental.

Sería, por ejemplo, el caso de que se aportaran al proceso *pruebas ilícitas* (documentos sustraídos, ilícitamente obtenidos, violatorios del derecho a la intimidad, etcétera).

En casos así, pensamos, la cuestión debería introducirse por vía incidental o resolverla el juez oficiosamente, al momento de proveerse la restante prueba, e implicaría, para el caso de llegarse a la conclusión de que la prueba es inadmisibile, su expulsión del proceso (desglose para su devolución al presentante, o al propietario —en caso de documental ilícitamente obtenida—, o remisión a la justicia penal, si así fuera menester).

Llegado este punto, es bueno diferenciar algunos conceptos.

En tal sentido, la cuestión relativa a la pertinencia y la admisibilidad de la prueba ha sido ampliamente tratada por autores nacionales y extranjeros, con la utilización de términos no siempre coincidentes que pueden inducir a error al efectuar su análisis en función de un estudio comparativo literal<sup>(565)</sup>.

Intentaremos trazar algunas directrices.

Hablemos, primero, de *conducencia*.

Explica el profesor Parra Quijano que la conducencia es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho; es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber si el hecho se puede demostrar en el proceso con el empleo de ese medio probatorio<sup>(566)</sup>.

Devis Echandía señala que la conducencia exige dos requisitos: 1) Que el medio respectivo esté en general autorizado y no prohibido; 2) que el medio solicitado o presentado, válido en general como instrumento de prueba, no esté prohibido por la ley en particular para el hecho

---

(564) Lessona, Carlos, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 146.

(565) Bekerman, Jorge M., “Valoración legal y judicial en el procedimiento probatorio”, LL 1989-C-256.

(566) Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 16a ed. ampliada y actualizada, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2007, p. 153.

que con él se pretende probar, es decir que no exista prohibición para el caso concreto<sup>(567)</sup>.

Será, en definitiva, una cuestión de derecho y no de hecho (como sí lo es su pertinencia) porque se trata de determinar si legalmente puede recibirse o practicarse<sup>(568)</sup>.

Orientación que ha seguido la jurisprudencia<sup>(569)</sup>.

Seguimos, ahora, hablando de *pertinencia*.

Volvemos a acudir a los clarísimos conceptos de Parra Quijano para decir que la pertinencia es la adecuación entre los hechos que pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en este; la relación de facto entre los hechos que se pretende demostrar y el tema del proceso<sup>(570)</sup>.

Devis Echandía lo sintetiza agudamente: la pertinencia o relevancia contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso<sup>(571)</sup>; la prueba no pertinente es aquella que se aduce con el fin de llevar al juez el convencimiento sobre hechos que por ningún aspecto se relacionan con el litigio y que, por lo tanto, no pueden influir en su decisión<sup>(572)</sup>.

Luego la pertinencia, que es cuestión de hecho, es requisito (*de admisibilidad*) para que el hecho esté incluido en el tema de prueba de cada proceso, y no se confunde con la utilidad de la prueba, porque si bien desde un punto de vista práctico la prueba no pertinente resulta inútil, puede suceder que a pesar de la pertinencia del hecho sea inútil la prueba porque aquel esté suficientemente acreditado con otras, o porque goce de presunción legal o de notoriedad pública, o porque no pueda investigarse.

Debe tenerse en cuenta, además, que la pertinencia puede ser directa o indirecta; hay hechos en que aparece en forma clara y hay otros que solo tienen una importancia mediata para el establecimiento de la verdad de la circunstancia directamente importante, por lo cual es una cuestión difícil de apreciar en el momento de solicitarse la prueba, razón por la

---

(567) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 339.

(568) *Ibídem*, p. 340.

(569) C. Apels. Trelew, sala B, 5/2/2004, "P., C. M. c. DT SRL s/indemnización de ley".

(570) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 156.

(571) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 342.

(572) *Ídem*.

cual debe el juez guiarse por un criterio amplio y rechazar la prueba solo cuando la impertinencia sea indudable o evidente<sup>(573)</sup>.

Palacio, a su turno, dice que por pertinencia de la prueba debe entenderse la adecuación entre los datos que esta tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa el objeto probatorio, y que se trata de una noción relacionada con la idoneidad de la prueba<sup>(574)</sup>, postulación que ha compartido la jurisprudencia<sup>(575)</sup> y otra doctrina autoral<sup>(576)</sup>.

En el punto, los tribunales han señalado que el principio de pertinencia impide analizar la prueba más allá de la articulación inicial, que determina la continencia de la causa<sup>(577)</sup>.

Y, por último, nos referimos a la *utilidad*.

Al respecto, se ha señalado que la prueba debe ser útil desde el punto de vista procesal, es decir que debe prestar algún servicio, ser necesaria o por lo menos conveniente para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos principales o accesorios<sup>(578)</sup>.

Parra Quijano enumera algunos casos de inutilidad: a) Cuando se llevan pruebas encaminadas a demostrar hechos contrarios a una presunción de derecho, esto es, de las llamadas *iure et de iuris*, las que no admiten prueba en contrario; b) cuando se trata de demostrar el hecho presumido, sea por presunción *iure et de juris* o *juris tantum* cuando no se está discutiendo aquel; c) cuando el hecho está plenamente demostrado en el proceso y se pretende con otras pruebas demostrarlo; d) cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y que ha hecho tránsito a cosa juzgada; o en el evento en que se trata de demostrar, con otras pruebas, lo ya declarado en la sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Y sintetiza todo con una metáfora: el proceso debe consumir las pruebas que le sean absolutamente necesarias para pronunciar el fallo y

---

(573) *Ibidem*, p. 349.

(574) Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, cit., t. IV, p. 359.

(575) C. Civ. y Com. Mercedes, sala 2a, 20/12/1983, "Peretto, José R. c. Asociación Médica de Luján", LL 1985-C-646; CNCiv., sala A, 6/7/1988, "Peralta, H. R. c. Tangara SA", LL 1989-A-653; C. Civ. y Com. Jujuy, sala 2a, 28/2/1997, "Totaro, Juan C. c. Ilumat SRL", LLNOA 1998-1108; LLC 1998-911.

(576) Gozáini, Osvaldo A., *Código Procesal...*, cit., t. II, p. 11; Ferrer, Sergio E., "Rechazo...", cit.

(577) CNCiv., sala M, 28/6/1989, "Díaz Viera de Carrera, Lucila c. Fago, Norberto C.."

(578) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 350.

no puede darse el lujo de recaudar pruebas que sobren, sean superfluas, redundantes o corroborantes, cuando esto no sea absolutamente necesario<sup>(579)</sup>.

En tal contexto, superfluas serán también las pruebas que versen sobre hechos no controvertidos, o admitidos o confesados<sup>(580)</sup>.

Ahora ¿cuáles son los criterios para juzgar la admisibilidad de las pruebas que las partes ofrecen?

Para proveerlas, el juez tamiza los planteos de las partes.

Primero los hechos deben pasar el test que les permite convertirse en tema de la prueba en un proceso determinado.

Luego, las pruebas ofertadas se ponderan a través del cristal de los recaudos analizados en el punto precedente en orden a determinar si resultan admisibles, conducentes y pertinentes, que sean aptas para la dilucidación del caso, o superfluas e inconducentes<sup>(581)</sup>.

Se requiere un delicado balance entre las razones que pudieran ameritar la repulsa de determinada prueba y el respeto por el derecho de defensa de las partes.

**Delicado balance:** si enervamos toda posibilidad de que el juez deniegue la prueba impertinente o inútil se beneficia el litigante inescrupuloso que, con fines dilatorios, podría producir toda una batería de pruebas, de moroso diligenciamiento y de ninguna influencia en la solución del litigio, con el dispendio jurisdiccional que ello lleva implícito; por otro lado, un examen demasiado riguroso podría encerrar el riesgo de que diligencias probatorias efectivamente útiles sean rechazadas, conclusión asumida en una consideración apresurada del material probatorio propuesto, sin la perspectiva suficiente, antes de que la estrategia probatoria del contendiente sea advertida con la nitidez necesaria<sup>(582)</sup>.

Es que en esta actividad existe un dato que no puede soslayarse: quien debe decidir, o no, el ingreso de la prueba al proceso mantiene en el momento de hacerla un contacto lejano con los hechos del proceso,

---

(579) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 157.

(580) Ballester, Horacio C., "Búsqueda...", cit.

(581) C. Doc. y Loc. Tucumán, sala 1a, 23/3/2000, "Banco Río de la Plata SA c. Arraya, César A. s/cobro ejecutivo de pesos".

(582) Ferrer, Sergio E., "Rechazo...", cit.

mientras que las partes (y fundamentalmente su asistencia técnica) se hallan inmersas, desde hace tiempo (*instrucción del proceso*) en ellos<sup>(583)</sup>.

En tal contexto, hemos sostenido que el juez debería repeler la prueba inadmisibile y la *manifiestamente* impertinente (superflua, inútil o meramente dilatoria); pero en caso de duda deberá abrir la puerta al ingreso probatorio sin perjuicio de la ulterior valoración sobre su atendibilidad<sup>(584)</sup>.

Sentís Melendo enunciaba, como regla, que se ha de admitir el ingreso de toda prueba, sin perjuicio de que después no se la tome en consideración<sup>(585)</sup>.

El principio *favor probationes* así lo impone.

La jurisprudencia ha señalado que este criterio de amplitud debe adoptarse para asegurar la vigencia del principio constitucional de defensa en juicio, ello sin perjuicio de la observancia de las normas procesales que regulan la cuestión, para evitar pruebas manifiestamente ineficaces y dilaciones innecesarias en el proceso que tornen ilusoria su vigencia<sup>(586)</sup>.

Se predica, de este modo, un criterio amplio y flexible<sup>(587)</sup> en virtud del cual el juez pueda constatar si se trata de hechos prohibidos, prueba extemporánea o superflua y, de no ser así, admitir la prueba<sup>(588)</sup>.

En tanto la impertinencia de la prueba no aparezca manifiesta y notoria, dice otra jurisprudencia, no resulta adecuado rechazar liminarmente medios probatorios que sin guardar en ese momento estricta y rígida relación con el punto en debate, pueden luego aportar valiosos elementos de juicio y resultar útiles para formar la convicción del juez al momento de sentenciar, oportunidad en que efectuará el integral y

---

(583) Muñoz Sabaté, Lluís, "Probática y derecho probatorio", *Compendio de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación*, nro. 3 (diciembre), Errepar, Buenos Aires, 2006.

(584) Quadri, Gabriel H., *La prueba...*, cit., p. 74.

(585) Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1978, p. 228.

(586) C. Civ. Com. Fam. y Trab. Río Tercero, 26/3/1996, "Zulatto, Fernando y otro c. Duarte, Dora y otro", LL 1997-636.

(587) Fassi, Santiago C. - Maurino, Alberto L., *Código procesal civil y comercial comentado, anotado y concordado*, 3a ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 3, p. 397.

(588) C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 1a, 16/5/1996, "Napau SA c. Rodríguez, Roberto y otro", LL 1997-E-984.

definitivo análisis de la pertinencia, considerando aquella que le parezca útil para la solución del litigio<sup>(589)</sup>.

Luego, se dice que al estar de por medio el principio constitucional del debido proceso o garantía de la defensa en juicio, en la duda sobre su admisibilidad, improcedencia, superfluidad o finalidad dilatoria, los jueces deben hacer lugar a la prueba<sup>(590)</sup>.

Pues, se acota, la amplitud de la prueba y la defensa son caminos necesarios para el logro de la preeminencia de la verdad jurídica objetiva<sup>(591)</sup>.

Pero el criterio que venimos describiendo, advierte la doctrina, debe jugar *solo* en caso de que exista realmente una duda razonable<sup>(592)</sup>.

#### 7.4. Producción de la prueba

Ya hablamos de ofrecimiento, y también hablamos de proveimiento.

Ahora ¿qué sucede una vez que el juzgador franquea el acceso de la prueba al proceso, proveyéndola favorablemente?

Pues que llega el momento de recibirla.

Se entiende por práctica o recepción de la prueba los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos, solicitados o decretados de oficio se incorporen o ejecuten en el proceso; actividad que se confunde con la admisión cuando se trata de medios que solo necesitan ser agregados materialmente al expediente<sup>(593)</sup>.

En efecto: cuando media una resolución judicial que ordena la activación de determinado medio probatorio en el pleito es menester llevar a cabo una serie de actos procesales (que dependerán del medio de que se trate) en orden a lograr la adquisición probatoria; cuando esta sea conseguida culminará la fase en análisis y se pasará a la siguiente.

---

(589) C. Civ. y Com. Tucumán, sala 2a, 20/12/1993, "Apud, Ángel c. Banco de la Provincia de Tucumán s/cumplimiento de contrato y daños y perjuicios" y C. Civ. y Com. Tucumán, sala 1a, 11/11/1994, "Pastorino, Héctor T. c. Banco de Boston s/incumplimiento de contrato y daños y perjuicios - prueba".

(590) C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 4a, 8/11/1985, "Compulsa en J: Maya, Mustafá c. Más Aguirre, Rolando y otros s/daños y perjuicios".

(591) CNFed. Civ. y Com., sala III, 23/12/2020, "P. J. C. c. OSDE s/amparo de salud", LL Online AR/JUR/69462/2020.

(592) Colombo, Carlos J. - Kiper, Claudio M., *Código Procesal...*, cit., t. IV, p. 45.

(593) Devis Echandiá, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 284.

Inmejorablemente lo ha explicado Carnelutti: el concepto de recepción de las pruebas se funda en la distinción entre pruebas constituidas y aquellas que deben constituirse, vinculándose en tanto la etapa de recepción (antecedente del acto decisorio) se vincula únicamente con las segundas<sup>(594)</sup>, pues, advierte Lessona, las pruebas preconstituidas se producen por sí mismas, bastando y respecto de ellas basta con el hecho de la presentación al proceso<sup>(595)</sup>.

Así, entonces, la práctica de la prueba constituye una actividad común de las partes y el juez, donde cada uno tiene un rol bien definido.

Los actos que deban realizarse, y la intervención en ellos mismos de los justiciables (*derecho a defenderse probando-principio de contradicción*), dependerán de la prueba de que se trate.

El tema está regulado en cada uno de los Códigos Procesales y hacia allí remitimos al lector pues, dada la finalidad de este capítulo introductorio, es imposible desarrollar aquí la modalidad de producción de cada uno de los tipos de prueba que resultan de aplicación a nuestros procesos.

## VIII. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

### 8.1. Introducción

A lo largo de los puntos precedentes hemos descripto un poco el *iter* del procedimiento probatorio.

Una vez que él ha sido transitado, el subsistema acreditativo arroja un resultado.

El juzgador tendrá incorporadas al proceso fuentes documentales, informes, declaraciones de parte o de terceros, dictámenes de expertos y reconocimientos judiciales de personas o cosas.

Las tiene ante sí.

Queda en soledad frente a este cúmulo de elementos.

Es hora de utilizarlos, de que cumplan su cometido específico.

---

(594) Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, trad. de la 5a ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1959, vol. II, p. 75.

(595) Lessona, Carlos, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 115.



Ha llegado el tiempo de decidir acerca del sustrato fáctico de la litis, para entonces poder realizar el proceso de subsunción jurídica y emitir su fallo.

Calvo González describe este momento con un enfoque narrativista y bien claro.

Señala que el estatus de previo *auditor-oyente* permite al juez acceder al de *auditor-contable*, disfrutando de una posición de ventaja que resulta de disponer ya de todo lo narrado en el proceso y que así su aplazada —y ahora inminente— narración se beneficie de mayor número y variedad de elementos que el dispuesto por las partes en cada momento.

Pero el narrador de la verdad judicial no viene a culminar una obra narrativa iniciada por otros en virtud de aportar el cerramiento de lo hasta entonces narrado sino más bien a contar “con todo” un relato “propio”, el que formado en su personal e íntima convicción juzga que es “el relato de la verdad”.

Y en tal faena produce el “ajuste narrativo”: revisa, compara, interseca, discrimina, rehúsa y también prefiere, opta, elige e igualmente admite y enlaza y elabora y armoniza, hasta construir la coherencia narrativa de lo discutido sobre los hechos, y por coherencia normativa, fabrica el ensamblaje jurídico anudado a ella; así dice los hechos y dice el derecho en un relato que es la verdad judicial<sup>(596)</sup>.

Para llevar a cabo tal faena, tiene el juez a su cargo una de las misiones más importantes dentro del proceso: *la valoración de la prueba*.

## 8.2. ¿En qué consiste la valoración de la prueba?

Con extrema claridad, nos dice Devis Echandía que por valoración (o apreciación) de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido<sup>(597)</sup>; la jurisprudencia ha acompañado esta conceptualización<sup>(598)</sup>.

Falcón nos recuerda que el término “apreciar” significa poner precio a algo y que, desde el punto de vista del proceso, significa

---

(596) Calvo González, José, “La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV Serie - LXXVI, fasc. 1, Giuffrè, Milano, 1999.

(597) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 287.

(598) C. Civ. y Com. Santa Fe, sala 1a, 30/6/1997, “Deluca, Raúl E. c. Ricchiardino, Eugenio A.”, LLL 1998-1-679.

establecer “cuánto vale la prueba”, es decir qué grado de verosimilitud presenta la prueba en concordancia con los hechos del proceso<sup>(599)</sup>.

Es una actividad que, en definitiva, tiende a determinar cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba sobre la decisión que el magistrado debe emitir<sup>(600)</sup>.

Quevedo Mendoza explica que la apreciación o valoración de la prueba cumple, dentro de la complicada estructura probatoria que se destaca en el proceso judicial, la función de extraer, de los elementos de prueba incorporados al proceso y de los debates en su conjunto, argumentos para formar en el ánimo del juez el convencimiento o la certeza acerca de los hechos que han sido controvertidos en el curso de la instrucción, y a través de ella el juez obtiene una reconstrucción histórica de los hechos que las partes controvierten y fija el estado de cosas con relación al cual aplicará la ley, para concluir en el acogimiento o el rechazo de la demanda<sup>(601)</sup>.

Su finalidad será, entonces, poner en claro hasta qué punto merecen fe los diversos elementos probatorios<sup>(602)</sup>, en procura de llegar a una conclusión que pueda señalarse como secuencia razonada y normal de la correspondencia entre la prueba producida y los hechos motivo de análisis en el momento final de la deliberación<sup>(603)</sup>.

Nuestros tribunales han sostenido que la apreciación de la prueba es la actividad intelectual que realiza el juzgador en orden a determinar la fuerza probatoria relativa que tiene cada uno de los medios de prueba en su comparación con los demás, para llegar al resultado de la correspondencia que en su conjunto debe atribuirles respecto de la versión fáctica suministrada por las partes<sup>(604)</sup>.

---

(599) Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 546.

(600) De los Santos, Mabel, “El juez frente a la prueba”, JA 1996-I-652.

(601) Quevedo Mendoza, Efraín I., “Carga y valoración de la prueba: precisiones”, JA 1998-III-630.

(602) Döring, Erich, *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación*, trad. Tomás A. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 323.

(603) Varela, Casimiro, *Valoración de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 87.

(604) CNCiv., sala H, 25/2/1992, “Encinas, Antolina c. Amoría, José”, JA 1994-III-síntesis; C. Paz Letr. Santiago del Estero, 29/5/1997, “La Nona c. Elva de Zerda”.

O, dicho de otro modo, que la valoración de la prueba es el análisis crítico e integral del conjunto de elementos de convicción reunidos y definitivamente introducidos en el proceso con la actividad práctica anteriormente cumplida<sup>(605)</sup>, poniéndose énfasis en que se trata de un razonamiento lógico-valorativo<sup>(606)</sup>.

Es una parte esencial de la tarea del juez, inmediatamente preparatoria de la decisión<sup>(607)</sup>; a él le compete exclusivamente, aunque las partes pueden colaborar, cuando presentan sus puntos de vista<sup>(608)</sup>.

En este contexto, cada uno de los sujetos puede efectuar el control de verdad, pero la óptica decisiva será la del tribunal<sup>(609)</sup>.

La importancia de este estadio es indudable: *el error o el desajuste en la faena valorativa pueden llegar a tornar estéril todo lo actuado en el proceso y a hacerlo concluir con una sentencia disidente de la realidad y, por tal, descalificable como acto jurisdiccional válido.*

### 8.3. ¿Cómo se lleva a cabo? (Sistemas de valoración)

En materia de ponderación probatoria existen, al decir de la doctrina, dos sistemas indiscutidos como posibles: *pruebas legales* o *sana crítica*, y un tercero respecto del cual no existe acuerdo acerca de si constituye un modo autónomo de apreciar la prueba o si equivale al de la sana crítica: es el de las libres convicciones<sup>(610)</sup>.

En este último tópico, ciertos autores sostienen que en el sistema de las libres convicciones el modo de valoración de las pruebas por el juez sería totalmente discrecional para este y que no estaría sometido a ningún tipo de reparos<sup>(611)</sup>.

---

(605) C. Civ. y Com. Córdoba, 4a, 24/11/2005, "Ceballos, Eduardo N. y otro c. Municipalidad de Córdoba".

(606) CNCom., sala B, 6/12/2000, "Vázquez, Guillermo D. c. Citibank NA", JA 2003-I-síntesis, y 19/7/2002, "Establecimiento Frutícola SEDE SRL c. Coto CICSA", RDCO 2003-229.

(607) Gorphe, François, *La apreciación judicial de las pruebas*, trad. Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 153.

(608) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 287.

(609) Barrios de Angelis, Dante, "La valoración", cit., JA 1992-IV-759.

(610) Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y concordado*, 4a ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. III, p. 425.

(611) Eisner, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, 2a ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 101.

Se dice que la sana crítica constituye un sistema de valoración de la prueba, distante tanto del método de la prueba legal o tarifada como del de la libre o íntima convicción o de los “veredictos en conciencia”<sup>(612)</sup>.

Otros señalan que en realidad no existen diferencias entre la sana crítica y la libre convicción, pues solo existen dos formas de apreciar la prueba: fija el valor el legislador o lo establece libremente el juez<sup>(613)</sup>; incluso Guibourg nos habla de la sana crítica como una libre convicción explicada<sup>(614)</sup>.

Luego, la diferencia entre el sistema de la prueba legal y el de la sana crítica sería la identidad funcional de la persona que realiza la valoración de la eficacia probatoria: en el caso de la prueba legal, la valoración la realiza el legislador; en el caso de la sana crítica, el juez<sup>(615)</sup>, sin estar sujeto a criterios o pautas establecidas de antemano por la ley mediante normas generales y abstractas<sup>(616)</sup>.

No hay entonces normas que prefijen, limiten o anticipen el valor de las pruebas<sup>(617)</sup>, sino que el juez es libre para apreciarlas, con el único límite de que su juicio sea razonable<sup>(618)</sup>.

Bien nos dice aquí Morello que la libertad para la valoración de la prueba no es discrecional sino reglada y, por ende, controlable; será un convencimiento racional, que no puede hacer concesiones caprichosas, sorpresivas, ni captar, analizar, combinar o tomar perspectiva en visión parcializada de la prueba<sup>(619)</sup>.

---

(612) Bárbara, Fernando L., “Sana crítica y lógica, algo más”, LL 1993-A-737.

(613) De los Santos, Mabel, “El juez...”, cit.; Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 16a ed. ampliada y actualizada, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2007, p. 232.

(614) Guibourg, Ricardo A., “Sana crítica vs. Crítica sana”, LL 2015-B-1137.

(615) Bekerman, Jorge M., “Valoración...”, cit.; CNCiv., sala D, 1/10/1998, “T. D. c. M., J.”, LL 1999-F-384.

(616) Trib. Sup. Just. Córdoba, en pleno, 29/3/2001, “Villanueva, Olga G. c. Zambrano, Cándido O.”.

(617) C. Civ. y Com. Córdoba, 1a, 9/6/1998, “Esterlizi, Claudio F. c. Moreno de Paz, Rosa E.”, LL 1999-1218.

(618) Sup. Trib. Just. La Rioja, 18/12/1984, “Granillo, Jorgelina c. Maidama, Decoro”, JA 1985-IV-23.

(619) Morello, Augusto M., “Apreciación de la prueba. Modernidad del tema”, JA 2000-II-876.

No hay lugar entonces para la discrecionalidad arbitraria, sino que la valoración debe responder a criterios que excluyan la posibilidad de absurdo<sup>(620)</sup> o arbitrariedad<sup>(621)</sup>.

Por ello se afirma que este sistema de valoración establece la plena libertad de convencimiento, pero exige que las conclusiones a las que arribe en la sentencia sean el fruto racional de las pruebas, como único límite infranqueable<sup>(622)</sup>.

Es bueno destacar que, en algunos sistemas (la mayoría de los procesos civiles locales), conviven, por un lado, reglas de apreciación de ciertos medios de prueba con la referencia genérica a la sana crítica, por el otro.

Mientras tanto, para Devis Echandía, no existe un sistema mixto, pues cuando se otorgan ciertas facultades al juez para apreciar determinados medios de prueba o en casos especiales, subsiste la tarifa legal atenuada, ya que la libertad de apreciación existe o no<sup>(623)</sup>.

#### 8.4. Normas positivas vigentes

En nuestros códigos procesales existe, por lo general, una norma genérica que hace a la valoración de la prueba, la que —a su vez— se irá complementando con las específicas de cada medio.

El art. 386, Cód. Proc. Civ. y Com., bajo el título “Apreciación de la prueba”, determina que *salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica*; como así también que no tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

Luego, se tasa legalmente el valor de determinada prueba.

Es lo que ocurre, generalmente, con la confesión expresa (arts. 423, Cód. Proc. Civ. y Com.) o con la fijación, de antemano, del valor de cierta documental, lo que se hace en la ley de fondo (art. 296, 314 Cód. Civ. y Com.).

---

(620) C. Civ. Com. y Garantías Penal Zárate-Campana, 3/2/2005, “Lacognata, Felipe P. c. De la Vega, María V. A.”.

(621) Sup. Trib. Just. Chubut, 16/5/2008, “C., M. D. s/incidente de nulidad”.

(622) C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2a, 20/2/2001, “Bencista, Mariano c. Municipalidad de General Pueyrredón s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B1403431.

(623) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 288.

Por lo demás, ahora tenemos también normas en la ley fondal que fijan directivas amplias y elásticas vinculadas a la eficacia probatoria de ciertas fuentes (art. 319 Cód. Civ. y Com.).

De este modo, lo primero que debemos tener en cuenta es que, en nuestro ordenamiento jurídico, y malgrado las opiniones teóricas en contrario, conviven ambos sistemas, pues si bien se puede sostener que el Código Procesal se enrola en el método de la sana crítica también es dable concluir que la frase “salvo disposición legal en contrario” nos introduce en el sistema de la prueba tasada<sup>(624)</sup>.

Son claros ejemplos de la prueba *legal* las normas que preconfiguran el valor probatorio de determinados documentos (v.gr., los públicos)<sup>(625)</sup> o medios de prueba (v.gr., la confesional)<sup>(626)</sup>.

Pero, *es cierto también* que lo limitado de tales normas deja un importantísimo margen para hacer jugar la libre apreciación probatoria.

## 8.5. Las reglas de la sana crítica

### 8.5.1. Concepto y origen

Hemos visto que las leyes procesales mandan al juez a valorar la prueba *de conformidad con las reglas de la sana crítica*.

Pero ¿qué es la sana crítica?

Nos hallamos ante uno de los interrogantes más complejos y de difícil respuesta del derecho probatorio.

Tan complejo es que el propio Sentís Melendo se preguntaba qué sería la sana crítica, además de una expresión idiomática, y señalaba que nadie lo ha podido decir, ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la doctrina<sup>(627)</sup>.

En cuanto a su origen son contestes los autores en que la expresión, en su utilización jurídica, proviene del derecho español, del cual fue heredado<sup>(628)</sup>.

---

(624) Rojas, Jorge A., “Valoración de la prueba ¿coexistencia de sistemas?”, *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1 (Prueba I), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

(625) Sup. Trib. Just. Chubut, 16/5/2008, “C., M. D. s/incidente de nulidad”.

(626) Barrios de Angelis, Dante, “La valoración...”, cit.

(627) Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1978, p. 266.

(628) Couture, Eduardo J., “Las ‘reglas de la sana crítica’ en la apreciación de la prueba testimonial”, JA 71-80; Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., ps. 100-101; Sentís Melendo, Santiago, *La prueba...*, cit., p. 259.

El concepto mismo ha sido objeto de cuestionamientos, por tildárselo de defectuoso<sup>(629)</sup>.

Se observa que la crítica, por la finalidad que consagra la ley, es por sí misma sana, pero paralelamente se interpreta que al decir “sana crítica” emergen un pleonismo (figura de construcción, que consiste en emplear en la oración uno o más vocablos innecesarios para que tenga sentido completo, pero con los cuales se añade expresividad a lo dicho) o un expletivo (voz empleada para hacer más llena o armoniosa la locución) que acentúan su dimensión conceptual<sup>(630)</sup>.

Incluso cierta parte de la doctrina ha llegado a interrogarse acerca de si existen en realidad tales reglas o se trata simplemente de una invocación mágica a ciertos poderes ocultos<sup>(631)</sup>.

De acuerdo con la finalidad, y alcances de este capítulo en la obra, no seguiremos profundizando acerca de las objeciones que se han efectuado a su respecto, pues solo pretendemos focalizarnos en la funcionalidad del instituto, y su aplicación en la práctica.

Etimológicamente decimos que es sano aquello *libre de error o vicio, recto, saludable* y, entre las acepciones de crítica, elegimos aquella que nos habla del *examen o juicio acerca de alguien o algo*.

Con lo cual, podemos decir preliminarmente que las reglas de la sana crítica serían *aquellas reglas que permiten examinar o juzgar la prueba en forma recta, libre de errores o vicios*.

Sondeemos un poco la doctrina para ampliar este panorama.

Bien se destaca que la ley no define el concepto de sana crítica racional y por tanto es necesario ocurrir a conocimientos preliminares, *a priori*, de la norma jurídica procesal.

Estos conocimientos preliminares son suministrados por las ciencias y la experiencia común; la ley los presupone adquiridos por el juez que, por estar inserto en la realidad, es destinatario de la unidad del saber que brindan la filosofía y las ciencias particulares.

En función de ello, se dice que cuando la ley exige sana crítica para valorar la prueba impone al juez la obligación de elaborar su pensamiento

---

(629) Chiappini, Julio, “¿Qué calibra la sana crítica?”, LL 2008-B-1340.

(630) Cipriano, Néstor A., “Extensión de la sana crítica más allá de las pruebas”, LL 1985-C-1190.

(631) Russo, Eduardo A., “Las reglas de la sana crítica como lógica de la persuasión”, ED 72-829.



sin malicia, con imparcialidad, prudencia, previsión, conocimiento de la realidad, a fin de que al juzgar o criticar la prueba su criterio tenga sustento serio y razonable<sup>(632)</sup>.

Otro sector de la doctrina, tras remarcar también la ausencia de definición legal, indica que, si se parte del significado literal, sana crítica es el arte de un modo correcto de razonar, de reflexionar y pensar acerca de una cosa; en el caso, acerca de la prueba producida en el proceso.

Y que como la ciencia que expone las leyes, modos y formas del razonamiento es la lógica, sana crítica es el sistema que concede al juez la facultad de apreciar libremente la prueba, pero con respeto de las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia<sup>(633)</sup>.

A decir de Parra Quijano, las reglas de la sana crítica son: a) pautas que elaboramos (para juzgar), en virtud de usar como materiales el ambiente creado por el proceso en cuestión (“pequeña historia del proceso”), las máximas de la experiencia y si es del caso las reglas técnicas, científicas o artísticas (prueba pericial); b) sana (objetiva, sincera) y c) crítica: Juzgar de conformidad con las reglas de la lógica, para lo cual se debe narrar y hacer discurso (es decir, informar)<sup>(634)</sup>.

Falcón dice que la sana crítica es un conjunto de preceptos o reglas para juzgar la verdad de las cosas, libre de error o de vicio<sup>(635)</sup>.

Para Varela, “sana crítica” significa la libertad del juez para la apreciación de la prueba y, en su acepción etimológica, refiere al sano arte de juzgar<sup>(636)</sup>.

Fassi y Maurino la conceptualizan como normas lógicas tendientes a que el juez aprecie la prueba con prudente arbitrio<sup>(637)</sup>.

Según Mabel de los Santos, se entiende por sana crítica el sistema que concede al juez la facultad de apreciar libremente la prueba, pero respetando las reglas de la lógica y las máximas de experiencia<sup>(638)</sup>.

---

(632) Pedernera, José A. (h), “Condena judicial - prueba - sana crítica - certeza”, LLC 2004 (julio), 565.

(633) Arazi, Roland - Rojas, Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. II, p. 326.

(634) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., ps. 105-106.

(635) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, p. 565.

(636) Varela, Casimiro, *Valoración...*, cit., p. 100.

(637) Fassi, Santiago C. - Maurino, Alberto L., *Código procesal...*, cit., t. 3, p. 466.

(638) De los Santos, Mabel, “El juez...”, cit.

A decir de Fenochietto, la sana crítica comprende la actividad lógica del oficio judicial necesaria para valorar la prueba en un caso concreto, conforme se fundamenta en la sentencia<sup>(639)</sup>.

Según Devis Echandía constituye un estándar jurídico (criterio permanente y general para la valoración de la prueba judicial) y se trata de preceptos de higiene mental que tienden a depurar la reflexión del juez de los frecuentes equívocos en que puede incurrir<sup>(640)</sup>.

Dejamos para el final la definición de Couture que es la que, a nuestro modo de ver, mejor aprehende el fenómeno.

El maestro uruguayo define a las reglas de la sana crítica como las del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia<sup>(641)</sup>.

Y resalta su valor por cuanto implican una pauta suficientemente precisa (las reglas de la lógica formal) y en otra lo suficientemente plástica (las máximas de experiencia) como para procurar la justicia de las situaciones particulares<sup>(642)</sup>.

Son, entonces, para el lúcido procesalista, ciencia y experiencia a la vez: la sentencia no es solo una pura operación lógica, una cadena de silogismos; es una cosa humana hecha de todas las sustancias de la inteligencia.

Luego, la sana crítica no puede desentenderse de los principios lógicos, ni de reglas empíricas<sup>(643)</sup>.

La jurisprudencia ha hecho suyos estos conceptos de Couture<sup>(644)</sup>.

---

(639) Fenochietto, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, 7a ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, t. 2, p. 509.

(640) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 297.

(641) Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. II, p. 195.

(642) *Ibídem*, p. 226.

(643) Couture, Eduardo J., "Las 'reglas...'", cit.

(644) CNCiv., sala H, 4/10/1996, "Cosentino, José M. c. Cohn de Harari, Noemí S.", LL 1998-A-473; CNCiv., sala D, 21/5/1997, "Puppo de Cuccarese, Rosa M. c. Pantoff y Fracchia SA", LL 1997-E-434.

### 8.5.2. Composición

Si la noción es difícil de asir, mucho más difícil será precisar sus alcances y pretender enumerarlas o concretarlas.

Lo primero que diremos, junto con preclara jurisprudencia, es que se trata de un conjunto de criterios normativos o reglas que sirven para emitir un juicio de valor acerca de una cierta realidad<sup>(645)</sup>.

¿Cómo se compone este conjunto?

Al respecto dice la doctrina que dichas reglas son innumerables y de valor desigual, y que la fórmula se enriquece justamente por su apertura, por tratarse de un estándar flexible<sup>(646)</sup>.

Incluso se señala, con certeza, que estas reglas no implican atadura a pautas taxativamente preordenadas sino una valoración global y razonada del conjunto<sup>(647)</sup>.

Suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador<sup>(648)</sup>.

Bueno es traer aquí las muy lúcidas reflexiones de Döring: no pueden darse reglas perfectamente unívocas cuando todo depende tan a menudo de las circunstancias del caso; un principio probatorio, para ser aprovechable, no puede abarcar nunca todas las eventualidades, siempre deberá partir de determinados presupuestos típicos y desestimar peculiaridades que se dan más raramente; quien al enunciar un principio rector quiera dar cabida a todas las configuraciones imaginables del asunto, tendría que recargarlo con tantas reservas y limitaciones que, en vez de ayudar al esclarecimiento, solo crearía confusión e inseguridad<sup>(649)</sup>.

---

(645) C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 4a, 10/7/1997, "Argentores c. TAC Coop. de Trab. y Transp. Automotores Cuyo Ltda.", LL 1998-D-490.

(646) Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, 2a ed. reelaborada y ampliada, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, t. VA, p. 48.

(647) Camps, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 50.

(648) Sup. Trib. Just. Chubut, 16/5/2008, "C., M. D. s/incidente de nulidad".

(649) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., p. 4.

No en vano Gorphe señalaba que la ley solo podía reglamentar las pruebas, más no brindar al magistrado los principios del método que las dirige y que permite extraer de ellas las conclusiones racionales<sup>(650)</sup>.

De este modo deberíamos abortar *ab initio* todo intento de enumerarlas o precisarlas: las reglas que valgan en un caso, quizás no sean útiles en otro.

Son de múltiple o variada naturaleza (lógicas, psicológicas, morales, sociológicas, técnicas), dinámicas y en evolución constante<sup>(651)</sup>, de acuerdo con las circunstancias sociales y con los progresos que continuamente se registran en las actividades técnicas y científicas<sup>(652)</sup>.

No son normas jurídicas sino criterios no precisados por la ley<sup>(653)</sup>.

Para Varela se trata, más que de reglas específicas, de criterios racionales aportados por la lógica, la psicología y la experiencia que tomados en su conjunto constituyen medios adecuados para formar la convicción personal sobre determinados hechos<sup>(654)</sup>.

El Superior Tribunal mendocino ha señalado que las reglas de la sana crítica son directivas impuestas al juzgador como normas de criterio, pues la ley procesal no ha establecido cuáles son ellas<sup>(655)</sup>.

Otra jurisprudencia postula que serían reglas emanadas de la unión de la lógica y la experiencia que no consisten en normas jurídicas, sino simples preceptos de sentido común, cuya aplicación queda sometida a la prudencia, la rectitud y la sabiduría de los jueces<sup>(656)</sup>.

De este modo, señala el Tribunal Superior de la Provincia de Santa Cruz, el juzgador está vinculado por normas no jurídicas, pero sí lógicas,

---

(650) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., ps. 45 y 495.

(651) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., p. 300.

(652) Varela, Casimiro, *Valoración...*, cit., p. 50.

(653) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 12/12/1991, "Méndez, Cristóbal c. Vallejos, Gustavo R. y otros s/resolución por incumplimiento. daños y perjuicios", JUBA, sumario B200231.

(654) Varela, Casimiro, *Valoración...*, cit., p. 101.

(655) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1a, 18/5/1964, "Giménez Puga, Armando en Martinangeli, Guido c. Giménez Puga, Armando s/ordinario - Casación".

(656) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 15/9/1994, "Crespo, Jorge A. c. Fisco de la Prov. de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios", 2/11/2000, "Gavarotto, Hortencia c. Galli, Alberto C. y otros s/daños y perjuicios", 9/3/2004, "Sanguinetti, Margarita A. c. Ichcovich, Mario N. y otros s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B100585.

psicológicas y aun experimentales, que dan contenido al método de la sana crítica racional<sup>(657)</sup>.

Ahora bien, no obstante no poder lograrse una enumeración exhaustiva y precisa, en reiteradas ocasiones los tribunales han destacado la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por tanto, la discrecionalidad absoluta del juzgador<sup>(658)</sup>.

De este modo es posible explicitar las dos grandes vertientes de estas reglas que rigen el método valorativo: la *lógica* y la *experiencia*.

Pues ambas, insuficientes si pretendiera utilizárselas en forma solitaria e independiente, son necesarias para elaborar la estructura correcta del pensamiento del juez en la misión de valorar la prueba<sup>(659)</sup>.

En reiteradas ocasiones nuestros tribunales han referido estas dos grandes vertientes desde las cuales fluyen las reglas de la sana crítica<sup>(660)</sup>.

Así, se ha dicho que las reglas de la sana crítica no son otras que las de la experiencia y de la lógica, pues ambas permiten que el sujeto neutro

(657) Trib. Sup. Just. Santa Cruz, 10/5/1991, "Padrón Moyano, Juan M.", JA 1992-III-síntesis.

(658) CNCiv., sala F, 10/6/1982, "Fernández, José R. c. García, Cesáreo y otros", JA 1984-I-401; CNCom., sala C, 4/2/1998, "Sistemas Médicos SA c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas N. Quirno", LL 1998-C-494; Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., 25/8/1998, "Otero, Miguel y otros c. Municipalidad de Córdoba", LL 1998-F-860; CNCiv., sala H, 6/11/1998, "S., V. R. c. H., R. y otro.", LL 1999-E-732.

(659) Pedernera, José A. (h), "Condena judicial...", cit.

(660) CNCiv., sala B, 10/11/1981, "Cicchiti, José B. c. Pinasco de Baiocchi, Delia M.", JA 1983-I-11; CNCiv., sala F, 10/6/1982, "Fernández, José R. c. García, Cesáreo y otros", JA 1984-I-401; CNEsp. Civ. y Com., sala 1a, 23/12/1983, "Galimberti, Jorge A. c. Medina, Raúl", JA 1984-II-síntesis; C. Civ. y Com. Morón, sala 2a, 27/11/1984, "Palma, Juan B. c. Expreso Caraza SAC", JA 1985-IV-286; Sup. Corte Bs. As., 24/3/1992, "Otero, Antonio c. Pasiecznik, Pedro y otra s/escrituración", JA 1992-III-523 y 15/8/1995, "Municipalidad de Necochea c. Maralex SA s/daños y perjuicios", JA 1998-I-síntesis; CNCom., sala C, 4/2/1998, "Sistemas Médicos SA c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas N. Quirno", LL 1998-C-494; C. Civ. y Com. Posadas, sala 2a, 30/6/1998, "Harapchuk, Miguel A. c. Belgeri, Armando T. y otro", LLL 1998-2-756; CNCiv., sala G, 9/12/1998, "Capozzo de Dotro, Rosa y otros c. Keiler de Margulies, Olga y otro", LL 1999-C-744; CNCiv., sala H, 5/4/2000, "Conditi, Susana H. c. La Nueva Metropól SA", LL 2000-F-480; Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., 7/11/2001, "Ugarte, Manuel R. y otros c. Municipalidad de Córdoba"; Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Cont. Adm., 26/12/2001, "Blanca, Salvador c. Provincia de Córdoba"; C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1a, 27/3/2003, "Bascougnnet, Miguel Á. c. Atilio Vial SA"; CNFed. Cont. Adm., sala 5a, 5/2/2008, "Acceso Norte SA"; Sup. Trib. Just. Chubut, 16/5/2008, "C., M. D. s/incidente de nulidad".

a los intereses de los justiciables valore el grado de verosimilitud de los datos aportados. Se trata del conjunto de reglas del correcto entendimiento humano donde interfieren las normas de la lógica y de la experiencia del Juez, contribuyendo a que el sentenciante pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón, pero también a un conocimiento experimental de las cosas<sup>(661)</sup>.

Y que la valoración de la prueba reclama una captación de conjunto y debe ser realizada siguiendo los dictados de la sana crítica, es decir, por aplicación de las reglas de la lógica en la evaluación, que debe efectuarse conforme la ciencia y experiencia que brindan el conocimiento común de los hechos de la vida<sup>(662)</sup>.

Ahora esta conjunción no implica equivalencia, ni mucho menos que su función sea la misma.

La doctrina lo ha explicado muy lúcidamente al indicar que para evaluar un argumento probatorio se necesitan los dos tipos de reglas, pero eso no significa que las reglas operen al mismo nivel, ni que sirvan para lo mismo, ni que se apliquen de la misma manera. Las leyes de la lógica tienen detrás una ciencia formal que las avala, y, por lo tanto, no son discutibles a partir de datos empíricos —expresan verdades lógicas—. Pero las leyes de la experiencia y de la psicología común son enunciados cuya verdad o falsedad deberá ser valorada en cada caso. Un argumento probatorio para ser sólido necesita que su estructura lógica sea correcta (leyes de la lógica) y que todas sus premisas sean verdaderas: algunas de ellas dependen de las evidencias aportadas durante el proceso (premisas explícitas) y otras son enunciados condicionales generales que aluden a las relaciones entre distintos tipos de fenómenos (las llamadas leyes de la experiencia y de la psicología común).

Agregando que en el sistema de la sana crítica se debe detectar el uso que hace el juez de estos dos tipos de reglas y valorar dicha utilización por separado antes de poder emitir un juicio fundado sobre la justificación de sus decisiones en materia probatoria.

En sus conclusiones, dice el autor que el conjunto de las llamadas “reglas de la sana crítica” está formado por un conjunto heterogéneo de reglas (o leyes) que poseen distinta naturaleza epistémica y cumplen funciones argumentativas diferentes en el control racional de las

---

(661) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 16/10/2018, “Saucedo David y Patronella María c. Ortiz de Lokhart Martha María s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B356383.

(662) C. Civ. y Com. San Nicolás, 5/5/2016, “Uviedo, Alicia Beatriz c. Abrego, Sandra Noemí s/interdicto”, JUBA, sumario B855615.

argumentaciones probatorias. Las leyes de la lógica son verdaderas por razones formales y sirven para evaluar la estructura de los argumentos y detectar las premisas tácitas en los textos argumentativos.

No ocurre lo mismo con los otros tipos de reglas de la sana crítica que se suelen denominar “leyes de la experiencia y de la psicología común”. Estas reglas tienen contenido empírico, su verdad o falsedad es contingente. Su función no es la de evaluar los argumentos, sino que son componentes esenciales de ellos. Actúan como premisas (por lo general tácitas) en las argumentaciones probatorias. Como forman parte del conocimiento ordinario presupuesto por los argumentadores no se encuentran identificadas con anterioridad a su uso como premisas en ciertos argumentos. Se las denomina “leyes” porque son enunciados condicionales generales, pero su estructura profunda no es la misma que la de las leyes de la lógica, porque son condicionales derrotables. Esta característica tiene consecuencias muy importantes a la hora de evaluar las argumentaciones que las emplean<sup>(663)</sup>.

Expuesto ello, vayamos a sus vertientes.

#### 8.5.2.1. Reglas lógicas

Bien anota Falcón que la lógica preside todo el sistema de las reglas de la sana crítica<sup>(664)</sup>; a decir de Devis Echandía, es la parcela de la actividad valorativa que sobresale<sup>(665)</sup>.

Su utilización es siempre indispensable<sup>(666)</sup> para asegurar la corrección de los razonamientos tanto inductivos como deductivos y sirve para extraer consecuencias de los elementos de prueba establecidos<sup>(667)</sup>.

Es que las reglas de la lógica son las que nos enseñan a pensar correctamente y a desarrollar un juicio de manera normal<sup>(668)</sup>.

Estas directivas señaladas al juez son de observancia necesaria en cuanto a que se ajustaría a ellas en sus juicios toda persona razonable<sup>(669)</sup>.

---

(663) Bonorino Ramírez, Pablo R., “Sobre las reglas de la sana crítica”, SJA, 24/12/2014, 41; JA 2014-IV.

(664) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, p. 591.

(665) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 293.

(666) Bárbara, Fernando L., “Sana crítica...”, cit.

(667) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 65.

(668) Eisner, Isidoro, *La prueba...*, cit., p. 102.

(669) CNCiv., sala H, 7/10/1992, “G., M. A. c. T., N.”, LL 1993-B-232; DJ 1993-2-77.



No se debe olvidar nunca la gran regla cartesiana de comenzar por poner en orden los pensamientos<sup>(670)</sup>.

Además, existen algunos principios fundamentales de la lógica que no podrán nunca ser desoídos por el juez<sup>(671)</sup>.

La doctrina nos habla de los principios *de identidad* (toda cosa es igual a sí misma o solo puede ser igual a sí misma); *de contradicción* (que ante dos juicios opuestos contradictoriamente, idénticos en todo, salvo que uno afirma lo que el otro niega, nos asegura que uno de ellos es falso, sin especificar cuál es el verdadero); *de tercero excluido* (de esos dos juicios contrapuestos, uno es necesariamente verdadero, si bien no en todos los casos); *de razón suficiente* (nada ocurre o deja de ocurrir, existe o es o deja de serlo porque sí, siempre tiene que haber necesariamente una razón, aunque la ignoremos y aun cuando jamás lleguemos a dilucidarla; todo juicio, proposición o razonamiento, para ser tenido por verdadero, precisa de la demostración de su propia veracidad, la cual solo puede basarse en proposiciones indiscutidas y nunca en meras hipótesis)<sup>(672)</sup>.

Así, por ejemplo, se ha señalado que se violaría la sana crítica si se admite y hace mérito de una prueba con relación a la situación fáctica invocada por una parte y se descarta la misma prueba para corroborar la versión de la contraria<sup>(673)</sup>.

En el contexto descripto, es claro que la lógica ayuda al juez a pensar sin distorsiones el conflicto pendiente de decisión e impide que se infiltren los vicios del absurdo y la arbitrariedad<sup>(674)</sup>.

Los tribunales locales han señalado que las reglas de la sana crítica se sintetizan en el examen lógico de los distintos medios y de la naturaleza de la causa<sup>(675)</sup>, al tiempo que caracterizaron las reglas de la sana crítica como normas de lógica insertas en el cauce jurídico<sup>(676)</sup>.

---

(670) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 69.

(671) Couture, Eduardo J., "Las 'reglas...'", cit.

(672) Bárbara, Fernando L., "Sana crítica...", cit.

(673) Corte Sup. Just. Tucumán, 23/8/1994, "Albornoz, Oscar E. c. Concepción Motores SRL s/despido".

(674) Morello, Augusto M., "Apreciación...", cit.

(675) CNCiv., sala H, 30/4/1996, "Hermida, Omar H. c. Municipalidad de Buenos Aires", LL 1997-D-857 y 4/10/1996, "Cosentino, José M. c. Cohn de Harari, Noemí S.", LL 1998-A-473.

(676) CNEsp. Civ. y Com., sala 1a, 14/12/1983, "Barriocanal, Macimino c. Coello Pérez, José R.", LL 1984-D-103; DJ 1985-1-217; CNCom., sala A, 26/3/1997, "Fernández, José M. c. Boliberto SRL s/sumario".

Así, se pone énfasis en el componente lógico de este conjunto<sup>(677)</sup>.

Ahora bien, ¿de qué clase de lógica estamos hablando?

Se dice que la lógica jurídica no debe identificarse exclusivamente con el concepto de la lógica formal clásica, toda vez que la actividad jurisdiccional presenta la consideración de valores como la justicia, la seguridad, la equidad, entre otros, los cuales se incorporan al razonamiento y determinan que la resultante no sea una consecuencia exclusiva de las premisas que lo preceden, al estilo de los silogismos puros<sup>(678)</sup>.

Mabel de los Santos señala que la sana crítica no se refiere solo a los postulados de la lógica formal aristotélica, pues modernamente se ha establecido que, al lado de la lógica formal, funciona una suerte de lógica jurídica específica en virtud de la cual se presenta el razonamiento jurídico como un caso particular de razonamiento práctico, que constituye no una demostración formal sino una argumentación que busca persuadir y convencer a aquellos a quienes se dirige, de que tal elección es la adecuada, por ser legalmente correcta, valiosa y congruente con el sentido común<sup>(679)</sup>.

Russo efectúa una serie de reflexiones muy interesantes.

Nos dice que la sana crítica se inserta en el campo del pensamiento real y no en el de la lógica formal y que mientras en el pensamiento lógico abstracto no interviene la noción de sujeto, en el pensamiento real tal elemento es ineludible.

Señala también que las reglas de la sana crítica no son las de la lógica formal exclusivamente, aunque pueden basarse en ellas.

Ellas forman su propia lógica que se inscribe en el marco más amplio de lo que él llama *lógica de la persuasión*, la que recibe tanto aportes de la lógica formal, de la psicología individual y social, de la lingüística, como de la teoría del conocimiento y de la epistemología; sin por eso constituirse en una simple adición de disciplinas autónomas y a veces incompatibles entre sí.

Esta lógica de la persuasión parte de la hipótesis de que entre el rigor formal de la lógica matemática y la irracionalidad existe una amplia zona de racionalidad no rigurosa en la que se desenvuelve no solo

---

(677) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 25/03/2015, “Barrientos Carina Valeria Y Otro/Ac/ Llanos Mario Fabian S/Daños Y Perj”, JUBA, sumario B257926.

(678) La Salvia, Iris E., “Los procesos...”, cit.

(679) De los Santos, Mabel, “El juez...”, cit.

nuestro discurso cotidiano sino también el lenguaje técnico de las ciencias, excepto en aquellas reducidas regiones en las que domina la axiomatización.

Y tiende a sentar las bases para un control racional de los procesos de persuasión.

En tal contexto, el argumento persuasivo presenta una estructura semilógica; esto quiere decir que, si bien su validez no depende exclusivamente de esa estructura, como ocurre en la lógica formal, debe ser explícita —o explicitable— para posibilitar su control<sup>(680)</sup>.

En una corriente argumental análoga, se señala que el sistema de sana crítica racional descarta la arbitrariedad del juez en la valoración y utilización de la prueba judicial, a cuyo efecto corresponde que se cumpla con el principio de verificabilidad de la estructura de su pensamiento, en virtud de expresar cuál es la prueba seleccionada y los fundamentos de su merituación o valoración<sup>(681)</sup>.

De hecho, para Fenochietto la trascendencia del sistema de la sana crítica se advierte en el deber del juzgador de fundar su decisión<sup>(682)</sup>.

Pero la actividad apreciativa no se agota en un silogismo ni constituye una mera operación inductivo-deductiva<sup>(683)</sup>.

Si bien existe una preponderancia de la lógica en la valoración de las pruebas, la actividad intelectual y razonadora que la acompaña no funciona, tal como algunos pretenden, en la forma de silogismo, ya que, si bien se trata de juicios, ellos están sometidos a reglas de experiencia y esa actividad intelectual no puede ser reducida a una mera operación inductivo-deductiva<sup>(684)</sup>.

Su corrección lógica no basta para convalidar la sentencia; la elaboración del juez puede ser perfecta en su sentido lógico-formal y la sentencia ser errónea<sup>(685)</sup>.

---

(680) Russo, Eduardo A., "Las reglas...", cit.

(681) Pedernera, José A. (h.), "Condena judicial...", cit.

(682) Fenochietto, Carlos E., *Código...*, cit., p. 509.

(683) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 294.

(684) Varela, Casimiro, *Valoración...*, cit., p. 47.

(685) Couture, Eduardo J., "Las 'reglas...'...", cit.

Es por ello que se dice que las reglas de la sana crítica no son reglas lógicas elevadas a la categoría de reglas jurídicas<sup>(686)</sup>.

No existe un método lógico suficiente para valorar las pruebas<sup>(687)</sup> y resultaría vano intentar someter a una disciplina científica el “arte” esencialmente práctico, plagado de matices en que consiste el administrar justicia<sup>(688)</sup>.

Así, el método lógico se perfilaría como notoriamente insuficiente para valorar las pruebas desde el momento en que se excede la estimación del efecto probatorio de las inferencias particulares y se trata de determinar el de una serie o conjunto de datos mezclados, como sucede en los casos difíciles o complejos<sup>(689)</sup>.

La ciencia jurídica no se agota con la deducción, sino que depende, asimismo, en gran medida del manejo del saber experiencial y del método inductivo propio de este<sup>(690)</sup>.

Muchas veces la agudeza será más útil al juez que el sentido geométrico y cuando se trata de estructurar el pensamiento o escrutar un individuo se obtienen mejores resultados por intuiciones que por razonamientos<sup>(691)</sup>.

Son infinitas las situaciones en las que un razonamiento lógico perfecto podría aparejar conclusiones probatorias absolutamente inaceptables.

Es aquí donde entra en juego el otro aspecto de las reglas de la sana crítica: su faceta experiencial.

#### 8.5.2.2. Reglas experienciales

La otra vertiente que, junto con la lógica, confluye en la formación de las reglas de la sana crítica es la experiencial.

Son las llamadas reglas o máximas de la experiencia.

---

(686) Ídem.

(687) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 63; La Salvia, Iris E., “Los procesos...”, cit.

(688) La Salvia, Iris E., “Los procesos...”, cit.

(689) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 65.

(690) La Salvia, Iris E., “Los procesos...”, cit.

(691) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 71.

La jurisprudencia da cuenta de esta complementariedad, al decir que la decisión judicial es fruto de una cadena de inferencias lógicas, una conexión que se establece entre una afirmación, que inicialmente tiene grado hipotético, y las pruebas que confirman su veracidad; pero también las máximas de la experiencia forman parte de las reglas de la sana crítica, y parten de conocimientos sobre los hechos y de los comportamientos, para extraer de ellos generalizaciones aptas para el razonamiento judicial<sup>(692)</sup>.

Para profundizar en el tema, Parra Quijano indica que el juez-ser humano, en la valoración de la prueba, debe emplear las reglas de la experiencia, es decir, eso que aprendió y que acumuló para ser empleado en nuevas situaciones.

En otras palabras, lo que llamamos en el mundo del proceso reglas de la experiencia para este autor no es más que una aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee<sup>(693)</sup>.

Couture nos enseña que son normas de valor general, independientes del caso específico; pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie.

No constituyen motivo de una declaración especial en la sentencia, sino que sirven de criterio y de guía para la resolución en el caso especial<sup>(694)</sup>.

Luego, dada su esencia y al tratarse de reglas valorativas, no formarán parte del material probatorio suministrado al juez por los litigantes<sup>(695)</sup>.

Se trata del conjunto de conocimientos que el juez ha obtenido culturalmente con el uso, la práctica o el solo vivir; conocimiento que puede ser utilizado por él para apreciar las pruebas aportadas<sup>(696)</sup>.

Son extremadamente claras y explicativas las reflexiones que efectúa Döring en el punto.

---

(692) C. Civ. y Com. San Nicolas, 7/5/2019, “Cohen, Amanda Sara y otro/a c. Asset Patricia Mónica y otro/a s/disolución y liquidación de sociedad de hecho”, JUBA, sumario B861797.

(693) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 80.

(694) Couture, Eduardo J., “Las ‘reglas...’”, cit.

(695) Ídem.

(696) Escuela Nacional de la Judicatura de República Dominicana, “Seminario Valoración de la Prueba II - Jurisdicción Civil”, República Dominicana, 2002, p. 16.

Tras resaltar que el saber experiencial es importante para el manejo de todo tipo de medios probatorios, explica que la regla de experiencia parte de vivencias iguales o similares habidas no en ocasión del caso que se está investigando sino anteriormente: el operante utiliza lo aprendido en vivencias anteriores para sacar deducciones sobre la configuración fáctica del caso en estudio.

Pero, según el autor, de ahí se desprende también que la regla de experiencia no es una simple conexión de acontecimientos vivenciados.

Estos constituyen solo el material del cual se deriva, por abstracción, una regla.

El intérprete saca el resultado en virtud de hacer una síntesis de los eventos anteriores y así llega a formar una aserción que pretende ser válida en casos posteriores similares y de la cual pueden extraerse puntos de apoyo sobre cómo sucedió el hecho que se investiga<sup>(697)</sup>.

Es un proceder que exige del juzgador una actitud sumamente meticulosa al capturar la regla de la experiencia que aplicará, al par de mantenerla siempre vinculada con la realidad y volviendo a verificar constantemente si sigue siendo válida<sup>(698)</sup>, operando sin sobredosis ni excesos de subjetividad que deformarían un conocimiento al que ha de acudir sin sobrecargar con elementos desequilibrantes<sup>(699)</sup>.

Este saber del que venimos hablando puede aparecer, según Falcón, en dos ámbitos: el individual y el social.

La experiencia a la que se refiere la apreciación es la objetivación social de ciertos conocimientos comunes dentro de un ámbito determinado, en un tiempo específico, pero también —en ciertos supuestos— la resultante de la tarea específica<sup>(700)</sup>.

Su naturaleza es variable: al lado de la razón y de la lógica actúan la imaginación, la psicología y la sociología, además de otros conocimientos<sup>(701)</sup>.

En el punto, Peyrano ha señalado que reglas de la sana crítica y máximas de la experiencia son dos formas distintas de referirse a lo

---

(697) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., ps. 323-324.

(698) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., ps. 91-93.

(699) Morello, Augusto M., "Apreciación...", cit.

(700) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, p. 593.

(701) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 296.

mismo, en tanto ellos poseen los mismos componentes y deben ser consideradas términos sinónimos<sup>(702)</sup>.

No coincidimos con el célebre procesalista.

Es que si sana crítica y máxima de la experiencia fueran lo mismo, no quedaría lugar —dentro del primer concepto— para las reglas lógicas, que —como lo hemos visto— son insoslayables a la hora de valorar el resultado probatorio.

Ya en el plano jurisprudencial, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires conceptualiza las máximas de la experiencia como los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científico verificables, que actúan como fundamentos de posibilidad y realidad<sup>(703)</sup>.

Algunos tribunales han repetido la definición con las mismas palabras<sup>(704)</sup>.

Otros han dicho que las reglas de experiencia son aquellas que, al extraer inferencias de los hechos analizados, se basan en qué es lo que de ordinario ocurre en el mundo físico o inmaterial, en virtud de la observación de los fenómenos naturales y las conductas humanas<sup>(705)</sup>.

(702) Peyrano, Jorge W., “Aproximación a las máximas de experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica ¿se trata de dos conceptos disímiles?”, *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1 (Prueba I), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

(703) Sup. Corte Bs. As., 24/3/1992, “Otero, Antonio c. Pasiiecznik, Pedro y otra s/ escrituración”, JA 1992-III-523, 15/8/1995, “Municipalidad de Necochea c. Maralex SA s/daños y perjuicios”, JA 1998-I-síntesis, 14/6/1996, “Ugarte y Compañía SA c. Valente SRL s/cobro ordinario de pesos”, 15/4/1997, “G., M. del C. c. I., E. A. s/reclamación de estado de hijo extramatrimonial”, 15/3/2000, “Anriquez, Zacarías y otros c. Corral, Héctor y otros s/daños y perjuicios”, 21/11/2001, “Ayzano, Enrique E. c. Transportes Metropolitanos General San Martín s/indemnización por daños y perjuicios”, 23/4/2003, “Caballero Bellido, Germán c. Transportes Metropolitanos General Roca SA s/daños y perjuicios” y 9/4/2004, “Aguir, Pablo D. c. Tittarelli, Aníbal y otro s/daños y perjuicios”, 18/2/2009, “Selvaggio, Juan C. c. Cooperativa Eléctrica de Azul Ltda. s/cobro de pesos”, JUBA, sumario B22000.

(704) CNCiv., sala F, 10/6/1982, “Fernández, José R. c. García, Cesáreo y otros”, JA 1984-I-401; C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1a, 27/3/2003, “Bascougnet, Miguel Á. c. Atilio Vial SA”; C. Civ. y Com. Quilmes, sala 1a, 11/08/2017, “Leeman, Marta Elisa c. Leeman, Lucas Agustín s/fijación precio alquileres”, JUBA, sumario B2906194.

(705) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 9/10/2001, “Sánchez, Rodolfo S. c. Tatascore, Luis D. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B300922 y 16/8/2016, “Pablo Henríquez Miriam Aida c. Empresa Nueve de Julio SAT y otro/a s/daños y perj.”, JUBA, sumario B302003.



Los tribunales santafesinos han señalado que el código de aquella provincia ha adoptado el sistema de la libre apreciación de la prueba o de sana crítica, el cual impone al juzgado el deber de valorarla en su conjunto de acuerdo con las reglas de la lógica y de la experiencia y dentro del sentido normal en que ocurren las cosas de la vida común y corriente<sup>(706)</sup>.

La jurisprudencia cordobesa las ha erigido en cimiento indispensable para una recta apreciación al señalar que, para valorar correctamente la prueba, el juez necesita disponer en primer término de experiencia común adquirida por simple observación del curso natural y ordinario de las cosas y del corriente comportamiento de las personas<sup>(707)</sup>.

Dicen así los tribunales de aquella jurisdicción que las reglas de la experiencia son los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano que, por provenir de la realidad práctica aprehensible por el común de la gente, brindan al juzgador un dato de convicción que no puede ser válidamente ignorado ni excluido del razonamiento, sin herir las reglas de la sana crítica racional<sup>(708)</sup>.

El Tribunal Superior de Justicia de aquella provincia ha exigido que las conclusiones que se extraen de la prueba producida y del juego de la carga probatoria no contradigan máximas de experiencia<sup>(709)</sup>.

Así, entonces, el conocimiento de cómo ocurren los hechos normales pertenece al saber privado del juez que este puede invocar al fundamentar su sentencia<sup>(710)</sup>.

Cerramos el punto con una referencia obligada.

Hemos dicho, anteriormente, que, como consecuencia del principio de necesidad de la prueba, el juez no podía valerse de su conocimiento personal.

El tema, como es obvio, orilla en cierto modo el analizado aquí.

Pero la situación es diversa.

---

(706) C. Civ. y Com. Rosario, sala 3a, 31/7/1997, "M., S. L.", LLL 1998-1-559.

(707) C. Civ. y Com. Córdoba, 5a, 27/12/2005, "Ghio, Elvio M. c. Ghio, Haydée M."

(708) C. Civ. y Com. Córdoba, 4a, 30/5/2006, "González, Martín A. c. Angulo, Agustín R. y otros".

(709) Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., 4/4/2006, "Gutiérrez de Mañez, María c. Provincia de Córdoba".

(710) C. Civ. y Com. Rosario, sala 4a, 16/2/1993, "Cándido, Domingo c. Nale y Cía. SA", JA 1993-III-555.

En el caso del conocimiento personal, el juez acudiría al saber que tiene, por fuera del proceso, con relación a los hechos en él debatidos; en cambio, cuando se trata de máximas de la experiencia, el juez no invoca su saber personal con relación a hechos discutidos en el proceso, sino que utiliza reglas generales y abstractas, derivadas de circunstancias pretéritas y ajenas a las concretas que buscan dilucidarse en el litigio específico.

Es por ello que la jurisprudencia ha señalado que, si bien el magistrado no puede hacer mérito en su sentencia de los hechos de su conocimiento personal, puede valerse de las máximas de la experiencia para apreciar la prueba<sup>(711)</sup>.

Todo esto, como luego se verá, tiene hondas repercusiones cuando el juez se encuentra frente a evidencia digital.

## 8.6. Algunos lineamientos del método valorativo

### 8.6.1. *La valoración como actividad*

Ya nos hemos referido a las reglas aplicables para valorar la prueba.

Ahora bien, la actividad valorativa, como toda faena, exige algún tipo de método, el cual incluye la actitud del valuador y sus técnicas de aproximación, desarrollo y conclusión<sup>(712)</sup>.

A decir de Varela, la existencia de un método posibilita que la simple creencia subjetiva se convierta o adquiera un carácter impersonal que se imponga a todos<sup>(713)</sup>.

Bien lo advierte Gorphe: el arte empírico más hábil no reemplaza nunca el conocimiento racional<sup>(714)</sup>.

Es un método de naturaleza crítica<sup>(715)</sup>.

Para llegar a un resultado verdaderamente significativo, este método crítico debe apreciar de manera diferente cada medio de prueba, pero, al mismo tiempo, debe ser lo bastante general como para referirse a la

---

(711) C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1a, 16/10/2001, “F., C. B. c. Clínica Privada Presidente Derqui”.

(712) Barrios de Angelis, Dante, “La valoración...”, cit.

(713) Varela, Casimiro, *Valoración...*, cit., p. 38.

(714) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 16.

(715) CNCiv., sala H, 7/9/2001, “Scorza, Juana c. Organización Coordinadora Argentina SA y otro”.

totalidad y lo suficientemente sistemático como para demostrar las relaciones entre todos los elementos obrantes, sin limitarse a analizar su exclusiva significación directa sino en virtud de tener en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias con los demás<sup>(716)</sup>.

Además, para producir un resultado útil, la crítica no debe atenerse a la parte negativa de su tarea que le ha valido un sentido peyorativo; debe interpretarse aquí principalmente en un sentido positivo, conforme a su meta de buscar la verdad.

La eliminación de errores y la búsqueda de la verdad son solo los dos aspectos, negativo y positivo, de la misma tarea<sup>(717)</sup>.

De hecho, se ha resaltado que la importancia que tiene realizar una correcta evaluación de la prueba queda puesta de relieve por el hecho de que resultaría casi imposible acceder a la verdad dentro del proceso sin un correcto examen crítico de los antecedentes aportados a él<sup>(718)</sup>.

Y, por nuestra parte, ha hemos explicitado cómo juega el acceso a la verdad a modo de norte de toda labor jurisdiccional.

Es importante también dejar señalado que el proceso de valoración o apreciación de la prueba no es simple ni uniforme sino, por lo contrario, complejo y variable en cada caso<sup>(719)</sup>, con lo cual solo podemos delinear algunos aspectos nucleares del método utilizable que, luego, el operador deberá completar con las que hagan a las específicas circunstancias de cada caso.

### 8.6.2. Fases

Según Devis Echandía existen tres aspectos básicos que se encuentran siempre en la actividad valorativa de la prueba: percepción, representación o reconstrucción y razonamiento deductivo o inductivo.

En cuanto al primero de ellos, nos dice que el juez entra en contacto con los hechos mediante la percepción u observación; es una operación sensorial, en la que resulta indispensable separar la inferencia que de los hechos pueda hacerse de su simple percepción.

---

(716) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 308; La Salvia, Iris E., "Los procesos...", cit.

(717) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 16.

(718) Varela, Casimiro, *Valoración...*, cit., p. 85.

(719) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 290.

Una vez percibidos aisladamente los hechos a través de sus medios de prueba, es indispensable proceder a la representación o reconstrucción histórica de ellos, no ya separadamente sino en su conjunto; es la segunda fase indispensable de la operación.

La tercera fase del proceso es la intelectual o la de raciocinio o razonamiento, que implica una actividad inductiva que consiste precisamente en sacar de los datos percibidos alguna conclusión; esto no significa que deba estar precedida por la segunda o de reconstrucción porque, al contrario, se desarrollan por lo general simultáneamente<sup>(720)</sup>.

Gorphe también divide las operaciones a realizar en tres parcelas.

Primero, fijar los diversos elementos de prueba y determinar, por sí mismo en cuanto sea posible, mediante los informes obtenidos, los interrogatorios y exámenes, los elementos psicológicos y morales que pertenecen más particularmente a su dominio propio.

Luego, controlar entre sí estos diversos elementos, verificarlos en cuanto sea posible o por lo menos apreciar su verosimilitud.

Finalmente reunir y relacionar todos los elementos pertinentes en un conjunto sintético, coherente y concluyente, es decir, ponerlos en estado de que se pueda extraer de ellos una conclusión en uno u otro sentido<sup>(721)</sup>.

Montero Aroca, en cambio, nos habla de dos actividades intelectuales diferenciadas:

1) Interpretación: Después de practicada la prueba, lo primero que debe hacerse es determinar cuál es el resultado que se desprende de ella, en forma aislada y con relación a cada una; se llama interpretación porque consiste en fijar lo que el testigo afirma, el documento dice o el perito concluyó;

2) Valoración: Establecido el resultado de cada fuente/medio, el paso siguiente ha de consistir en determinar el valor concreto que debe atribírsele en la producción de certeza, lo que implica una decisión sobre su credibilidad<sup>(722)</sup>.

La jurisprudencia bonaerense coincide con ello al señalar que se divide la función del juez entre la interpretación de los resultados de la prueba y la valoración de ellos; la primera se dirige a establecer de un

---

(720) *Ibidem*, ps. 290-291.

(721) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 151.

(722) Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 2a ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 308.

modo cierto el significado de cada uno de los juicios recogidos; la segunda se dirige a establecer, en virtud de confrontar varios juicios de hechos a menudo contradictorios, qué juicios deben ser considerados correspondientes a la realidad objetiva de los hechos y en qué medida, y cuáles de varios hechos contradictorios entre sí deben anularse o prevalecer sobre otros<sup>(723)</sup>.

Por nuestra parte, creemos que el parcelamiento de Montero Aroca es bien claro y aprehende adecuadamente la faena valorativa.

Inicialmente el juzgador tendrá ante sí todo el plexo probatorio.

Lo primero que debe hacer es examinarlo todo detenidamente, saber qué fuentes se han allegado al proceso y cuál ha sido el resultado obtenido de cada uno de los medios que fueron puestos en funcionamiento.

Luego es hora de contextualizarlos todos y analizar la credibilidad de cada uno, para lo cual deberá correlacionarlos con los restantes.

Decidirá cuáles le merecen fe y cuáles no.

A partir de ello, en virtud de saber qué surge de cada fuente y en cuál de ellas debe creer, tendrá por probados determinados hechos, los que —a su vez— le permitirán, en ciertos casos, tener por existentes otros (*prueba indiciaria*).

Habrà llegado así a determinar, o no, el sustrato fáctico del caso.

En el primero de estos supuestos, deberá ahora efectuar la subsunción jurídica de los hechos probados.

En el segundo, otro es el camino que adoptará: deberá acudir a las normas de clausura del sistema que le indiquen cómo fallar para el caso de no haberse probado alguno, o varios, de los hechos invocados (*carga de la prueba*).

Obviamente, hecho todo esto deberá plasmar y explicitar su argumentación para permitir a los justiciables, y a la comunidad toda, saber por qué ha decidido de una u otra manera.

---

(723) C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 1a, 7/3/2000, "Duahart, Eduardo H. c. Duhalde, Guillermina s/daños y perjuicios", 1/11/2005, "Gazzolo, Hugo y otra c. Fazio, Alberto y otro s/daños y perjuicios" y 9/3/2007, "Chcair, Amado O. s/incidente de nulidad en autos Casa Mingo c. Chcair s/ejecución", JUBA, sumario B1352100.

### 8.6.3. Actitud inicial del juzgador frente a la prueba

Aconseja Devis Echandía no dejarse llevar por la primera impresión que causen las pruebas, sino examinarlas reiteradamente<sup>(724)</sup>.

Bien lo dice Gorphe: El juez prudente, por definición, observará respecto de las pruebas en primer término una actitud de desconfianza y duda provisional a fin de no asentar su convicción más que sobre los resultados de un examen suficiente<sup>(725)</sup>; la doctrina autóctona postula lo mismo<sup>(726)</sup>.

Pensamos que proceder de este modo tendrá una importancia inigualable, para no dejarse llevar por conclusiones apresuradas, influenciadas por el orden en que se aborden las diversas fuentes de prueba.

Recién cuando la primera de las fases antes descripta estuviera totalmente concluida, debería pasarse a la segunda.

### 8.6.4. Razones para creer (argumentos de prueba)

Se entiende por argumentos de prueba los motivos que hacen reconocer el valor o la fuerza probatoria a un medio de prueba o a varios en conjunto.

Dicho, en otros términos, los argumentos de prueba responden a la pregunta de por qué el juez le da valor probatorio a tal medio o a cierto conjunto de medios.

Puede decirse, por ello, que el valor o fuerza probatoria de un medio de prueba aislado o de un conjunto de medios depende de los argumentos de prueba que de él o de ellos se deduzcan<sup>(727)</sup>.

Luego, fuerza o valor probatorio es la aptitud que tiene un hecho para demostrar judicialmente otro hecho o para que el mismo hecho quede demostrado<sup>(728)</sup>.

En tal contexto, la apreciación de cada prueba depende de inducciones y deducciones, más o menos bien contrastadas, que serán posiblemente incompletas, sin que nunca podamos perder de vista que en

---

(724) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 291.

(725) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 153.

(726) La Salvia, Iris E., "Los procesos...", cit.

(727) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, ps. 316-317.

(728) *Ibíd.*, p. 314.

toda conclusión de hecho existirá un margen de posible error<sup>(729)</sup>, el cual debemos tender a reducir mediante la aplicación de las diversas pautas y reglas útiles al efecto.

La eficacia de cada medio de prueba dependerá de las circunstancias del caso, en tanto que es prácticamente imposible pergeñar *a priori* reglas inmutables que concedan mayor o menor eficacia probatoria a cada uno de ellos<sup>(730)</sup>.

#### **8.6.5. Aspectos a examinar respecto de cada prueba**

Con mucha claridad dice Devis Echandía que para que la crítica de los diversos elementos probatorios resulte completa deben examinarse dos aspectos esenciales de cada prueba: a) Su autenticidad y sinceridad, cuando se trate de documentos, confesiones y testimonios y solo la primera para huellas, rastros y cosas examinados directamente por el juez; y b) su exactitud y credibilidad.

Las primeras significan que no haya alteración maliciosa o intencional de la prueba.

Las segundas significan que lo que espontáneamente se deduce de las pruebas corresponda a la realidad, es decir que el testigo o el perito no se equivoquen de buena fe, o que el hecho indiciario no sea aparente o no tenga un significado distinto ni haya sufrido alteración por la obra de la naturaleza, o que la confesión no se deba a error o que lo relatado en el documento no se separe de la verdad también por error y sin mala fe de sus autores.

No bastan entonces la autenticidad y la sinceridad de la prueba, sino que es indispensable revisar también su credibilidad o exactitud<sup>(731)</sup>.

Por lo demás, y dependiendo de cada caso, sería necesario llevar a cabo un test de licitud, en cuanto a la obtención del medio probatorio.

No en todos los supuestos, claro está, sino que dependerá de qué fuente probatoria se trate y de los planteos que, a su respecto, pudieran haber introducido las partes.

---

(729) Barrios de Angelis, Dante, "La valoración...", cit.

(730) Peyrano, Jorge W. - Chiappini, Julio O., "Apreciación conjunta de la prueba, en materia civil y comercial", JA 1984-III-799.

(731) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 312.



### 8.6.6. *La valoración debe ser, necesariamente, global*

Innegablemente vinculado con el principio de *unidad de la prueba* explicitamos el postulado que titula el acápite.

Bien dice Gorphe que la prueba, considerada en su conjunto en un caso determinado, es el resultado de los diversos elementos probatorios y la metodología a utilizar excede con holgura el estrecho punto de vista del procedimiento que compartimenta los diversos medios de prueba bajo formas bien separadas y que después de haber realizado el examen crítico de cada categoría de pruebas, habrá que compararlas para examinar sus relaciones y extraer de su concordancia la condición probatoria que permitirá la reconstrucción sintética de los hechos con suficiente certeza o verosimilitud, al tiempo que se descarten las hipótesis desmentidas<sup>(732)</sup>.

Lo propio expresa Devis Echandía: no basta con tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y el alcance que realmente le corresponden, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios reunidos en el proceso, tomados en su conjunto como una “masa de pruebas”<sup>(733)</sup>.

Todo elemento de prueba tiende a producir una creencia o una duda.

Por lo tanto, no debemos formarnos una conclusión hasta después de haberlos considerado en su totalidad y de haber pesado el valor de cada uno de ellos.

Es necesario no omitir fragmentos, ni sobrevalorarlos o subestimarlos, para que la conclusión sea digna de fe y la convicción conforme a los hechos.

Los datos se han presentado sucesivamente ante la atención y se trata de coordinarlos en la conciencia para comprenderlos plenamente en su efecto probatorio<sup>(734)</sup>.

Se procederá a enlazar todos los elementos pertinentes en un conjunto sintético, con coherencia, concluyente, de forma tal que permita extraer una conclusión en uno u otro sentido<sup>(735)</sup>.

---

(732) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., ps. 62, 152 y 173.

(733) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 306.

(734) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., ps. 63-64.

(735) La Salvia, Iris E., “Los procesos...”, cit.

La apreciación de la prueba debe efectuarse, entonces, de manera *global*, confrontando unos elementos con otros para extraer del conjunto una conclusión<sup>(736)</sup>.

Döring explicita otras virtualidades de la apreciación conjunta al decir que en la vista general los fragmentos no son machihembrados por simple reunión mecánica.

Antes bien, en esa ocasión se confirma el viejo aserto de que el todo es más que la suma de las partes.

Cuando se contemplan los hechos en su encadenamiento, el pensar creativo da origen a algo nuevo.

Por lo común, el operante ya conoce desde antes los pormenores que componen el material probatorio y está familiarizado con ellos.

Pero su interdependencia e interrelación le brindan nuevo material de juicio y completan sus conocimientos sobre el caso<sup>(737)</sup>.

La imaginativa capacita al operante siempre que se sirva de ella adecuadamente, para establecer entre elementos fácticos a primera vista inconexos aquellas vinculaciones de ideas que conducen al esclarecimiento de los hechos<sup>(738)</sup>.

En otros casos, un elemento aislado nos llevará a repensarlo todo.

Volvemos con Döring quien nos advierte de que algunas veces todo parece cuadrar muy bien en el conjunto, excepción hecha de uno o dos elementos aparentemente secundarios, a los cuales no logra dárseles cabida adecuada.

En estos casos aconseja dedicar atención especial a estos elementos obstaculizantes y meditar si no poseen quizás más valor indicativo de verdad del que al principio se les atribuía<sup>(739)</sup>.

Por nuestra parte, no compartimos la reflexión que en algún momento hicieran Peyrano y Chiappini en cuanto a que las dos premisas necesarias para que entre a funcionar la “apreciación conjunta de la prueba” son pluralidad de pruebas y resultas contradictorias de ellas<sup>(740)</sup>,

---

(736) Varela, Casimiro, *Valoración...*, cit., p. 51.

(737) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., p. 407.

(738) Ídem.

(739) Ibídem, p. 409.

(740) Peyrano, Jorge W. - Chiappini, Julio O., “Apreciación...”, cit.

en tanto la ponderación global puede ser necesaria cuando las pruebas no sean contradictorias, sino complementarias entre sí y su contextualización sirva para orquestarlas armónicamente.

Los conceptos que aquí hemos venido reseñando han sido capitalizados por la jurisprudencia en reiteradas ocasiones.

Como primer punto rescatamos un interesante precedente, atinente a la forma que —en ciertas ocasiones— pueden adoptar determinados pronunciamientos jurisdiccionales.

La jurisprudencia tucumana ha indicado que, si bien por razones expositivas de algún modo las pruebas se deben analizar en forma individual, ese análisis está suponiendo siempre la incidencia recíproca que cada prueba tiene sobre las otras y las que el conjunto posee en relación con la analizada en ese momento.

En este contexto, la escisión probatoria obedece solo a la forma discursiva propia de una sentencia, pero la interpretación, los efectos y los alcances solo son válidos desde el conjunto del cuerpo probatorio<sup>(741)</sup>.

Señalan nuestros tribunales, en la misma línea de pensamiento, que es menester evitar el apreciar cada prueba independientemente<sup>(742)</sup>, en tanto que el material probatorio debe ser analizado en su conjunto, mediante la concordancia que ofrezcan los distintos elementos de convicción arrojados al proceso<sup>(743)</sup>, y que en los casos de concurrencia o acumulación de fuentes de prueba, salvo cuando la ley otorga expresamente primacía a un determinado medio, todos ellos contribuyen a formar la convicción<sup>(744)</sup>, en virtud de tener en cuenta el hecho de que probanzas que aisladamente consideradas pueden ser objeto de reparos por débiles o imprecisas, en muchos casos se complementan entre sí de tal manera que unidas llevan al ánimo del juez la convicción suficiente para tener por acreditados los hechos<sup>(745)</sup>.

---

(741) C. Civ. y Com. Tucumán, sala 1a, 10/10/1984, "Fornes, Francisco, suc. y otro c. Quipildor, Víctor M. y otra", JA 1985-IV-síntesis.

(742) CNCom., sala B, 6/12/2000, "Vázquez, Guillermo D. c. Citibank NA", JA 2003-I-síntesis; CNCom., sala B, 19/7/2002, "Establecimiento Frutícola SEDE SRL c. Coto CICSA", RDCO 2003-229; C. Civ. y Com. Azul, sala 2a, 4/11/2004, "Esquerdo y Figueroa, Elena A. s/concurso preventivo".

(743) CNCom., sala B, 30/6/2004, "Loba Pesquera SAMCI" y 27/3/2007, "Marcote Canosa, Ramón c. Lancellotti, Edgardo H."

(744) CNCom., sala A, 26/3/1997, "Fernández, José M. c. Boliberto SRL s/sumario".

(745) CNFed. Civ. y Com., sala 3a, 15/12/1983, "Benegas, Fidencia R. c. Empresa Transporte Automotor Varela SA", JA 1985-I-67, 7/6/1985, "Kaiser, Erwin R. V. c. Esta-

Son las pruebas arrimadas y analizadas en su conjunto, y no en forma aislada o parcial, las que forman el plexo probatorio<sup>(746)</sup>.

La prueba deberá ser valorada en su totalidad, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí; en razón de lo cual resulta censurable la descomposición de los elementos y su disgregación para considerarlos aislada y separadamente<sup>(747)</sup>.

Como lo ha señalado la casación bonaerense, no corresponde privilegiar ningún exceso ritual manifiesto en la interpretación o valoración peculiar de la prueba que pueda conducir a un fraccionamiento negativo, con el aislamiento de unos medios en relación con otros, restándole, a la sumatoria global, lo que el sentido de cada uno de ellos en particular les hace cobrar fuerza de convicción si están enlazados, en armonía totalizadora, con los restantes<sup>(748)</sup>.

Aunque esta apreciación global de la que venimos hablando no quiere decir que siempre resulte imprescindible una pluralidad de elementos de prueba para formar convicción.

Bien dice la jurisprudencia bonaerense que en su faena el juez no estará limitado por el número de elementos de prueba desde que la interpretación es tarea valorativa y no matemática<sup>(749)</sup>.

#### 8.6.7. Concordancias y discrepancias

La apreciación conjunta del material colectado aparejará el hallazgo de dos tipos de relaciones entre los datos probatorios: *concordancias* o *divergencias*.

En ambos casos, se establecerán relaciones entre los diversos elementos.

---

blecimientos Rurales Santa Elena", JA 1985-IV-16 y 11/7/1986, "Marrero de Álvarez, Olga c. Gas del Estado", JA 1986-IV-síntesis.

(746) Trib. Sup. Just. Santa Cruz, 10/5/1991, "Padrón Moyano, Juan M.", JA 1992-III-síntesis.

(747) C. Civ. y Com. Morón, sala 2a, 30/8/1994, "Robledo de Rivero, Nidia c. Nosedá, Néstor O. s/interdicto de recobrar", JUBA, sumario B2352206; C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 1a, 22/10/1996, "Kukin, Julio c. Leguizamón, Víctor O. y otros".

(748) Sup. Corte Bs. As., 6/6/2011, "Barci, Dora c. Salaberry, Máximo Renato s/disolución y liquidación de sociedad", JUBA, sumario JUBA, sumario B29402.

(749) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 12/2/1998, "Berrello, Edgardo c. Yoshinaga, Carlos s/nulidad de venta", JUBA, sumario B152047.

Cuando las pruebas se hallan en desacuerdo, por más buenas que resulten aisladamente, nada se ha avanzado<sup>(750)</sup>.

Deberá buscarse la razón de la discrepancia y resolver la contradicción y, si no fuese posible, deberá elegirse entre los datos contrarios<sup>(751)</sup>, que incluso pueden llegar a neutralizarse mutuamente si no es factible dar mayor credibilidad a uno de ellos<sup>(752)</sup>.

Con toda claridad lo ha dicho la jurisprudencia chaqueña: la sana crítica racional obliga al juzgador a analizar los elementos de convicción legalmente reunidos en la causa, confrontándolos cuando fueren opuestos o diferentes y escogiendo aquellos que, a la luz de la razón, la experiencia y el sentido común aparezcan como verdaderos<sup>(753)</sup>.

En cuanto a las coincidencias, ellas podrán obedecer a dos razones: las dos pruebas son conformes a la realidad o bien las dos son falsas y se enlazan por azar<sup>(754)</sup>.

Es que el solo hecho de que un aspecto calce en el contexto, no dice mucho por sí solo, pues puede ser producto de la casualidad.

Por eso se debe estimar si la ensambladura es tan solo somera o hay armonía auténtica entre las piezas que la componen<sup>(755)</sup>.

Descartada la hipótesis de concordancia fortuita (*que no es realmente muy usual*), la credibilidad de la prueba se hará más consistente cuanto son mayores las convergencias que aporta cada uno de los medios que, al cabo y para el conjunto, se ovillan en una concatenación de inferencias, al trasluz de un criterio de ponderación que reposa en la probabilidad lógica prevaleciente<sup>(756)</sup>.

Cuanto más numerosas son las pruebas concordantes, más probable resulta la hipótesis de que sean conformes a la realidad: si pruebas realmente independientes coinciden en el mismo sentido, esto se deberá a que tienen un fundamento común en la realidad<sup>(757)</sup>.

---

(750) La Salvia, Iris E., "Los procesos...", cit.

(751) Ídem.

(752) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 471.

(753) C. Civ. y Com. Resistencia, sala 1a, 27/5/1997, "Roldán, David c. Rivero SA y/o Rivero, P. L. Cirugía Ceupesa SA", LLL 1998-2-517.

(754) La Salvia, Iris E., "Los procesos...", cit.

(755) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., p. 409.

(756) Morello, Augusto M., "Apreciación...", cit.

(757) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 471.

Obviamente que para ello debe descartarse la posibilidad de que se trate de un concierto probatorio fraudulento.

#### **8.6.8. Selección del material probatorio: El real alcance del art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación**

Hemos visto anteriormente que la mayoría de los códigos procesales releva al magistrado *del deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas*.

Al respecto, lo primero que debemos tener en cuenta es que la norma no releva al magistrado de apreciar las pruebas sino de expresar en su sentencia la valoración de ellas.

Es que, como fácilmente se podrá colegir, para considerar que una prueba no es esencial o decisiva para, el fallo el magistrado, necesariamente, *deberá valorarla*.

De allí que, a nuestro modo de ver, se lo exime de *expresar la valoración* en la sentencia, pero *no de ponderarla*.

La jurisprudencia bonaerense ha resuelto que el juez no debe necesariamente *expresar* la valoración de todas las pruebas producidas<sup>(758)</sup>, sino que basta con que mencione las que han sido soporte de su razonamiento, de conformidad con las reglas de la sana crítica<sup>(759)</sup>.

Y, tal como lo postulábamos, sustenta la jurisprudencia que no debe olvidarse que con todas las pruebas, las señaladas y las no especificadas, formará su convicción conforme a las reglas de la sana crítica<sup>(760)</sup>.

Aunque contrariamente se ha resuelto que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas sino aquellas que estima apropiadas para resolver el caso<sup>(761)</sup>, en tanto es facultativo del juez de grado meritar todos o algunos de los elementos de prueba producidos

---

(758) Sup. Corte Bs. As., 21/11/2001, "Caporaletti, Gladys y otro c. Faisal, Rodolfo s/desalojo"; 19/2/2002, "Debole, Alejandro Luis y Jovtis, Alfredo Alejandro s/incidente revisión en 'Club Atlético Aldosivi. Concurso preventivo'", 3/3/2004, "Gader, Nelly Edith c. Quil SA y otro s/daños y perjuicios", 22/3/2006, "Mallo, Jorge J. y otros c. Lozano, Antonio s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B25969.

(759) C. Civ. y Com. San Martín, sala 1a, 4/3/2004, "Establecimientos Gráficos Agramunt SA c. Paulista SA s/cobro de facturas", JUBA, sumario B1951056.

(760) C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 1a, 10/12/2002, "G., G. c. D., F. s/alimentos", JUBA, sumario B1352712.

(761) C. Civ. Com. Trab. y Minas Catamarca, 1a, 14/10/1996, "Aravena, Carlos A. c. Pérez, Rafael J. y/u otros", LLNOA 1998-288; C. Civ. y Com. Azul, sala 2a, 4/11/2004, "Esquerdo y Figueroa, Elena A. s/concurso preventivo"; CNFed. Cont. Adm., sala 5a,

a través de la utilización de los medios legislados o no, en la medida en que basta para fundamentar su decisión el hecho de que analice bajo las reglas de la sana crítica aquellos que a su entender resulten idóneos para la dilucidación de las cuestiones litigiosas y que no se consuma un absurdo por dicha preferencia<sup>(762)</sup>, y el decisorio no se convierte en arbitrario porque el sentenciante no haga un análisis exhaustivo de todas las pruebas aportadas, sino que se limite a las que estime pertinentes, en tanto que puede válidamente no considerar las innecesarias, y así es válida la decisión cuando el sentenciante analiza las pruebas que considera adecuadas y suficientes para formar su convicción<sup>(763)</sup>.

El postulado así formulado nos parece inaceptable pues para estimar apropiadas o adecuadas para resolver el caso determinadas pruebas es obvio que el juez debió valorarlas o ponderarlas antes, y recién luego descartarlas por no considerarlas esenciales o decisivas.

De este modo, de lo único que queda eximido el juez es de expresar la valoración, mas no de efectuarla.

Y paralelamente con todo lo que venimos señalando es claro que, como lo ha resaltado en alguna ocasión la jurisprudencia, si bien normas como la del art. 386, Cód. Proc. Civ. y Com., relevan a los jueces de expresar la valoración de todas las pruebas producidas, les impone, coetáneamente, el deber de valorar las que fueran esenciales y decisivas para el fallo de la causa<sup>(764)</sup>.

La Corte Suprema de Justicia tucumana ha señalado que, para constituir acto jurisdiccional válido, la sentencia no puede legítimamente prescindir de la valoración de prueba que aparezca como relevante para la resolución del litigio.

Asimismo, aclaró que, si bien la valoración del cuadro probatorio es facultad privativa de los jueces de mérito, estos no pueden, legítima y razonablemente, prescindir de integrar en el discurso sentencial atinente

---

22/11/2004, "Difiore, Jorge O. c. Banco Central de la República Argentina s/proceso de conocimiento".

(762) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 10/7/2001, "Ramírez Espain, Ricardo c. Migotto, Juan s/inc. contrato - daños y perjuicios", JUBA, sumario B152483.

(763) C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 2a, 27/7/2005, "Morilla, Oscar M. c. Escudero, Raúl M."

(764) C. Civ. y Com. Junín, 26/4/1989, "Sosa Pío, Quinto c. Prado, María D.", DJ 1989-2-377; C. Civ. y Com. Morón, sala 2a, 2/2/2006, "Falur, Aurelio H. c. Furio, Carlos D. y otro s/daños y perjuicios".



la referencia estimativa a pruebas que aparecen como ostensiblemente importantes<sup>(765)</sup>.

Los jueces *deben* valorar la prueba que es pertinente, la que influye decisivamente en el resultado de la litis, es decir, aquella que permite llegar a la convicción a través del conocimiento<sup>(766)</sup>.

Ahora bien, en la medida en que cumpla este postulado, el juez es soberano y bien puede preferir o privilegiar, para formar su convencimiento, alguna de las pruebas producidas sobre otras<sup>(767)</sup>, en tanto no se afecta la sana crítica cuando por motivos razonables otorga más credibilidad a unas que a otras<sup>(768)</sup>, lo cual es justamente lo que prescribe la norma del art. 386, Cód. Proc. Civ. y Com., y análogos provinciales<sup>(769)</sup>.

De este modo las reglas de la sana crítica confieren a los jueces de grado una soberanía axiológica tal que solo queda limitada por la razón y la lógica en el supuesto del absurdo en la valoración de la prueba<sup>(770)</sup>.

#### **8.6.9. Un criterio de eficacia convictiva: La mayor cercanía con los hechos**

Señala la doctrina que la prueba se hace más incierta a medida que existen más elementos intermediarios entre el juez y los motivos de prueba<sup>(771)</sup>.

(765) Corte Sup. Just. Tucumán, 21/3/1996, "García, Ernesto c. Villar, Santiago E. s/cobro de pesos - casación".

(766) C. Fed. La Plata, sala 3a, 17/9/1996, "Naciff, Jorge O. c. YPF SA", JA 2000-I-síntesis.

(767) CNCiv., sala F, 10/6/1982, "Fernández, José R. c. García, Cesáreo y otros", JA 1984-I-401; Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2a, 2/12/1992, "Kraviz de Buca, Ma. Mirta c. Dirección General de Escuelas s/acción procesal administrativa."; C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 1a, 22/10/1996, "Kukin, Julio c. Leguizamón, Víctor O. y otros"; Sup. Corte Bs. As., 30/6/2004, "Cesarani, Alberto y otros c. Castelli, Oscar A. s/reivindicación", JUBA, sumario B27447; C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2a, 2/9/2004, "Ruete, Ma. Mónica c. Gherbi, José y otros".

(768) C. Civ. y Com. Fed., sala 3a, 16/9/1999, "Silva, Pedro c. Edesur SA", LL 2000-C-884; C. Civ. y Com. Quilmes, sala 2a, 7/3/2002, "Gader, Nelly E. c. Quil SA s/daños y perjuicios".

(769) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 20/6/1995, "Pérez, Rodario c. Stranglis, Reinaldo s/daños y perjuicios", 8/5/1997, "Page, Roberto A. c. Díaz, Víctor s/daños y perjuicios", 12/2/1998, "Berrello, Edgardo c. Yoshinaga, Carlos s/nulidad de venta", JUBA, sumario B151507.

(770) Sup. Trib. Just. Entre Ríos, sala 2a Civ. y Com., 14/9/1994, "Raiteri, Alberto F. c. Romera, Fabián F. y otro", DJ 1995-1-982.

(771) De los Santos, Mabel, "El juez...", cit.

La jurisprudencia nos dice algo similar: conforme la apreciación de la prueba ofrecida, produce mayor convicción valorativa aquella que tiene mayor inmediatez con el hecho<sup>(772)</sup>.

No es más que la aplicación del principio de *originalidad de la prueba*, al que ya nos hemos referido.

#### **8.6.10. Otro criterio: Incidencia del medio probatorio elegido**

El medio probatorio elegido va a incidir en la eficacia convictiva del dato obtenido mediante él.

Es una aplicación del principio de *especificidad de los medios de prueba*, al que en su momento aludiéramos.

Con base en ello, los tribunales predicán que, si se busca un medio indirecto de prueba y se prescinde de la más idónea, las que se aparten de ello deben apreciarse con mayor severidad<sup>(773)</sup>.

#### **8.6.11. La valoración de la prueba como acto de voluntad**

A la hora de ponderar el resultado probatorio es dable exigir del juzgador cierto empeño.

El juez debe ser prudente y riguroso en la apreciación de la prueba<sup>(774)</sup>.

Nos advierte Devis Echandía que, al apreciar la prueba, es indispensable un continuo acto de voluntad, para no dejarse llevar por las primeras impresiones o por ideas preconcebidas, antipatías o simpatías por las personas o las tesis y conclusiones, ni aplicar un criterio rigurosamente personal y aislado de la realidad social; en fin, para tener la decisión de suponer las muchas posibilidades de error y tomarse el trabajo de someterlas a una crítica severa<sup>(775)</sup>.

Se trata de exigirse a sí mismo continuamente nuevos esfuerzos para revisar una y otra vez la asunción de la prueba<sup>(776)</sup> en virtud de buscar

---

(772) C. Civ. y Com. Córdoba, 6a, 25/10/2006, "Fuentes, Javier H. c. Alloco, Pablo R."

(773) CNCom., sala E, 18/9/2000, "Flores Aranda, Aurelio B. c. Citibank NA", JA 2002-I-384.

(774) C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1a, 19/3/1981, "Álvarez, Marcelo c. Fernández, Alberto", JA 1982-II-síntesis.

(775) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 299.

(776) *Ibíd.*, p. 300.

sistemáticamente puntos débiles en la argumentación que ha venido llevando<sup>(777)</sup>.

Se requiere una firme y constante voluntad de averiguar la verdad o al menos obtener el convencimiento de la manera más acertada que sea posible, para que ella no eche a perder el trabajo de la razón y de los sentidos<sup>(778)</sup>.

Lo que, a nuestro juicio, es exigible del juzgador a tenor del norte que, para él, representa la búsqueda de la verdad jurídica objetiva.

### 8.7. Nuevamente sobre el fin de la prueba

Hemos hablado, anteriormente, sobre cuál era la finalidad de la prueba en el proceso desde nuestra perspectiva.

Volvemos, ahora, sobre el particular en su directa relación con el objeto de estas líneas.

Y así diremos que para adoptar su decisión con fundamento en la prueba es indispensable que el juez se considere convencido por ella o, dicho de otra manera, que se encuentre en estado de certeza sobre los hechos que declara.

Si la prueba no alcanza a producirle esa convicción, porque no existe o porque pesa en su espíritu por igual a favor y en contra, o más a favor de una conclusión, pero sin despejar completamente la duda razonable, le está vedado apoyarse en aquella para resolver y por consiguiente recurrirá a la regla de la carga de la prueba; pero entonces su sentencia no se basa en la duda ni en la probabilidad, sino en esa regla jurídica elaborada para evitar el *non liquet*<sup>(779)</sup>, temática que luego abordamos.

El juez debe llegar al convencimiento luego de realizar una verdadera reconstrucción histórica de los hechos<sup>(780)</sup> y de formarse una imagen de su concurso funcional<sup>(781)</sup>.

---

(777) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., p. 410.

(778) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 300.

(779) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 321.

(780) C. Fed. San Martín, sala 1a, 10/6/1993, "Prada, Mercedes c. Instituto Serv. Soc. Jub. y Pens", JA 1994-III-síntesis; C. Civ. y Com. Fed., sala 3a, 3/7/1997, "Maruba SCA c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos", LL 1998-A-151; DJ 1998-I-766; CNCom., sala B, 19/7/2002, "Establecimiento Frutícola SEDE SRL c. Coto CICSA", RDCO 2003-229 y 13/4/2007, "Goyeneche, Omar A. c. Loma Negra Compañía SA y otros".

(781) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., p. 408.

Este convencimiento debe ser la conclusión lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de prueba<sup>(782)</sup>.

El éxito de la valoración dependerá de la correcta y completa representación de los hechos, en la cual no debe omitirse ninguno, por accesorio que parezca, sino que deben coordinarse todos y colocarse en el sitio adecuado, para luego clasificarlos con arreglo a su naturaleza, al tiempo y a las circunstancias de la realidad histórica que se trata de reconstruir<sup>(783)</sup>.

Las pruebas producidas deben ser lo suficientemente completas como para permitir la reconstrucción del conjunto de los hechos, pero es raro que expliquen los actos sin lagunas.

Será necesario llenar los vacíos con una reconstrucción hipotética: lo esencial será que la hipótesis sea verosímil y concuerde con los datos bien establecidos<sup>(784)</sup>.

Los hechos que aparezcan debidamente probados y que apenas sirvan como elementos incompletos de convicción deben ser clasificados y ordenados con lógica rigurosa, teniendo en cuenta sus concordancias y discrepancias, para que no haya oposición entre ellos, sino que unos sirvan de base a otros<sup>(785)</sup>.

En tal contexto, la convicción judicial será el resultado de la valoración de los hechos y de las pruebas confrontados con los preceptos legales pertinentes y se traducirá en un proceso psicológico donde ha mediado una operación lógica, que subsume los hechos y las pruebas sometidos a juicio, y que produce seguidamente en el ánimo certeza acerca del hecho enjuiciado<sup>(786)</sup>.

Es importante tener en cuenta, en conexidad con ello, que —según lo predica la Suprema Corte bonaerense— en la labor de juzgamiento no se aspira a conocer la absoluta verdad sobre cómo ocurrieron los hechos relevantes de una causa; en su lugar, se exige al juez que tenga la

---

(782) CNCom., sala B, 28/12/2006, “Urteaga, Martín c. Complejo Habitacional Nuevo SUTERH”.

(783) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 291.

(784) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 479.

(785) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 310.

(786) C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2a, 2/9/2004, “Ruete, Ma. Mónica c. Gherbi, José y otros”.

convicción de la veracidad de las proposiciones que se refieren a tales hechos y que, además, deje de lado sus particulares apreciaciones<sup>(787)</sup>.

El problema de la determinación judicial de los hechos no tiene correlato con la determinación de la verdad absoluta o la certeza indudable de los hechos, ni tampoco con el alcance de la verosimilitud. La cuestión radica en “la individualización de las condiciones y de las modalidades en cuya presencia está justificado considerar como verdadera una versión de los hechos” Dicho de otro modo “se trata de establecer cómo pueden ser utilizados conocimientos que son inevitablemente inciertos, pero sin embargo son los únicos que pueden constituir la base del juicio acerca de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa”<sup>(788)</sup>.

Así entonces se dice que el material probatorio debe ser analizado en búsqueda no de la certeza absoluta, sino de la certeza moral, es decir, del grado sumo de probabilidad acerca del modo en que se produjo el evento<sup>(789)</sup>.

Con el término “certeza moral” se refiere al estado de ánimo del juzgador, en virtud del cual se aprecia, ya no con el grado de seguridad total sino de convincente posibilidad, su acercamiento a la verdad bajo convincente probabilidad<sup>(790)</sup>.

### **8.8. La adecuada explicitación del razonamiento utilizado como recaudo de validez de la decisión**

La prueba ya ha sido valorada por el juez en su fuero interno, ya ha decidido a qué elementos dará prevalencia y, en definitiva, ha *construido* con el material que le fue aportado (y que quizás él mismo ha recabado) la versión fáctica que tendrá por verdadera.

Falta solo un paso más.

En orden a la validez del producto jurisdiccional no es suficiente que se efectúe una correcta apreciación del material probatorio, sino que ella

---

(787) Sup. Corte Bs. As., 20/8/2008, “López de Argañaraz, Laura c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca y otros s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B29922.

(788) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 9/5/2019, “Herrera Ricardo Horacio y otro/a c. Herrera María Aurora s/desalojo”, JUBA, sumario B356372.

(789) CNCiv., sala K, 28/6/1996, “Aranda, Gerónimo I. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos y otros”, LL 1997-B-780; C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 2a, 2/4/1997, “S. Ando y Cía. SACIIF c. Agroindustrias Bonilla s/ordinario”.

(790) Lessona, Carlos, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, trad. Enrique Aguilera de Paz, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1906, t. I, p. 48; C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1a, 20/9/2007, “Schiappacasse, Bartolomé J. c. Raimondi, Alejandro s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B2551020, y 30/10/2007, “Dirialdi, Miguel Á. c. Federación Patronal Seguros s/cobro de pesos”, JUBA, sumario B2551105.

debe ser suficientemente explicitada y exteriorizada en el decisorio respectivo.

El juez debe explicar las razones que ha tenido para formar su convicción al ponderar con un sentido crítico las probanzas<sup>(791)</sup>, al par de describir cuál ha sido el proceso lógico de su razonamiento<sup>(792)</sup>.

Esto ha sido indicado muy bien por la jurisprudencia al postular que la actividad probatoria no debe quedar reducida únicamente a la creación de estados subjetivos del juzgador que reflejen su parecer sobre una cierta hipótesis de hecho (v.gr, certeza, persuasión, convencimiento, intuición, etcétera). Al valorar la evidencia producida por las partes —junto con toda otra información que surja verificada en la causa— no caben dudas que los magistrados formamos un juicio sobre si un hecho ocurrió o no (o si sucedió como la parte lo narra o de una manera distinta). Pero mientras que en algunos casos esa reflexión o juicio interno es definido, moldeado y condicionado por factores enteramente aceptables de conformidad con las reglas que rigen el proceso judicial (v.gr., la cantidad, calidad y credibilidad de las pruebas, su valoración a la luz de las máximas de la experiencia y demás reglas de la sana crítica), en otros casos bien puede obedecer a parámetros inverificables, quizás inconsistentes y que por ello no resultan admisibles (v.gr. intuiciones, meras sensaciones, preconceptos sobre el caso, sesgos cognitivos, etcétera). Por ello, es muy importante que esa convicción —o certeza— no se reputé técnicamente suficiente para justificar una conclusión vinculada a la *quaestio facti*: la valoración racional de la prueba impone al juez el deber de demostrar y argumentar cuáles son los elementos que objetivamente transforman aquella creencia [esa certeza, ese convencimiento] en un juicio razonable y aceptable. El deber de motivar una sentencia obliga al juez a explicar de qué manera aquel estado subjetivo interno no es consecuencia de una mera intuición o sensación infundada, sino que es una convicción razonable, justificada, aceptable y compartible por un auditorio racional, teniendo en cuenta el valor convictivo de cada una de las pruebas producidas en la causa. Estas exigencias de motivación objetivizan el parecer subjetivo del juez y lo hacen susceptible de control y de crítica<sup>(793)</sup>.

---

(791) CNCiv., sala D, 1/10/1998, “T. D. c. M., J.”, LL 1999-F-384; CNFed. Cont. Adm., sala 5a, 22/11/2004, “Difiore, Jorge O. c. Banco Central de la República Argentina s/ proceso de conocimiento” y 13/3/2006, “SA Frigorífico El Minuán c. Dirección General Impositiva”.

(792) C. Civ. y Com. Córdoba, 1a, 1/12/1997, “Sattler, Gustavo y otros c. DIPAS”, LLC 1998-486.

(793) C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2a, 14/2/2018, “Santecchia, Guillermo Juan y ot. c. Basile, Rubén Alfredo y ot. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B5042049.

Obviamente no es suficiente para cumplir esta exigencia la simple recapitulación de la prueba producida por las partes y la posterior expresión de que la valora según las reglas de la sana crítica<sup>(794)</sup>.

Ello, en definitiva, es parte del deber de fundar razonablemente (art. 3º, Cód. Civ. y Com.) las sentencias judiciales.

Esta obligación de motivar las decisiones, en realidad, trasciende en cierto modo la cuestión probatoria, pues la sucede y presupone.

Pero no queríamos dejar de señalarla pues, en definitiva, la culminación efectiva del sendero probatorio no está en el momento en que el juez valora la prueba sino, más bien, en el momento en que exterioriza su valoración, al motivar la parcela fáctica de la sentencia y explicar por qué decide de un modo o de otro.

Obviamente esta obligación de fundar lejos está de garantizar *absolutamente* que el juez no viole su deber de fallar según lo alegado y probado, pues una información extrajudicial (o cualquier otra razón) podrá ser la *intima ratio decidendi*, para dar fe a determinada probanza<sup>(795)</sup> o apreciar la prueba de determinado modo.

Pero obligando al juzgador a explicitar su razonamiento, se permite a las partes conocerlo y, *fundamentalmente*, cuestionarlo.

Con lo cual, si la recta aplicación de las máximas que gobiernan la ponderación probatoria lleva a un resultado diverso de aquel al que llegó el juzgador primigenio, *probablemente* la cuestión se repare en los estamentos ulteriores.

## IX. ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS DE LA RECONSTRUCCIÓN FÁCTICA: INDICIOS Y PRESUNCIONES

### 9.1. Aproximación preliminar a la prueba indiciaria

Hemos dicho anteriormente que el juez debe llegar al convencimiento acerca de los extremos fácticos debatidos, realizando una reconstrucción histórica de los hechos y formándose una imagen de su concurso funcional.

---

(794) CNCiv., sala D, 30/10/1978, "Muba Asociados c. Paladino, Carlos D.", LL 1979-B-401.

(795) Lessona, Carlos, *Teoría general...*, cit., p. 449.



En tal faena se valdrá de diversos elementos: evidencias documentales, informes, declaraciones de parte, testimonios, opiniones de expertos, verificaciones personales (reconocimientos judiciales), entre tantos otros.

Ahora bien, todos estos medios bien pueden referirse a los hechos que constituyan específicamente el sustrato fáctico de la pretensión u oposición (tema de la prueba).

Sería el caso de la prueba directa, por la cual se tiene —a los efectos de esta breve introducción— aquella en la que el hecho objeto de la prueba es el mismo que se quiere probar (y que constituye el tema de la prueba).

Paralelamente tendremos el caso de la prueba indirecta, la que versará sobre hechos diferentes a los que son tema de la prueba, de tal manera que estos últimos serán deducidos o inducidos de los primeros por una operación lógica o de razonamiento del juez<sup>(796)</sup>.

En concreto, los diversos medios de prueba no funcionan en el proceso solo para demostrar aquellos hechos que constituyen el tema de la prueba sino también para acreditar determinadas circunstancias que guardan algún grado de conexión con estos y que, por ello, posibilitan al juez tenerlos o no por ciertos.

En la prueba que vamos a analizar, el juez nunca percibe el hecho que constituye su objeto, ni otro hecho que lo represente de manera expresa y directa, sino hechos que apenas pueden ser relacionados indirectamente con aquel, mediante una operación mental suya: es la prueba indirecta por excelencia<sup>(797)</sup>.

Para explicar el fenómeno indiciario vamos a valernos de las enseñanzas de preclaros autores, que han explicitado magníficamente las bases que subyacen a él.

Señalaba Bentham, en su tiempo, que todo hecho, con respecto a otro, puede llamarse una circunstancia, las que son hechos colocados alrededor de algún otro hecho, y agregaba que a efectos de nuestro razonamiento cada hecho puede ser considerado como un centro y cualquier otro hecho puede estimarse como situado en torno al primero<sup>(798)</sup>.

En tal contexto indicaba que, de la cadena ilimitada de causas y efectos, aun cuando no se conozcan en toda su extensión, se pueden

---

(796) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general ...*, cit., t. I, ps. 521-522.

(797) *Ibíd.*, t. II, p. 607.

(798) Bentham, Jeremy, *Tratado ...*, cit., p. 151.

seleccionar algunos fragmentos destacados y pasar de un eslabón a otro<sup>(799)</sup>.

Ya en el ámbito local, Alsina reflexionaba en que todos los hechos se hallan vinculados recíprocamente, unas veces como causa y otras como efecto, lo cual permite determinar su ubicación en la sucesión de acontecimientos<sup>(800)</sup>.

Es que estos (los hechos) ocupan un lugar tempo-espacial y aun aquellos cuya existencia ha sido transitoria dejan generalmente huellas que, combinadas entre sí, hacen posible descubrir sus caracteres<sup>(801)</sup>.

La identificación de los rastros y su ubicación dentro del cuadro de los acontecimientos, según nuestra experiencia, nos autorizan pues a decir que un hecho se ha producido en determinadas circunstancias<sup>(802)</sup>.

Lazzaroni ha analizado, con su elegante prosa, el fenómeno que hoy es objeto de nuestras reflexiones.

Expresa que la realidad no es una masa homogénea, sino que se presenta en forma de sucesos, acontecimientos o hechos que, no obstante, su absoluta vinculación con el todo que conforma el universo, mantienen una débil independencia que les permite formar unidades con sentido propio<sup>(803)</sup>.

Cada hecho es el producto de la coincidencia, en el tiempo y en el espacio, de una complejísima red de causas y efectos, que provienen desde el principio de los tiempos.

Todas las causas anteriores, como si fueran las varillas de un abanico, concurren a la producción de hecho, el que inmediatamente se transforma en causa y expande sobre la realidad como otro abanico de efectos, cada uno de los cuales irá a constituir, juntamente con efectos provenientes de otros nudos causales, nuevos hechos y así sucesivamente<sup>(804)</sup>.

---

(799) *Ibídem*, p. 152.

(800) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a ed., Ediar, Buenos Aires, 1961, t. III, p. 683.

(801) *Ibídem*, p. 682.

(802) *Ibídem*, p. 684.

(803) Lazzaroni, Luis J., "Indicios y presunciones en el proceso civil de la Nación", LL 156-1465.

(804) *Ídem*.

En tal contexto los hechos indicadores y los hechos indicados (conceptos que luego analizaremos) están unidos por nexos especiales que, en general, provienen del principio de causalidad.

El mundo es una unidad cuya sustancia es sutil tejido de encadenamientos causales.

Cualquier fragmento de ese mundo presentará superficies en las cuales los hilos de esa urdiembre quedan con sus extremos al aire; acercando dos o varios trozos de universo se puede a veces volver a anudar las ataduras que la abstracción había desatado y retejer así la red causal.

Rehecha la red causal en lo que corresponde a ese trozo de realidad que son los hechos indicados, es decir, los hechos a conocer, estos se presentarán descubiertos o desvelados ante la conciencia del sujeto.

Ese reconocimiento de los nexos naturales que unen a los hechos indicadores con los hechos indicados solamente se logra con el conocimiento de las leyes y las regularidades estadísticas; conocimiento dado por las reglas de la experiencia.

Son estas las que señalan en cada caso cómo ha de hacerse para reconstruir la red causal<sup>(805)</sup>.

De este modo, explicará Devis Echandía, la razón o el fundamento del valor probatorio del indicio radica en su aptitud para que el juez induzca de él lógicamente el hecho desconocido que investiga (del que puede ser causa o efecto).

Ese poder indicativo se apoya, por su parte, en la experiencia humana o en los conocimientos técnicos o científicos especializados, según sean indicios ordinarios o técnicos<sup>(806)</sup>.

Parra Quijano es muy gráfico y aprehende, en pocas líneas, la esencia del fenómeno.

En virtud de partir de la base de que tratamos de reconstruir un hecho, nos dice que estamos en un presente y tratamos de “lograr” el pasado con unos hechos (de *circum stare*: que están alrededor) que no son los buscados.

---

(805) Lazzaroni, Luis J., *El conocimiento de los hechos en el proceso civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 128.

(806) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 623.

Pero estos, con el empleo de la racionalidad y las reglas de la experiencia, nos indican el buscado: el hecho buscado no está representado ni observado por el juez; lo que tenemos es un hecho que lo señala.

De este modo explicitamos los fundamentos que permiten el funcionamiento del mecanismo indiciario: la interrelación de las múltiples unidades en que puede dividirse, por razones prácticas, la realidad (lo que llamamos “hechos”) y la posibilidad, *mediante técnicas especiales*, de descubrir esta relación y, a partir del conocimiento de una o varias, llegar a establecer otras (aquellas sobre las que versa la *quaestio facti* del proceso).

## 9.2. ¿Qué son los indicios?

Es esencial, para empezar a entender el mecanismo procesal que venimos analizando, explicitar el concepto de indicio, que se va despuntando ya en la introducción hecha en el párrafo precedente.

Devis Echandía define el indicio como un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos<sup>(807)</sup>, concepción que ha sido seguida por la jurisprudencia nacional<sup>(808)</sup>.

Gorphe dice que el concepto de indicio comprende todo hecho o circunstancia que tiene relación con el hecho investigado y que permite inferir su existencia o modalidad<sup>(809)</sup>.

Parra Quijano postula, en igual sentido, que el indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido<sup>(810)</sup>.

Similar definición adoptaba, muchísimo tiempo atrás, López Moreno<sup>(811)</sup>.

En nuestro medio, Alsina indicaba que se llama indicio a todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido

---

(807) Ibídem, p. 601.

(808) C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1a, 27/9/2004, “Martínez, Mónica c. Ramírez, Inés s/cobro sumario de dinero”, JUBA, sumario B3350736; Sup. Corte Bs. As., 23/11/2005, “Sonda, Graciela B. por sí e hijo menor Sonda, Mariano A. c. Toffoli, Luis s/filiación”, JUBA, sumario B28125.

(809) Gorphe, François, *La apreciación judicial de las pruebas*, trad. Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 261.

(810) Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 16a ed. ampliada y actualizada, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2007, p. 665.

(811) López Moreno, Santiago, *La prueba de indicios*, Imprenta de Eugenio J. Alaria, Madrid, 1879, p. 75.

susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido<sup>(812)</sup>, conceptos recogidos por la doctrina<sup>(813)</sup> y la jurisprudencia locales<sup>(814)</sup>.

Lazzaroni afirma que los indicios, o hechos indicadores, son sucesos, acontecimientos, cosas, personas, actos, acciones, en fin, pequeños trozos de realidad que están estrechamente vinculados con los hechos a probar o hechos indicados.

Estos hechos indicadores contienen un significado que señala el hecho a conocer, sentido que no ha sido puesto en el indicio por el hombre para comunicarse con los demás hombres, sino que surge de la vinculación natural del indicio con los hechos a conocer<sup>(815)</sup>.

Muñoz Sabaté pule un poco más el concepto y lo va aproximando a su complemento ineludible (*la presunción*) al decir que desde una perspectiva jurídica el indicio es el hecho-base en el cual se asienta una presunción, es decir, el hecho que permite presumir otro hecho<sup>(816)</sup>.

Para resumir, *el indicio es un hecho* (adoptando a su respecto una concepción amplia, comprensiva de acontecimientos —de todo tipo—, cosas y personas).

Un hecho que tiene determinada potencialidad: salirse de sí mismo y mostrarnos, por medio de la inferencia, otro<sup>(817)</sup>.

Es la llamada potencia *sindrónica* del indicio<sup>(818)</sup>.

De este modo su función probatoria es meramente accidental y surge por la eventualidad de una relación suya, *indefinible a priori*, con el hecho a probar<sup>(819)</sup>.

---

(812) Alsina, Hugo, *Tratado...*, cit., t. III, p. 683.

(813) Randich Montaldi, Gustavo E., "Reflexiones acerca del artículo 181 del Código Procesal Civil de Mendoza: medios, fuentes y hechos exentos de prueba; y presunciones e indicios", LLGran Cuyo 2009 (febrero), p. 1.

(814) C. Civ. y Com. Resistencia, sala 4a, 23/4/1996, "C. de G., E. c. F., J. R.", LLL 1997-327; C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1a, 20/6/2002, "Soria, Ricardo A. c. López Osorio, Félix y otro".

(815) Lazzaroni, Luis J., "Indicios...", cit.

(816) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción a la probática*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007, p. 106.

(817) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 665.

(818) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., p. 106.

(819) Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo, 2a ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 191; CNCiv., sala D, 8/3/1996, "Brandoni, A. L. c. Neustadt, B.", LL 1996-D-726.

Compartimos, de este modo, las ideas de Devis Echandía en cuanto subordina la consideración de un hecho como indiciario a la posibilidad de obtener de él un argumento probatorio para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba, mediante una operación lógico-crítica<sup>(820)</sup>, conceptos que los tribunales mendocinos han reproducido<sup>(821)</sup> y que también han sido aplicados por los nacionales, al señalar que un hecho se convierte en indicio cuando una regla de la experiencia lo pone respecto del hecho a probar en una relación lógica que permite deducir la existencia o inexistencia de él<sup>(822)</sup>.

Los indicios presentan una particularidad notable en el plano procesal.

Es que, para el funcionamiento de la prueba presuncional, habrá en el proceso hechos que se deben probar para sustentar el derecho alegado y hechos que se deben probar para probar aquellos (*prueba de la prueba*)<sup>(823)</sup>.

Al respecto advierte Lazzaroni que el *thema probandum* es la parte del presupuesto fáctico que se debe probar.

Los indicios, que no son otra cosa que circunstancias; lo que está alrededor del hecho a probar; deberían encontrarse fuera del *thema*; son los hechos que están desde fuera señalando los hechos a probar.

Eso es lo que parece que debería ser desde un punto de vista gnoseológico; sin embargo, no es así, los hechos indicadores suelen estar en parte fuera y en parte dentro de él.

Es necesario recordar que el hecho de que un indicio deba ser probado no quiere decir que esté dentro del tema de prueba; estar dentro quiere decir que ese hecho que utilizamos como indicio para conocer un hecho desconocido, ese hecho indicador es también parte de los hechos que constituyen el presupuesto fáctico de la pretensión.

Los hechos indicadores que están fuera del *thema* sirven de prueba, pero no de sustento al derecho alegado, como aquellos que están dentro<sup>(824)</sup>.

---

(820) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., p. 602.

(821) C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 2a, 13/12/2004, "La Pomona SA c. Banco de Galicia SA".

(822) CNCom., sala B, 8/6/1988, "Cigaif SA s/quiebra c. Ríos, Luis M. y otros", JA 1989-II-410; CNCiv., sala D, 12/4/2004, "Martínez, Clara F. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires".

(823) Lazzaroni, Luis J., "Indicios...", cit.

(824) Ídem.

Así entonces el indicio debe considerarse de manera completa: en su actitud *pasiva* de hecho que debe ser probado (*tema de prueba*) y en su actitud *activa* de hecho que sirve para probar otro<sup>(825)</sup>.

Por nuestra parte, los consideramos incluidos dentro del tema de la prueba.

La cuestión, muchas veces, es su ingreso al proceso y la superación del test de conducencia.

El problema es claro: al no tratarse de hechos principales, su potencialidad acreditativa (*luego lo veremos con mayor amplitud*) va depender de una relación entre el hecho indicador y el indicado, relación que seguramente no se evidencie con demasiada claridad en los albores del proceso.

La idea de Bentham era no excluir ni rechazar nunca nada de aquello que pueda servir o que pueda ofrecer con el carácter de pruebas circunstanciales, pues, si produce un efecto, es útil y, si no lo produce, es inocuo<sup>(826)</sup>.

Döring opinaba igual.

Aseveraba que muchas veces es dudoso, al principio, si un determinado hecho es apto para servir como indicio de una circunstancia jurídicamente relevante o si, a la inversa, puede servir para probar que una determinada configuración fáctica no ha existido.

Algunas veces lo único que puede decirse al principio es que ese hecho *puede tal vez* contribuir al esclarecimiento.

En tal caso, aunque por el momento no sea posible extraer una deducción útil, habrá que mantenerlo presente.

Aun cuando su valor no sea al principio muy evidente, sería frecuentemente injustificable desdeñarlo por completo.

A veces está comprobado que una determinada circunstancia sería idónea como indicio si se le agregara tal o cual elemento fáctico.

En tal caso, será condicionalmente útil para el esclarecimiento, o sea, en virtud de presuponer que la base fáctica de la prueba indiciaria sea debidamente ampliada<sup>(827)</sup>.

---

(825) Carnelutti, Francesco, *La prueba...*, cit., p. 192.

(826) Bentham, Jeremy, *Tratado...*, cit., p. 193.

(827) Döring, Erich, *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación*, trad. Tomás A. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 321.



Muñoz Sabaté también se ocupa del tema.

Señala que la presunción se ubica en la narrativa procesal, ya sea en los escritos de alegaciones de las partes o en sus conclusiones, ya sea en la sentencia.

En el primer caso resulta justificadamente lógico que a veces se *amague*, cuando los indicios que deben fundamentarla se piensa poder extraerlos de una futura prueba.

Opina que esta estrategia debería inclinar a los jueces a una amplia permisividad en materia de admisión, bastando para ello una cierta dosis de agudeza y comprensión, aunque a veces, si dicha estrategia lo permite, puede el abogado de la parte apostillar mínima y algo crípticamente, o generalmente, su proposición de prueba<sup>(828)</sup>.

Por nuestra parte, pensamos que la conducencia de los hechos indicadores *puede* el juez examinarla en virtud de intentar una reconstrucción mental *provisoria* en orden a corroborar hipotéticamente si, acreditados *aquellos*, tendrían *alguna potencialidad acreditativa* respecto de los hechos principales.

En caso de duda, obligadamente se debería franquear su acceso al proceso y *luego* (al tiempo de valorar la prueba) *decidir qué hacer con ellos*.

Por último, queremos explicitar un importante distingo acerca de la *esencia* indiciaria.

Los indicios son hechos con determinada potencialidad, nada más.

Devis Echandía nos alerta acerca de un grave error que a su respecto puede cometerse: creer que una prueba incompleta o imperfecta puede ser considerada como indicio del hecho que se investiga.

Esto es desnaturalizar totalmente el concepto de la prueba indiciaria que consiste, siempre, en hechos plenamente comprobados por cualquier medio conducente.

El indicio *no es una prueba de segunda clase ni un principio de prueba*; no se trata de otro medio que por sus deficiencias pierda categoría, sino de hechos que por sí mismos tienen significación probatoria, en virtud de la conexión lógica que presentan con el hecho investigado<sup>(829)</sup>.

---

(828) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., p. 104.

(829) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 606.

Los tribunales locales han compartido este enfoque<sup>(830)</sup>.

Por otro lado, no existe consenso en si los indicios constituyen o no un medio de prueba.

Sentís Melendo señalaba que los indicios no son un medio de prueba, sino que pueden estar constituidos por cualquier medio de prueba<sup>(831)</sup>.

De la Fuente<sup>(832)</sup> y Leguisamón también le niegan tal carácter<sup>(833)</sup>.

Mientras tanto, Devis Echandía considera que los indicios son un medio autónomo de prueba, y no excluye su condición de medio de prueba respecto al hecho indicado la circunstancia de que el hecho indiciario sea, a su vez, objeto de prueba<sup>(834)</sup>, y Parra Quijano también considera que cumplen la función de medio de prueba<sup>(835)</sup>.

En la jurisprudencia se han considerado incluidos los indicios entre los medios de prueba<sup>(836)</sup>.

Nos inclinamos por la primera orientación.

Es que si, como lo hemos dicho en otra parte, los medios de prueba son la actividad desarrollada para hacer que las fuentes se exterioricen en el proceso, no llega a encajar en esta idea el concepto de indicios (*hechos con determinada potencialidad indicadora*).

Volviendo a la línea troncal de la exposición, hemos visto que, al hablar de indicios, Muñoz Sabaté los vinculaba con las presunciones.

Es indispensable, para seguir hablando del tema, referirnos a ellas.

---

(830) C. Civ. y Com. Trenque Lauquen, 17/5/1990, "Nestor Salice y Cía. SA c. Noceda, Juan C. s/cobro de australes", JUBA, sumario B2200920, y C. Civ. y Com. Quilmes, sala 1a, 15/6/2006, "Ortiz, Eduardo c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", y 23/4/2007, "Sbuscio, Enrique c. Reginald Lee SA Fábrica Argentina de Coca Cola s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B2903468.

(831) Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1978, p. 128.

(832) De la Fuente, Javier E., "Sobre la prueba de indicios", LL 1999-F-698.

(833) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones judiciales y los indicios*, 2a ed. ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 78.

(834) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 603.

(835) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 667.

(836) Sup. Corte Bs. As., 3/3/2004, "Giménez, Sandra E. c. Steccato, Raúl A. y otro s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B27134; C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1a, 27/9/2004, "Martínez, Mónica c. Ramírez, Inés s/cobro sumario de dinero", JUBA, sumario B3350736; Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, 17/5/2007, "Gómez Orfila c. Empresa de Transporte Atahualpa SRL y/u otros s/daños y perjuicios - beneficio de litigar sin gastos s/casación civil".

### 9.3. ¿Qué son las presunciones? (y su diferencia con los indicios)

La presunción puede definirse como el juicio que la ley o el hombre se forman de la verdad de un hecho desconocido, por su relación de causalidad, con otro conocido o reconocido por la ley<sup>(837)</sup>.

Según Parra Quijano es un juicio lógico del legislador o del juez, que consiste en tener como cierto o probable un hecho, a partir de hechos debidamente probados<sup>(838)</sup>.

Conceptualizaciones que, con alguna diferencia solo terminológica, han sido seguidas por los tribunales locales<sup>(839)</sup>.

Ya se hablará, más adelante, de las trascendentes presunciones legales que existen, con relación a la firma digital, en nuestro medio.

Mientras tanto, para Devis Echandía la presunción es un juicio lógico del legislador o del juez en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos<sup>(840)</sup>; la jurisprudencia ha repetido la definición<sup>(841)</sup>.

Este último concepto, pensamos, puede ser válido para las presunciones judiciales, pero es discutible en cuanto a las presunciones legales.

Bien se reflexiona en cuanto a que estas últimas tienen una cierta relación con la realidad, pero paralelamente se advierte que dicha relación es no necesaria<sup>(842)</sup>.

Es que las presunciones no están predispuestas para garantizar, al menos de manera prioritaria, una correspondencia entre el estado de cosas presumido y la realidad; lo que ellas principalmente garantizan es un determinado valor sujeto a las condiciones de la norma presunción, mientras que la relativa correspondencia con la realidad está garantizada

---

(837) Parrilli, Antonio, "La prueba de presunciones", LL 1987-B-1003.

(838) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 715.

(839) C. Civ. y Com. Trenque Lauquen, 21/4/1987, "Di Virgilio, Mario V. c. Pinedo, Antonio A. s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B2201955; C. Trab. Córdoba, sala 8a, 13/4/1998, "Imberti, Alberto c. Thompson Ramco Argentina SA", LL 1998-F-886; LLC 1998-744; C. Civ. y Com. San Martín, sala 1a, 26/2/2004, "Peralta, Héctor M. c. Abad, Jorge A. s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B1951039.

(840) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 694.

(841) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 22/2/2005, "Licursi, Amílcar y otros c. Schenone, Daniel E. s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B354146.

(842) Conterno, Hugo F., "Presunciones legales", APC 2009-1-1.

de una manera secundaria y no necesaria, según las condiciones que se impongan en cada presunción<sup>(843)</sup>.

Con lo cual pensamos que las motivaciones que llevan a la consagración de una presunción son algo ajeno al concepto, en la medida que se trate de llegar a uno genérico que las comprenda a todas. En cambio, si solo nos referimos a las judiciales (u *hominis*) sí podría adoptarse una definición del tenor de la de Devis Echandía.

Muchas clasificaciones pueden efectuarse dentro del conjunto de presunciones.

Del concepto dado precedentemente ya pueden derivarse dos:

El juicio puede ser efectuado por el legislador o el juez.

Si la conclusión la pone el legislador tenemos las presunciones legales; si la pone el juez, nos hallamos ante presunciones judiciales o humanas<sup>(844)</sup>, las que no pueden confundirse con las anteriores y se definen por exclusión, por tratarse de aquellas que el juez deduce<sup>(845)</sup> y que no están contenidas en alguna proposición normativa<sup>(846)</sup>.

Todavía han quien divide a estas últimas en judiciales propiamente dichas y jurisprudenciales, que serían las establecidas por la reiteración de pronunciamientos judiciales en igual sentido, elaboradas por los jueces a través de una larga gestación, y que constituyen pautas interpretativas de lo que ordinariamente manifiestan determinadas conductas del común de los hombres en orden a determinadas circunstancias<sup>(847)</sup>.

Estas estarían a mitad de camino entre ambas, pues tendrían un carácter genérico (al igual que las legales) pero no estarían consagradas normativamente, y entran bien de lleno en el terreno experiencial como pauta interpretativa y criterio de ponderación o decisión.

Volvamos, por un momento, a las presunciones legales.

Ellas están establecidas por normas jurídicas que imponen al juez, en circunstancias específicas y a los solos fines de utilizarlas en su razonamiento dentro de una causa judicial, la aceptación de un estado de

---

(843) Ídem.

(844) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. 2, p. 453.

(845) CNCiv., sala C, 17/12/1999, "M., M. A. c. Bagley SA y otros", LL 2001-E-115; Sup. Corte Bs. As., 17/5/2000, "Bulacio Argenti SA c. Banco de Galicia y Buenos Aires s/revisión contractual", JUBA, sumario B25376.

(846) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 16.

(847) *Ibidem*, p. 22.

cosas del que no se dispone de elementos de juicio suficientes como para establecer su verdad<sup>(848)</sup>.

Constituye un mecanismo del cual se vale el derecho para resolver en un sentido determinado aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias, correlacionadas con ciertas soluciones por normas del sistema en cuestión.

Es así como se las califica de parciales en el sentido de que dan preferencia a cierta solución y la favorecen frente a soluciones opuestas, parcialidad que puede tener por fundamento consideraciones probabilísticas, evaluativas o procesales<sup>(849)</sup>.

Se conectan con la teoría de la prueba, pero no proporcionan elementos de prueba, sino que dispensan de la prueba a aquellos en cuyo beneficio funcionan, al dar por ciertos determinados hechos.

La función que cumplen las presunciones legales en el razonamiento judicial es la de imponer la incorporación de proposiciones que hacen de premisas en el razonamiento del juez, de las que se carece de elementos de juicio necesarios como para afirmar su verdad.

Es que siempre que se aplica una presunción legal se está ante una negación externa del enunciado presumido.

Es decir, se carece de elementos de juicio directos a favor o en contra del enunciado.

En estos casos la presunción está obligando prescriptivamente a la aceptación de un enunciado respecto del que se carece de elementos de juicio directos para determinar su verdad.

Si se tienen los elementos de juicio necesarios para establecer la presencia del “estado de cosas presumido”, ya no se lo está presumiendo; en otras palabras, ya no estamos ante la negación externa del enunciado<sup>(850)</sup>.

Al partir de la base de que toda inferencia inductiva se mantiene en el dominio de lo problemático, y en orden a darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial<sup>(851)</sup>, el legislador saca algunas de este y las coloca en el de la certeza definitiva o provisional<sup>(852)</sup>.

---

(848) Conterno, Hugo F., “Presunciones...”, cit.

(849) Mendonça, Daniel, “Presunciones”, *Doxa*, 21-I (1998), p. 83.

(850) Conterno, Hugo F., “Presunciones...”, cit.

(851) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 695.

(852) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 718.

De este modo, las presunciones legales pueden subdividirse en dos grandes grupos según admitan, o no, prueba en contrario<sup>(853)</sup>.

Se las clasifica en *iuris et de iure* y *iuris tantum*.

En todos los casos la parte perjudicada por la presunción puede probar que los hechos base de la misma no han ocurrido.

Además, si la presunción fuera *iuris tantum*, se puede probar que el hecho presumido no es cierto, a pesar de que sí lo son los que le sirven a aquella de fundamento<sup>(854)</sup>.

En otros términos, es condición para su aplicación la ausencia de elementos de juicio en contra del estado de cosas presumido, lo que permite aportar elementos de juicio que demuestren que no se trata de un caso de negación externa<sup>(855)</sup>.

A la par, las presunciones *iuris et de iure*, una vez probado el hecho base, producen una certeza definitiva y, como consecuencia, no admiten prueba en contrario; son presunciones indestructibles<sup>(856)</sup>.

De este modo, la doctrina nos habla de dos estrategias: de *bloqueo* o de *destrucción*.

La primera (bloqueo), para todas las presunciones, si no llega a probarse el hecho base o se prueba su inexistencia; la segunda (destrucción), solo para las *iuris tantum*, en la medida en que se pruebe la inexistencia del hecho presumido<sup>(857)</sup>.

Mientras tanto, las presunciones judiciales son aquellas que el juez deduce.

Se trata de un procedimiento sucedáneo para decidir sin conocer<sup>(858)</sup>, que se apoya en el suceder lógico de ciertos hechos con relación a otros<sup>(859)</sup>.

Cumplen una función exclusivamente procesal<sup>(860)</sup>: a partir de un hecho conocido y en virtud de valorarlo conforme a las reglas de la experiencia y lógica se arriba al convencimiento de la existencia de otro

---

(853) Parrilli, Antonio, "La prueba...", cit.

(854) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 705.

(855) Conterno, Hugo F., "Presunciones...", cit.

(856) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 715.

(857) Mendonça, Daniel, "Presunciones", cit.

(858) Lazzaroni, Luis J., *El conocimiento...*, cit., p. 127.

(859) Couture, Eduardo J., *Fundamentos ...*, cit., p. 266.

(860) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 695.

desconocido<sup>(861)</sup>; al efecto, según Fairén Guillén, se utilizan operaciones mentales de inducción<sup>(862)</sup>.

De este modo, el juez actúa cual lo haría cualquiera que razonase fuera del proceso<sup>(863)</sup>.

Su objeto prístino es el de establecer hechos<sup>(864)</sup>.

Para sintetizar estos conceptos, la jurisprudencia chaqueña las ha definido como aquellas en las que el juez forma un juicio lógico partiendo de los indicios, que son hechos probados o de público conocimiento, a partir de los cuales deduce la existencia de otro hecho inferido o indicado y ello mediante una operación lógica<sup>(865)</sup>.

En sentido análogo, se ha dicho que las presunciones constituyen una vía indirecta para llegar al conocimiento o admisión de un hecho; se parte de un hecho conocido y probado y se tiene por acaecido otro hecho, que se intentará probar por medio de un razonamiento, así, los hechos conocidos de los que se infiere o deduce la realidad del hecho conocido se denominan indicios<sup>(866)</sup>.

De esta definición resaltamos un tramo de suma importancia: los hechos que actúen como indicio (base de la presunción) deben estar indefectiblemente probados (*o, lógicamente, exentos de prueba*)<sup>(867)</sup> e ingresan al torrente probatorio a través de otros medios y en virtud de

(861) Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, 2a ed. reelaborada y ampliada, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, La Plata, 1991, t. II C, p. 16; C. Civ. y Com. Tucumán, sala 1a, 31/7/2003, "Castaño, Carlos D. c. Wexler, Luis M. y otros"; C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 16/10/2007, "F. L. R. c. M. S. P. de la Pcia. de Bs. As. y otros s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B101982.

(862) Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 465.

(863) Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de la 3a ed. italiana por José Casais y Santaló, Reus, Madrid, 1922, t. II, p. 351.

(864) C. Civ. y Com. San Nicolás, 6/2/2007, "Ramos, Alberto I. c. Torres, Fernando P. s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B857768.

(865) C. Civ. y Com. Resistencia, sala 4a, 23/4/1996, "C. de G., E. c. F., J. R.", LLL 1997-327.

(866) CNCiv., sala A, 6/2/2012, "Cesarios de ONS, Inés c. Donati, José y otros".

(867) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 698; Gutiérrez Barrenango, Ainhoa - Larena Beldarrain, Javier - Monje Balmaseda, Oscar - López Blanco, Jorge, *El proceso civil*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 265; Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 96; Rosenbusch, Edwin, "La prueba de presunciones en materia civil y comercial", JA 1945-IV-190; C. Civ. y Com. Quilmes, sala 1a, 24/3/1998, "Condino, Yolanda c. Soengas, Roque F. s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B2900606, y



ser objeto de prueba<sup>(868)</sup>, al tiempo que puede acreditárselos por cualquier medio de prueba, también por pruebas compuestas<sup>(869)</sup> e incluso —según una corriente mayoritaria— por indicios<sup>(870)</sup>, aunque hay otra línea de pensamiento —minoritaria— que exige prueba directa<sup>(871)</sup> (incluso con alguna imprecisión terminológica al mezclar las nociones de indicios y presunciones<sup>(872)</sup>).

La creación intelectual de las presunciones puede pertenecer ya sea a las partes, ya sea al juzgador, si bien la decisión definitiva la adopta este último<sup>(873)</sup>.

En este sentido, y en cuanto a la actividad de los justiciables, la doctrina del foro ha entendido que las partes tienen que hacer valer o alegar las presunciones, en tanto que es el sentenciante, en definitiva, quien en su decisorio las acepta o las rechaza como tales<sup>(874)</sup>.

Por nuestra parte pensamos que por ser las presunciones razonamientos no puede alegárselas, tal como si se tratara de hechos; en todo caso, sí pueden alegarse los hechos indiciarios, mas no las presunciones.

Nos parece mejor el otro término que se utiliza: “hacerlas valer”.

Las partes pueden alegar los hechos indiciarios y *hacer notar* al juez la relación entre estos y aquellos que se quieren acreditar.

La estrategia inicial de cada uno de los sujetos frente a esta prueba incidirá en las ulterioridades del proceso.

Así, se ha destacado que al que alega la presunción de un hecho le corresponde la prueba de los indicios que han de servir al juez de punto de

---

15/6/2006, “Ortiz, Eduardo c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B2903469.

(868) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., ps. 666, 674 y 718.

(869) CNCiv., sala H, 18/6/1997, “Carou, Aldo R. c. Varillera Industrial Argentina”, LL 1998-E-387.

(870) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., p. 322; Lazzaroni, Luis J., *El conocimiento...*, cit., p. 132; Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 96.

(871) C. Fed. Rosario, sala B, 4/3/1993, “Longoni, Sergio C. y otra c. Cursak, Guillermo y otro”; C. Civ. Com. y Cont. Adm. San Francisco, 24/4/1998, “Abbá, Luis A. c. Mariamé, Ismael R.”, LLC 1998-1502, voto del Dr. Blengini.

(872) C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1a, 8/6/1989, “Giménez, Julio O. c. Montero, Raúl E. y otra”, JA 1989-IV-síntesis; C. Civ. y Com. San Nicolás, 21/9/1993, “Tres Puntas SA c. Echevarne, Hugo y/u ocupantes s/desalojo”, JUBA, sumario B853677.

(873) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., ps. 93-94.

(874) CNCom., sala A, 26/3/1997, “Fernández, José M. c. Boliberto SRL s/sumario” y 18/4/1997, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Farías, Ángel A. s/ordinario”.

partida para su razonamiento y al que pretende destruir la presunción le corresponde la prueba de la existencia de contrasentidos o la demostración de que ella no reviste los caracteres de gravedad, precisión y concordancia que se requieren para que ella valga como prueba<sup>(875)</sup>.

Si pretendiéramos diseccionar a las presunciones, para poner en evidencia cuales son los elementos que la componen, podremos ver:

— Una *línea basal* constituida por un indicio o una serie de indicios (el *probatum*).

— Un *haz inferencial* basado en la experiencia (vulgar o científica) y en la lógica, cuyas raíces parten de cada indicio y convergen hacia una conclusión expresada en términos de evidencia (el *probandi*), por tratarse de relaciones de causalidad en las cuales el indicio puede ser la causa del hecho a probar, su efecto o una circunstancia necesaria para que el hecho se produzca.

Este haz inferencial está integrado por lo que denominamos hoy máximas de la experiencia, que tienen una estructura lógica determinista.

— Por debajo de la línea basal, una *línea de fijación*, en donde tiene lugar la prueba singularizada de cada indicio.

— Por debajo de la línea de fijación, una *línea de verificación*, no siempre necesaria, encargada de la *prueba de la prueba*, esto es, cuando se pone en cuestión la fijación del indicio.

— Una *interrelación* conectiva o solidaria entre todos los indicios que crea una dependencia de totalidad<sup>(876)</sup>.

Más adelante volveremos sobre estos elementos.

#### 9.4. Presunciones judiciales e indicios: Dos conceptos distintos pero inseparables

Reina en la materia cierto grado de imprecisión terminológica.

Muchas veces vemos, indistintamente utilizados, los conceptos de presunciones e indicios como si se refirieran a lo mismo.

---

(875) C. Civ. Com. y Cont. Adm. San Francisco, 17/10/1991, "Loyola, Abrelío R. y otra c. Martín, Ernesto O.", LLC 1992-839; C. Fed. Rosario, sala B, 4/3/1993, "Longoni, Sergio C. y otra c. Cursak, Guillermo y otro".

(876) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., ps. 95-99.

Y, en realidad, son nociones bien diversas; su distingo se impone para una adecuada aprehensión del funcionamiento de este tipo de prueba.

Hemos dicho ya que teníamos por indicios cierto tipo de hechos, dotados de determinada potencialidad (mostrar otros).

A la par, definimos la presunción como *juicio* que permite tener por cierto o probable un hecho desconocido a partir de otro ya conocido.

La relación surge bastante clara.

Un hecho se transforma en indicio cuando señala la existencia de una relación mediante la cual puede presumirse la existencia de otro hecho del que es un atributo.

Presunción, mientras tanto, es la operación mental en la que, por aplicación de esa relación, puede llegarse al conocimiento de ese hecho.

El indicio es así el punto de partida<sup>(877)</sup>, presupuesto lógico<sup>(878)</sup>, fuente<sup>(879)</sup>, raíz, materia prima<sup>(880)</sup> u origen de la presunción<sup>(881)</sup> que, ya lo hemos visto, equivale a una operación mental o proceso discursivo<sup>(882)</sup>.

Ya Chiovenda señalaba que la ley llama *presunciones* a los mismos hechos con los cuales se argumenta la existencia de otros hechos, pero más propiamente tales hechos se llaman *indicios*<sup>(883)</sup>.

Lo propio acota Falcón: la presunción es la consecuencia de un silogismo, fundado en premisas, llamadas indicios<sup>(884)</sup>.

La presunción vendría a ser la consecuencia del análisis de los indicios, o dicho de otra forma, el razonamiento que se realiza sobre los indicios y a partir del cual puede “presumirse” la existencia del hecho investigado<sup>(885)</sup>.

Entre la presunción y el indicio hay una correlación estructural, pero no hay identidad entre ambos conceptos.

---

(877) Alsina, Hugo, *Tratado...*, cit., t. III, p. 684.

(878) Colombo, Carlos J. - Kiper, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 171.

(879) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 81.

(880) Peyrano, Jorge W., “El indicio vehemente”, ED 190-659.

(881) Rosenbusch, Edwin, “La prueba...”, cit.

(882) Randich Montaldi, Gustavo E., “Reflexiones...”, cit.

(883) Chiovenda, Giuseppe, *Principios...*, cit., t. II, p. 351.

(884) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. 2, p. 452.

(885) De la Fuente, Javier E., “Sobre la prueba...”, cit.

La presunción será siempre única, cualquiera sea el número de indicios de que se parta: si se compone o parte de uno, dos, tres o más indicios, se hablará, respectivamente de presunción monobásica, bibásica, tribásica o polibásica<sup>(886)</sup>.

Para Devis Echandía, la confusión de ambos conceptos resulta ilógica y absurda.

El indicio es la prueba y la presunción judicial la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla y que no es prueba ni objeto de prueba.

Por esto mismo, el indicio puede ser anterior, coetáneo o posterior al hecho, mientras que la presunción judicial surge necesariamente después de que el hecho ha ocurrido y se produjo la prueba con la cual se pretende verificarlo, cuando a tal prueba se aplica la correspondiente regla general de experiencia o técnica que los expertos suministran para apreciar su mérito o eficacia<sup>(887)</sup>.

En la jurisprudencia también se ha marcado la diferencia<sup>(888)</sup>, al expresar —con claridad— que la presunción constituye el resultado de un razonamiento sobre los indicios que conduce a considerarlos como forma de acreditación<sup>(889)</sup>.

Ahora bien, no obstante tal distingo, es de toda evidencia que los conceptos de presunciones e indicios van de la mano y no pueden concebirse más que unidamente.

La presunción necesita de los indicios como cimiento y los indicios sin la presunción carecen de toda virtualidad.

Con lo cual podemos decir que cuando hablamos de prueba de presunciones o de prueba indiciaria en realidad nos referimos al mismo instituto de derecho probatorio.

### 9.5. Presunciones judiciales: ¿Son un medio de prueba?

Generalmente se les niega tal carácter<sup>(890)</sup>.

---

(886) Randich Montaldi, Gustavo E., “Reflexiones...”, cit.

(887) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 613.

(888) C. Civ. y Com. Resistencia, sala 4a, 23/4/1996, “C. de G., E. c. F., J. R.”, LLL 1997-327.

(889) CNEsp. Civ. y Com., sala 1a, 22/5/1986, “Rosenberg, Benjamín c. Guerreño, Rolando”, JA 1986-III-síntesis.

(890) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 696; Escribano Mora, Fernando, *La prueba en el proceso civil*, Consejo Nacional de la Judicatura - Escuela

Se argumenta, en tal sentido, que son tan solo uno de los muchos elementos integrantes de ese conjunto de operaciones intelectuales que es menester realizar para dictar una sentencia<sup>(891)</sup>.

Se dice que no se trata propiamente de un medio de prueba, dado que no traslada ninguna estampación al proceso sino de un razonamiento abductivo sobre el resultado que le proporcionan los medios<sup>(892)</sup>.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha señalado que las presunciones no constituyen un medio de prueba sino una operación mental que realiza el juez sobre la base de indicios<sup>(893)</sup>.

En sintonía con ello, la jurisprudencia de aquella jurisdicción sostiene que las presunciones judiciales no constituyen prueba directa ni indirecta de los hechos sino que es la concurrencia de indicios la que operaría como fundamento o supuesto de hecho para ser aplicadas aquellas en la valoración de la cuestión fáctica<sup>(894)</sup>.

Agregándose también desde el foro que no está reglada entre los medios de prueba del Código Procesal y está normada en relación con los razonamientos que puede utilizar el juez cuando estructura los considerandos de la sentencia<sup>(895)</sup> (aunque estas razones podrán variar de acuerdo con el emplazamiento normativo de que se trate pues, como luego lo veremos, algunos códigos provinciales regulan las presunciones en los capítulos referidos a la prueba).

---

de Capacitación Judicial, San Salvador, 2002, ps. 77-78; Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto O., *Códigos Procesales...*, cit., t. II C, p. 16; Leguizamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 53; Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit.; C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 1a, 17/12/1997, "Bulacio, Carlos A. c. Nazar, Ramón E.", voto en disidencia de la Dra. Nasif Saber, LLNOA 1998-1332; C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 8/2/2000, "SADAIC c. Café Parrayo s/cobro sumario de pesos", JUBA, sumario B101306, y 16/10/2007, "F. L. R. c. M. S. P. de la Pcia. de Bs. As. y otros s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B101981; C. Civ. y Com. Tucumán, sala 3a, 18/6/2003, "Mutualidad del Personal de Intendencias Militares c. Díaz Romero, Guido R. y otros".

(891) Couture, Eduardo J., *Fundamentos...*, cit., p. 266.

(892) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., ps. 93-94.

(893) Sup. Corte Bs. As., 19/4/1977, "Bruno, Luis c. Bonanzinga, Carmelo s/escripción", AyS 1977-I-310.

(894) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 20/2/2003, "Esterelles, Miguel G. c. Montes, Fernando O. y otros s/daños y perjuicios - beneficio", JUBA, sumario B301129.

(895) C. Civ. y Com. Trenque Lauquen, 30/9/1986, "Pizarro, Diego O. y otros c. Demichelis, Luis y otros s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B2200163, y 21/4/1987, "Di Virgilio, Mario V. c. Pinedo, Antonio A. s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B2201956.

Opuestamente, hay quienes califican la prueba de presunciones como un medio de prueba indirecto<sup>(896)</sup>.

### 9.6. Regulación legal

Ya lo había advertido la doctrina antiguamente: estructurar legalmente la prueba de presunciones es materia hartamente compleja; las reglas que se dicten nunca pueden ser absolutas ni diferentes de las que la lógica prescribe para el buen acierto en el raciocinio, pero estas leyes son múltiples, varían según las circunstancias, según los casos, y suelen modificarse en los individuos por el carácter, por el temperamento, por la inteligencia, ilustración, y otras muchas condiciones, infinitamente varias: además, las reglas que sobre el asunto se dicten pueden ser muy útiles en ciertos supuestos pero no aplicarse como infalibles ni aun como seguras en concreto y en todos los casos<sup>(897)</sup>.

En nuestro medio, la recepción legal de la prueba de presunciones, o indiciaria, no es todo lo clara que podría esperarse de un instituto tan trascendente.

Veamos:

En el marco del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación tenemos el art. 163, inc. 5º, del que recatamos dos de sus párrafos.

Uno genérico, que establece: “Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”.

Otro específico, relativo a la conducta procesal, que expresa: “La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones”.

Varios Códigos provinciales lo siguen a la letra, mientras que algunos otros ostentan varias diferencias.

Comenzando con el análisis del artículo citado, lo primero que hacemos notar es la imprecisión terminológica, en tanto se confunden los indicios y las presunciones.

---

(896) Gutiérrez Barrenengoa, Ainhoa - Larena Beldarrain, Javier - Monje Balmaseda, Oscar - López Blanco, Jorge, *El proceso...*, cit., 265; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2a, 30/9/2004, “Mayans, María I. c. Castro, Carlos H.”

(897) López Moreno, Santiago, *La prueba...*, cit., p. 59.

Señala al respecto la doctrina especializada que los requisitos del art. 163, inc. 5º, Cód. Proc. Civ. y Com. (y normas provinciales análogas), se refieren a los indicios y no a las presunciones: dado que la presunción judicial es un razonamiento, una operación mental del juez, podrá exigírsele a este que sea lógico, cuidadoso, crítico, coherente, criterioso, ajustado a las máximas de la experiencia, pero no que sea grave, preciso o concordante<sup>(898)</sup>.

Por otro lado, vemos que el legislador establece una serie de pautas que hacen, en definitiva, a la eficacia convictiva de la prueba de presunciones (“constituirán prueba cuando”).

Dice en este sentido Devis Echandía que como la certeza debe ser siempre el resultado de un examen crítico-lógico de los hechos indiciarios, basado en los principios de causalidad e identidad y en las reglas generales o técnicas de la experiencia, es imposible fijar de antemano el valor probatorio de los distintos indicios.

El legislador solo puede exigir ciertos requisitos, pero indispensablemente le corresponde al juez determinar cuándo ese conjunto es suficiente para formar su convencimiento, de manera que puede negarse a aceptarlo como prueba del hecho investigado, a pesar de que reúna aquellos requisitos, si no le parece suficientemente seguro<sup>(899)</sup>.

Es esta la concepción que mejor se ajusta al sistema de valoración a través de las reglas de la sana crítica<sup>(900)</sup>.

Por ello, entendemos que el legislador brinda determinadas pautas legales de apreciación que, a la postre, deberán complementarse con otras (no expresadas en forma manifiesta, sino subyacentes), que más adelante iremos señalando.

Nos iremos deteniendo, ahora, en las diversas exigencias legales.

#### *“Presunciones no establecidas por ley”*

Aquí el legislador procesal es bien claro, al establecer que está regulando las presunciones judiciales, al tiempo que deja fuera las legales que operan por la propia virtualidad de las normas jurídicas que las establecen.

---

(898) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 92; Arazi, Roland, “Carga de la prueba”, *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1 (Prueba I), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

(899) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 603.

(900) Peyrano, Jorge W., “El indicio...”, cit.



*“Hechos reales y probados”*

Ya hemos señalado anteriormente que para el nacimiento de la presunción es requisito *indispensable* que el hecho base esté adecuadamente probado.

*“Cuando por su número”: ¿es la cantidad recaudo indispensable de eficacia?*

Para Leguisamón, el número no es un requisito de eficacia de esta prueba<sup>(901)</sup>.

Kielmanovich ha puntualizado que no se requiere la pluralidad de indicios, en tanto puede existir uno solo del cual pueda ser argüido lógicamente el hecho relevante para el juicio, pues en un sistema de valoración de la prueba regido por la sana crítica su eficacia dependerá, antes que de su número, del sentido común del magistrado<sup>(902)</sup>.

Peyrano opina lo propio, para el caso del indicio vehemente (considerado así aquel que, pese a ser aislado, posee la aptitud de formar convicción judicial en mérito de determinadas circunstancias excepcionales)<sup>(903)</sup>.

Alvarado Velloso, mientras tanto, considera que deben existir —como mínimo— tres indicios para poder obtener una presunción; número que elige en el entendimiento de que con él se respetan los elementos necesarios para la operación lógica que conlleva, de la cual pueden nacer la inducción, la deducción y la abducción: el caso, la regla y el rasgo<sup>(904)</sup>.

Alguna doctrina antigua y especializada en el tema reclamaba, como mínimo, la existencia de dos indicios<sup>(905)</sup>.

La jurisprudencia viene señalando que la prueba indiciaria no necesariamente exige una pluralidad de elementos para que por su precisión, gravedad y concordancia puedan formar la convicción del juez en un sistema de valoración de la prueba regido por las reglas de la sana crítica, pues puede existir solo uno, del cual se concluya lógicamente el hecho relevante del juicio<sup>(906)</sup>.

(901) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 92.

(902) Kielmanovich, Jorge L., *Teoría de la prueba y los medios probatorios*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2001, p. 648.

(903) Peyrano, Jorge W., “El indicio...”, cit.

(904) Alvarado Velloso, Adolfo, *Prueba judicial*, Juris, Rosario, 2007, ps. 99-100.

(905) López Moreno, Santiago, *La prueba...*, cit., p. 159.

(906) CNCom., sala A, 28/3/2003, “Gunplex SCA c. Mutual del Personal de la Prefectura Naval Argentina”, 9/10/2003, “C., K. c. A., I. y otros”, JA 2004-II-615, 17/6/2004,

Es que, al igual que los testigos, los indicios se pesan más de lo que se cuentan<sup>(907)</sup>.

Fenochietto y Arazi participan de la posibilidad de que un solo indicio se constituya como prueba, aunque dicen que ello sería excepcional<sup>(908)</sup>.

Hemos dicho que la cantidad no era un requisito indispensable para la eficacia de la prueba, lo cual no significa que resulte irrelevante.

Es que, como luego lo veremos con mayor profundidad, uno de los recaudos para la eficacia probatoria indiciaria es la eliminación del azar como causa posible de relación entre el hecho indicador y el indicado.

Y al ser más elevado el número de hechos que concuerdan menos podrán atribuirse sus relaciones a un juego engañoso del azar<sup>(909)</sup>.

Devis Echandía ha señalado que es lógico que un solo indicio represente apenas un argumento de probabilidad, más o menos mayor según las circunstancias de cada caso, que no descarta generalmente el peligro de azar o la casualidad.

Tal es la razón para que la doctrina y las legislaciones nieguen valor de plena prueba al indicio contingente único, en oposición a lo admitido lógicamente para el indicio necesario.

Pero al juez le corresponde definir cuándo dos o más indicios constituyen plena prueba, sin que pueda fijarse previamente su número.

Y debe ser una pluralidad real de indicios autónomos o separados, y una no aparente, lo que ocurre cuando varios constituyen en realidad un solo indicio<sup>(910)</sup>.

Recapitulando: no hay obstáculo legal para que un indicio único se erija en prueba del hecho indicado, lo que no implica que todo indicio

---

“Blue Staff SRL c. Massalin Particulares SA”, 30/11/2006, “Ovando, Leandro A. c. Taller Mecánico Naval y otro”, 6/2/2007, “Velázquez Goytía, Luis A. c. Banco Río de la Plata SA”, 15/2/2007, “Morganti, Alberto c. Club House San Bernardo SA y otro” y 8/5/2007, “Krasuk, Jorge L. c. Nidera SA”; C. Civ. y Com. San Nicolás, 6/2/2007, “Ramos, Alberto I. c. Torres, Fernando P. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B857770; CNCom., sala B, 14/6/2000, “Emulo SA c. Cocaro, Gustavo N.” y 15/8/2006, “Pesquera Alondra SA s/quiebra - Inc. de ineficiencia concursal”.

(907) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 361.

(908) Fenochietto, Carlos E. - Arazi, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. 2, p. 569.

(909) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 362.

(910) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 652.

único sea suficiente; contrariamente será una situación *más bien excepcional*, en la que el indicio tenga un potencial demostrativo y relación lógica con el hecho investigado de tal fortaleza que, por sí solo, sea apto para lograr el convencimiento del magistrado.

*“Cuando por su (...) precisión”*

La Real Academia Española define la precisión como “determinación, exactitud, puntualidad, concisión”.

Luego, la doctrina tiene por precisos los indicios determinantes, exactos, puntuales, indubitables<sup>(911)</sup>.

Cuanto más necesaria sea la relación que entre el hecho indicador y el indicado exista, cuanto más evidente aparezca el vínculo que los une, tanto más fácilmente surgirá la convicción en el ánimo<sup>(912)</sup>.

Son harto claros los conceptos de Lazzaroni.

La precisión como requisito de los indicios presenta dos aspectos diferentes:

Un hecho indicador es más preciso cuantas menos posibilidades señala y cuanto más claro esté que señala esas posibilidades y no otras.

La precisión es lo que nos da la seguridad de que los indicios tienen tales y cuales posibilidades; sin la precisión no podríamos saber si los hechos indicadores son concordantes<sup>(913)</sup>.

La concordancia es una vinculación entre varios indicios, en tanto que la precisión es la claridad con que ellos se manifiestan en esa vinculación<sup>(914)</sup>.

La precisión se refiere al indicio en sí, la concordancia a su vinculación con los otros.

Colombo y Kiper dicen, en cuanto a la precisión, que la vinculación ha de ser directa con relación al hecho y unívoca<sup>(915)</sup>.

Para Falcón, la precisión indica exactitud, certeza y determinación en cuanto a que los indicios apuntan a sostener la tesis que revela la

---

(911) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 93.

(912) López Moreno, Santiago, *La prueba...*, cit., p. 31.

(913) Lazzaroni, Luis J., “Indicios...”, cit.

(914) Ídem.

(915) Colombo, Carlos J. - Kiper, Claudio M., *Código Procesal...*, cit., t. II, p. 176.

presunción; es lo que en muchos supuestos se llama indicios unívocos, por oposición a los indicios vagos o ambiguos<sup>(916)</sup>.

El requisito de “univocidad” del indicio supone que el hecho “indiciario” no se pueda relacionar con otro hecho que no sea el “indicado”, lo que obliga al juez a valorar y analizar todas las circunstancias, motivos y pruebas que puedan desvirtuar el indicio<sup>(917)</sup>.

Devis Echandía habla del requisito de univocidad de los indicios, el cual implica que se hayan descartado razonablemente las otras posibles conclusiones que de ellos puedan inferirse<sup>(918)</sup>.

Gorphe sienta como criterio para determinar el valor probatorio de los indicios el siguiente: *una circunstancia indica tanto más un hecho cuanto menos puede indicar otros hechos diferentes*<sup>(919)</sup>.

La jurisprudencia nos habla de precisión cuando los indicios se presentan inequívocos, porque de ellos no se puede deducir más que determinadas consecuencias y siempre que no se presten a dudas o contradicciones<sup>(920)</sup> y erigen aquella en exigencia de eficacia acreditativa<sup>(921)</sup>, en tanto que le restan entonces virtualidad probatoria al indicio que no reúne estas condiciones<sup>(922)</sup>.

Se ha dicho que es condición necesaria de eficiencia de la prueba de presunciones que la solución a la cual se arrije por medio de ellas sea

---

(916) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. 2, p. 457.

(917) De la Fuente, Javier E., “Sobre la prueba...”, cit.

(918) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, ps. 666-667.

(919) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 268.

(920) CNCiv., sala D, 8/9/1983, “Leanes, María C. S. c. Kaufman, Ernesto s/suc.”, JA 1985-I-150; CNEsp. Civ. y Com., sala 3a, 20/11/1984, “Aut-O-Gas SA c. Adabor SA”; C. Civ. y Com. San Martín, sala 2a, 7/9/1993, “Vallejos, Marcelo A. s/beneficio de litigar sin gastos s/inc. art. 250, CPCC”, JUBA, sumario B B2000501, y 19/2/2004, “Malich, Armando G. c. Molini, Angélica y otra s/acción de simulación y acción revocatoria”, JUBA, sumario B2002834; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2a, 20/9/2005, “Keena, Santiago c. Hagen, Cristian”, LNBA 2006-I-100; C. Civ. y Com. San Nicolás, 17/10/2006, “Baicochea de Preis, Nora c. Natalichio, Rubén D. y otro s/incidente - acción de simulación”, JUBA, sumario B857653 y 6/2/2007, “Ramos, Alberto I. c. Torres, Fernando P. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B857769.

(921) C. Civ. y Com. San Martín, sala 2a, 6/8/1992, “Quiroga, Alberto y ot. c. Farías, Ángel y ot. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B2000323; C. Civ. y Com. Bell Ville, 9/3/1998, “Ramello, Edel A. c. Alberdi, Rodolfo S.”, LLC 1999-1419.

(922) CNCom., sala B, 31/10/2002, “Cigoper SA c. Massalin Particulares”.

única; y que la simple posibilidad de llegar a conclusiones contrarias es suficiente para su rechazo<sup>(923)</sup>.

Aquí cabe hacer un alto para hablar de una figura especial: el indicio necesario.

El indicio necesario tiene una precisión absoluta; indica una sola posibilidad y señala la absoluta seguridad de que no existe otra<sup>(924)</sup>.

Se entiende por indicio necesario, en oposición al contingente, al que de manera infalible e inevitable demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado.

No se trata de hacerlo muy posible o muy probable, ni que unido a otros similares formen aquella certeza, sino de darla por sí solo, como algo que inexorablemente debe ser así, con independencia de cualquier otra prueba.

Para esto es indispensable que la regla de la experiencia común o científica que le sirve de fundamento sea de aquellas que no sufren excepción, que ineludiblemente se cumplen<sup>(925)</sup>.

Parra Quijano advierte que en estos indicios solo se dan en el cumplimiento de ciertas leyes de la naturaleza, pero que a medida que el hombre las va conociendo, estas pueden cambiar<sup>(926)</sup>, con lo cual el indicio necesario, en algún momento, puede dejar de serlo.

Se ha llegado a señalar que normas como las del art. 163, inc. 5º, Cód. Proc. Civ. y Com., se refieren a los indicios contingentes (aquellos que señalan varias posibilidades) y no a los necesarios<sup>(927)</sup>.

No creemos que sea así.

Igualmente, la prueba indiciaria se verá regida por los preceptos legales del caso, lo que ocurre es que el carácter necesario del indicio relajará algunas de sus exigencias y recaudos (la gravedad, la concordancia, etc.) pero, igualmente, se requerirá, por ejemplo, que el hecho indicador esté adecuadamente probado e incidirá su precisión (máxima, en el caso) para restarle importancia a las otras exigencias normativas.

---

(923) C. Civ. y Com. San Martín, sala 1a, 21/10/1991, "Gergaut W. G. c. Productos Vimar SA s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B1950161.

(924) Lazzaroni, Luis J., "Indicios...", cit.

(925) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 627.

(926) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., ps. 678-679.

(927) Lazzaroni, Luis J., "Indicios...", cit.

*“Cuando por su (...) gravedad”*

Legisamón tiene por indicios graves aquellos de peso, mucha entidad, importancia, trascendencia y relevancia<sup>(928)</sup>, postulado con el que coinciden otros autores<sup>(929)</sup>.

Al decir de Falcón, los indicios son graves cuando en su conjunto representan una probabilidad alta en cuanto a la posibilidad de que un hecho o un conjunto de hechos se manifiesten en determinado sentido conforme con las reglas de la ciencia o la experiencia<sup>(930)</sup>.

Colombo y Kiper indican que para que exista gravedad el indicio ha de referirse a un hecho relevante y ha de ser en sí mismo importante<sup>(931)</sup>.

Según Parra Quijano existe indicio grave cuando entre el hecho demostrado y el hecho a probar exista una relación lógica inmediata<sup>(932)</sup>.

Lazzaroni también se ha ocupado del tema señalando que el concepto de gravedad surge de la clasificación de los indicios en graves y leves y que la gravedad debe entenderse como una idea, en sí poco precisa, que se refiere a aquellos hechos indicadores cuyo sentido es muy claro y concreto y esclarece los hechos en forma neta, sin probabilidades de error.

Un hecho indicador es grave si el sentido que mana de él tiene cierta magnitud como para arrojar luz suficiente, no tanto para esclarecer el hecho indicador, ya que esto se logra normalmente por la influencia conjunta de varios hechos independientes, sino para que el juez pueda verificar ese sentido en la propia fuente.

Esa parte de luz que el hecho indicador, cuando es grave, vierte sobre sí mismo, es una luz refleja que pone ante la conciencia del juez, sin velos, la propia certeza del sentido que mana del hecho indicador<sup>(933)</sup>.

Nuestros tribunales también han procurado aproximarse al concepto.

---

(928) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 92.

(929) Rosenbusch, Edwin, “La prueba...”, cit.; Alvarado Velloso, Adolfo, *Prueba...*, cit., ps. 99-100.

(930) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. 2, p. 457.

(931) Colombo, Carlos J. - Kiper, Claudio M., *Código Procesal...*, cit., t. II, p. 176.

(932) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 680.

(933) Lazzaroni, Luis J., *El conocimiento...*, cit., p. 132.

En tal sentido se ha dicho que la gravedad de la presunción atañe a su aptitud para generar un suficiente grado de certeza, y no de mera probabilidad, acerca de la existencia del hecho que es objeto de prueba<sup>(934)</sup>.

Cuando el hecho conocido del cual se infiere el hecho desconocido haga llegar a este último sin esfuerzo, en forma casi obligada<sup>(935)</sup>.

Se ha dicho también que las presunciones son graves cuando reúnen tal grado de probabilidad que en el ánimo del magistrado se traducen en certeza moral<sup>(936)</sup>, cuando son fruto de una inducción potente o cuando resultan de una fuerte probabilidad y son capaces de hacer impresión en una persona razonable<sup>(937)</sup>.

*“Cuando (...) por su concordancia”*

Otro factor legal a tener en cuenta es la concordancia.

La doctrina especializada nos habla de que debe tratarse de indicios convergentes, que tengan correspondencia o conformidad entre ellos —en caso de ser más de uno— y con las demás pruebas y reglas generales de la experiencia<sup>(938)</sup>.

Ya Bentham se había ocupado de señalar que la fuerza probatoria de cada hecho circunstancial, aplicada al hecho principal, aumenta la fuerza de cada uno de los demás<sup>(939)</sup>.

López Moreno hizo lo propio al advertir que la concurrencia de varios indicios en una misma dirección, a partir de puntos diferentes, aumenta

---

(934) C. Civ. y Com. San Martín, sala 2a, 7/9/1993, “Vallejos, Marcelo A. s/beneficio de litigar sin gastos s/inc. art. 250, CPCC”, JUBA, sumario B2000501; CNCom., sala D, 3/3/2005, “Comisión Nacional de Valores c. Sevel Argentina SA”; C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 28/9/2006, “A., E. H. y otra c. M. D. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B354548, y 21/11/2006, “Pérez, Mirta E. c. Damia, Norberto H. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B354442.

(935) CNCom., sala A, 26/3/1997, “Fernández, José M. c. Boliberto SRL s/sumario” y 18/4/1997, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Farías, Ángel A. s/ordinario”.

(936) CNCiv., sala D, 8/9/1983, “Leanes, María C. S. c. Kaufman, Ernesto s/suc.”, JA 1985-I-150; CNEsp. Civ. y Com., sala 3a, 20/11/1984, “Aut-O-Gas SA c. Adabor SA”; C. Civ. y Com. San Nicolás, 17/10/2006, “Baicochea de Preis, Nora c. Natalichio, Rubén D. y otro s/incidente - acción de simulación”, JUBA, sumario B857653.

(937) C. Civ. y Com. San Martín, sala 2a, 19/2/2004, “Malich, Armando G. c. Molini, Angélica y otra s/acción de simulación y acción revocatoria”, JUBA, sumario B2002834; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2a, 20/9/2005, “Keena, Santiago c. Hagen, Cristian”, LNBA 2006-1-100; C. Civ. y Com. San Nicolás, 6/2/2007, “Ramos, Alberto I. c. Torres, Fernando P. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B857769.

(938) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 92.

(939) Bentham, Jeremy, *Tratado...*, cit., p. 194.



las probabilidades de cada uno de ellos con una nueva probabilidad que resulta de la unión de todas las otras y constituyo una verdadera resultante.

Esto se acrecienta a medida que los hechos que constituyen los indicios sean más diferentes y distantes entre sí<sup>(940)</sup>.

Döring también hacía hincapié en este tema.

Indicaba que favorece grandemente el arribo a una conclusión segura la existencia de señales probatorias concordantes, provenientes de distintos campos independientes entre sí, y que la fuerza probatoria de semejante haz de indicios reposa en el hecho de que esos signos convergen sobre el punto desde diversos ángulos más, al apuntar todos al mismo resultado<sup>(941)</sup>.

Pero paralelamente advertía de que el grado de concordancia entre los indicios debe ser estimado cuidadosamente y de que debe lograrse la armonía sin violentar los indicios y sin excesivas miras a un fin prefijado<sup>(942)</sup>.

La jurisprudencia ha seguido esta última idea al exigir un encadenamiento que conduzca sin violencia al resultado admitido<sup>(943)</sup>.

Para Leguisamón, si hay más de un indicio la concatenación debe dirigir de manera unívoca en una sola dirección, es decir, que no puede conducir a conclusiones diversas<sup>(944)</sup>.

Parra Quijano también se ha ocupado del tema, respecto del cual asevera que los indicios se comunican colorido entre sí, y tempranamente empiezan a tomar su ubicación y a lograr su síntesis<sup>(945)</sup>.

Pero, para este autor, concordancia y convergencia son diferentes.

La primera se refiere a los indicios o hechos indicadores; la segunda, a las deducciones o inferencias indiciarias.

Son estas, las deducciones o inferencias formadas con los indicios, las que convergen o concurren a un mismo punto, esto es, a una misma conclusión.

---

(940) López Moreno, Santiago, *La prueba...*, cit., ps. 78 y 155-156.

(941) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., p. 351.

(942) *Ibidem*, p. 349.

(943) CNCom., sala B, 22/2/1989, "De Levie SRL c. Artelano SH y otros", JA 1989-III-síntesis.

(944) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 92.

(945) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 688.

En cuanto a los indicios o hechos indicadores no convergen propiamente, sino que, en su calidad de partes accesorias de un todo, como hechos parciales o modalidades circunstanciales de un mismo suceso, concuerdan entre sí, esto es, ensamblan los unos con los otros, de manera de constituir un hecho natural, lógico coherente.

Esta exigencia de concordancia se justifica, según el procesalista, porque dado que los indicios son hechos accesorios de un hecho principal, o partes circunstanciales de un suceso único, de un pequeño drama humano, deben necesariamente obedecer a la ley de las tres unidades de tiempo, de lugar y de acción; de modo que cada indicio, como los episodios de una tragedia, estará obligado, al combinarse con los otros, a tomar el lugar correspondiente en el tiempo y en el espacio, y todos a combinarse entre sí, cada uno según su carácter o naturaleza, según las relaciones, de causa a efecto, de medio a fin, de coexistencia, que los vinculan, de conformidad con las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas<sup>(946)</sup>.

Algo similar expresaba Alsina al hablar de *indicios concordantes* cuando ensamblan entre sí, de manera de producir un todo coherente y natural, en el cual cada hecho indiciario toma su respectiva colocación en cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias y de *convergencia* cuando las inferencias indiciarias, todas reunidas, no pueden conducir a conclusiones diversas<sup>(947)</sup>.

Nuestra jurisprudencia ha indicado que se requiere la agrupación coherente de los distintos hechos<sup>(948)</sup>, para formar un conjunto armonioso<sup>(949)</sup>.

Se señaló además que son concordantes cuando convergen todos al mismo objeto<sup>(950)</sup> o conclusión<sup>(951)</sup>, en tanto que se les resta virtualidad si no lo hacen<sup>(952)</sup>.

---

(946) Ibídem, ps. 691-692.

(947) Alsina, Hugo, *Tratado...*, cit., t. III, p. 690.

(948) Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., 9/11/2004, "Sferco, Miro E. c. González Sueyro, Eduardo".

(949) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 28/9/2006, "A., E. H. y otra c. M. D. s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B354548, y 21/11/2006, "Pérez, Mirta E. c. Damia, Norberto H. s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B354442.

(950) C. Civ. y Com. San Martín, sala 2a, 7/9/1993, "Vallejos, Marcelo A. s/beneficio de litigar sin gastos s/inc. art. 250, CPCC", JUBA, sumario B 2000501, y 19/2/2004, "Malich, Armando G. c. Molini, Angélica y otra s/acción de simulación y acción revocatoria", JUBA, sumario B2002834.

(951) CNCiv., sala E, 18/5/1999, "Kemelmajer, Gustavo J. C. c. Subterráneos de Buenos Aires SE y otros", LL 1999-E-36; DJ 1999-1-201.

(952) C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2a, 20/9/2005, "Keena, Santiago c. Hagen, Cristian", LNBA 2006-1-100.

*“Según la naturaleza del juicio”*

La ley nos habla de *la naturaleza del juicio*.

¿Qué quiere decir esto?

Compartimos con Leguisamón la idea de que tal mención apunta a la ponderación de las características de la cuestión sometida a juicio o bien de las especiales y concretas circunstancias del caso, a fin de evaluar la dificultad —y a veces imposibilidad— del litigante para acreditar ciertos hechos, en los que el indicio se erige en principal objeto de prueba, a fin de que en su mérito el juez pueda presumir el hecho a probar, en virtud de la dificultad probatorias que este tiene<sup>(953)</sup>.

Es así como, en materia civil, la prueba indiciaria nos permite indagar la simulación, el fraude pauliano, el error, la fuerza, el dolo o determinadas cuestiones familiares y patrimoniales, entre muchas otras<sup>(954)</sup>.

De este modo, la prueba de indicios tiene una gran importancia para suplir la falta, muy frecuente, de pruebas históricas del hecho investigado y de su verificación por el examen directo y personal del juez<sup>(955)</sup>.

Así lo advertía Alsina: no siempre es posible la prueba directa de los hechos, porque muchas veces ellos acaecen sin la presencia de testigos y desaparecen sin que pueda constatarse su existencia por la inspección ocular, ni aun con el auxilio de una diligencia pericial.

Ante el resultado negativo de la prueba de confesión, el juez se vería privado de elementos de juicio, si la naturaleza no viniese en su auxilio al proporcionarle ciertos datos que le permiten, mediante el raciocinio, reconstruir los hechos tal como han ocurrido<sup>(956)</sup>.

Se despliega, aquí y con todo esplendor, el principio *favor probationes*.

La jurisprudencia ha venido señalando que cuando por las circunstancias del caso o por la índole de los hechos la prueba directa es imposible o extremadamente difícil, no se puede hacer incidir las consecuencias que de allí derivan sobre la parte gravada con la carga de la prueba, de modo que en estos casos adquiere pleno valor la de presunciones<sup>(957)</sup>,

(953) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 108.

(954) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 671.

(955) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 614.

(956) Alsina, Hugo, *Tratado...*, cit., t. III, p. 682.

(957) CNFed. Civ. y Com., sala 1a, 29/4/1983, “Llauró Hnos. Propiedades SA c. Llauró, Marcos J. y otro”, JA 1983-III-595 y 6/7/1990, “Empresa Nacional de Telecomunicaciones c. Vector Ingeniería SC y otros”, JA 1992-I-651.

al tiempo que se resaltó —en otras ocasiones— la virtualidad de la prueba presuncional ante las dificultades probatorias del caso específico<sup>(958)</sup>.

Incluso hay quienes consideran que pese a lo estricto que resulta ser el marco de conocimiento de los hechos en el juicio ejecutivo, no existe obstáculo para la aplicación de la prueba indiciaria<sup>(959)</sup>, postulado con el cual coincidimos, en la medida en que no existan disposiciones legales que lo impidan y en que se trate de acreditar hechos que no desborden el marco cognoscitivo del compulsorio.

## 9.7. Apreciación de la prueba indiciaria

### 9.7.1. Nuevamente sobre las reglas de la sana crítica

El legislador cierra el primer párrafo del inciso en comentario remitiendo a la aplicación de las reglas de la sana crítica con lo cual la ponderación de la prueba rompe las ligaduras que podían implicar los anteriores requisitos legalmente impuestos y vuelve a quedar en el señorío del juzgador.

Esto, a nuestro modo de ver, no implica borrar los recaudos ya mencionados.

Nada de eso.

Ellos servirán de guía y sentarán una pauta genérica, de la que no podrá apartarse el juzgador infundadamente.

Así, por ejemplo, no podrá trabajar con base en indicios discordantes, equívocos, leves y aislados, entre otras posibilidades.

Pero sí tendrá un amplio margen de apreciación para determinar cuándo hay cantidad, concordancia, gravedad o univocidad suficientes.

En suma: los indicios deben ser juzgados por las reglas de la sana crítica<sup>(960)</sup>, que —en el punto— se nutrirán, amén de todo lo dicho, de los recaudos normativos que hemos ido analizado.

---

(958) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 21/5/1996, “Recanati, Hugo O. c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B352405.

(959) Mendelewicz, José D. - Garona Dupuls, Ana P., “La prueba de presunciones y la aplicación del principio *iura novit curia* en el juicio ejecutivo”, LL 2000-D-452.

(960) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. 2, p. 471; CNFed. Civ. y Com., sala 1a, 9/8/1983, “Marcer, Ernesto A. c. Compañía Arg. de Seguros La Estrella SA”, JA 1984-III-402; C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1a, 19/9/2002, “Rodríguez Vigo, Marcelo A. c. Caja de Ahorro y Seg. s/incumplimiento contrato”, JUBA, sumario B2550283, 7/4/2005, “Kunkel, Carlos M. y otra c. Liñeiro Trillo, María del C. s/escrituración y daños y perjuicios”, JUBA, sumario B2550509, y 13/7/2006, “Her Plast SRL c. Camps, Francisco C. s/sumario”, JUBA, sumario B2550520.

De este modo, la valoración de los indicios la hace libremente el juez, para saber si son necesarios o contingentes, graves, precisos y concordantes, así como cuál es el mérito que debe reconocérseles para la formación de su convencimiento<sup>(961)</sup>.

Las reglas de la sana crítica brillarán en la prueba indiciaria con todo su esplendor, más que en ninguna otra, pues tanto el pensamiento lógico como el saber experiencial (vertientes de las reglas de la sana crítica) serán el imprescindible punto de apoyo para cualquier inferencia presuncional.

La importancia de la lógica es indudable.

Y, a la par, las reglas de la experiencia retenidas por el hombre y manejadas con la razón, permiten el uso de la inferencia, la posibilidad, la probabilidad y por consiguiente la prueba indiciaria<sup>(962)</sup>.

La Suprema Corte de Justicia bonaerense ha indicado que la operación lógico-crítica (proceso inferencial) que permite el paso de un hecho a otro encuentra su apoyo en la propia experiencia del juez sobre cómo acostumbran a suceder los hechos, según el curso natural y ordinario de las cosas<sup>(963)</sup>.

Así, el juez puede argumentar a su manera según criterios de experiencia y lógica empírica<sup>(964)</sup>.

Primero requerirá una actividad volitiva (querer tener como fijado el hecho presumido) y luego una racional (pensar y razonar, inducir y deducir, reflexionar e imaginar, siempre en virtud de emplear la lógica dialéctica y sobre todo de las reglas generales de la experiencia)<sup>(965)</sup>.

En los puntos siguientes intentaremos complementar las pautas legales con otras que hacen al método de apreciación indiciaria y trataremos de explicitar los que, para nosotros, son sus pasos esenciales.

Son algunas pautas que estimamos necesarias o útiles para la apreciación de este singular tipo de prueba.

---

(961) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 687.

(962) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 704.

(963) Sup. Corte Bs. As., 16/5/2007, "Loupías, Víctor F. c. Kluber Lubrication Argentina y otros s/cobro - despido - diferencia salarial", JUBA, sumario B52039.

(964) CNCom., sala A, 8/10/1987, "Jotafi Computación Interactiva SA c. Falchetto, Aníbal A.", LL 1988-B-208.

(965) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., ps. 719-720.

Evidentemente resulta muy complejo enumerarlas todas o estructurar un sistema que las abarque sin lagunas.

Es imposible fijar de antemano el valor probatorio de los distintos indicios<sup>(966)</sup> ante la infinita diversidad de que son susceptibles las pruebas circunstanciales<sup>(967)</sup>.

Esto ha llevado a Gorphe a postular que ninguna prueba es tan multiforme<sup>(968)</sup>.

Por ello, solo trataremos de explicitar *algunas pautas*.

### 9.7.2. *Recaudo inicial: Nunca subestimar la prueba indiciaria*

Señala Muñoz Sabaté, en postulación que compartimos totalmente, que afortunadamente se está superado hoy día la tendencia general a subvaluar la presunción al considerarla como una prueba subsidiaria, actitud (*la de desvalorizar esta prueba*) que carece de toda base lógica seria<sup>(969)</sup>.

Döring señala que, ocasionalmente, se ha sostenido que en el proceso civil la prueba indiciaria es de escasa importancia.

Pero, sigue diciendo, bien mirado, no hay tal cosa.

Lo que ocurre es que muchas veces el juzgador ni siquiera se percata de la frecuencia con que deduce por indicios, precisamente por la facilidad con que se sirve de la deducción<sup>(970)</sup>.

Lessona también criticaba la creencia de que las presunciones solo podían engendrar probabilidad y no certeza<sup>(971)</sup>.

La jurisprudencia ha venido señalando que, en la medida en que esta prueba cumpla con las exigencias que la ley impone, no existen razones para relativizar su eficacia<sup>(972)</sup>.

---

(966) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 107.

(967) Bentham, Jeremy, *Tratado...*, cit., p. 152.

(968) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 264.

(969) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., p. 94.

(970) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., p. 314.

(971) Lessona, Carlos, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, trad. Enrique Aguilera de Paz, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1906, t. I, p. 453.

(972) CNFed. Civ. y Com., sala 1a, 9/8/1983, "Marcer, Ernesto A. c. Compañía Arg. de Seguros La Estrella SA", JA 1984-III-402; C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1a, 19/9/2002, "Rodríguez Vigo, Marcelo A. c. Caja de Ahorro y Seg. s/incumplimiento

También se ha considerado que entre la prueba de presunciones y la prueba histórica no existe diferencia de jerarquía, que bien puede el juez fundar el propio convencimiento sobre presunciones con preferencia a otras pruebas (inclusive en contra de la prueba testimonial) y que es inexacto creer que a la prueba por presunciones simples pueda acudir solo cuando no estén en pugna con otras pruebas, en razón de lo cual el juez debe someterla a valoración crítica y arribar al convencimiento respecto de la existencia del hecho a verificar con base en tales valoraciones<sup>(973)</sup>.

En el mismo sentido se ha dicho que los indicios y las presunciones que emergen de determinadas situaciones constituyen también prueba que el juez debe ponderar, a lo cual se agrega que las presunciones no son ficciones sino inferencias reales que constituyen el indispensable material para la formación del criterio del juzgador<sup>(974)</sup>.

Pero, al margen de todo ello, veremos la importancia de la prueba presuncional reflejada en los precedentes del más Alto Tribunal nacional.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación insiste en que la apreciación de la prueba constituye, por vía de principio, facultad de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, aun en el caso de presunciones<sup>(975)</sup>.

Aunque, *dice también*, tal regla no es óbice para que la Corte conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella con base en la doctrina de la arbitrariedad<sup>(976)</sup>.

Y, *entonces*, entiende admisible el recurso extraordinario, respecto de la apreciación de la prueba, *aun la de presunciones*, con base en tal doctrina<sup>(977)</sup>.

---

contrato", JUBA, sumario B2550283, 24/9/2002, "Figueroa, Gilberto P. c. García, José", 25/9/2003, "Colegio William Shakespeare SRL c. Krysa, Leonardo y otra" y 7/4/2005, "Kunkel, Carlos M. y otra c. Liñeiro Trillo, María del C. s/escrituración y daños y perjuicios", JUBA, sumario B2550509, y 13/7/2006, "Her Plast SRL c. Camps, Francisco C. s/sumario", JUBA, sumario B2550520.

(973) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 27/4/1993, "Pinini de Pérez, María del C. c. COPETRO SA s/daños y perjuicios", JA 1993-III-368.

(974) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 14/7/1998, "Domínguez, Silvina F. y ot. c. Mancuso, Francisco y ots. s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B201695.

(975) CS, Fallos 313:525; 314:833; 316:1753; 319:1878, 320:2751 y 321:1173.

(976) CS, Fallos 311:948; 311:2314; 314:787; 314:1807; 315:495; 316:647 y 321:412.

(977) CS, Fallos 314:83 y 318:884.



En tal contexto el Alto Tribunal ha considerado arbitraria la sentencia que soslayó constancias que constituyen indicios serios y concordantes<sup>(978)</sup>, al tiempo que dejó sin efecto sentencias en las que se desconoció el valor de pruebas indiciarias a antecedentes que, integrados en su conjunto, podrían ser decisivos para el resultado del pleito<sup>(979)</sup> o elementos e indicios que hacían verosímil la existencia de cierto daño<sup>(980)</sup>.

También tilda de arbitrarios aquellos pronunciamientos en los que se descartan los indicios por su supuesta ambivalencia individual, sin confrontarlos críticamente a todos<sup>(981)</sup>.

Con lo cual queda en evidencia que no es posible relegar la prueba presuncional, subestimarla o relativizarla, pues procederes de este tenor pueden llegar a viciar el pronunciamiento que se dicte.

Y es por ello que no compartimos la tesis que sostiene que las presunciones solo son útiles en ausencia de prueba directa<sup>(982)</sup>.

### 9.7.3. Virtudes y defectos de la prueba indiciaria

La prueba indiciaria tiene sus pros y sus contras.

Ya Bentham decía que, considerada en abstracto, no se podría negar que la prueba circunstancial era inferior a la directa pues esta última no requiere ninguna inducción, mientras que la primera no puede existir nada más que por inducciones y no hay una inducción que no esté sujeta a errores<sup>(983)</sup>.

Aunque, paralelamente, indicaba que su ventaja, en proporción a su extensión, es que somete al conocimiento del juez un mayor conjunto de hechos, suministrados por diversas fuentes, lo que hace más difícil la existencia de un concierto de falsedad entre ellas<sup>(984)</sup>.

Gorphe también balanceaba virtudes y defectos al decir que si bien esta prueba tiene la desventaja de ser indirecta, más o menos compleja

---

(978) CS, Fallos 318:2424.

(979) CS, Fallos 323:3105.

(980) CS, Fallos 315:1569.

(981) CS, Fallos 311:948, 314:83 y 313:525.

(982) CNCiv., sala I, 24/4/1990, "Silvia, Mario c. La Tandilense SA", JA 1992-IV-síntesis; C. 2a Civ. y Com La Plata, sala 3a, 4/8/1992, "Siffredi, Enrique c. Kelly, Eduardo s/cobro de pesos", B351616, y 21/4/1994, "Gómez, Ma. Eustaquia y otros c. Raggio, Carlos E. y otro s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B352105.

(983) Bentham, Jeremy, *Tratado...*, cit., p. 198.

(984) *Ibidem*, p. 199.

y generalmente fragmentaria, tiene la ventaja de ser objetiva, basada en hechos<sup>(985)</sup>.

Para Lazzaroni los puntos débiles de esta fuente residen en las dificultades para interpretar el sentido de los hechos indicadores, porque ese sentido, por ser natural, no se muestra como expresión de símbolos convencionales, y porque el sentido reflejo de ellos, esto es, ese sentido que esclarece el grado de seguridad del conocimiento así obtenido, es normalmente frágil.

Y sostenía que, si el sentido de los hechos indicadores solo puede captarse mediante el conocimiento de las reglas de experiencia, entonces toda carencia de este tipo incidirá desfavorablemente en la interpretación de los indicios<sup>(986)</sup>.

También se advierte el riesgo consistente en que ciertas circunstancias singulares, aunque importantes, escapen a la vista y no sean, por ende, computadas o que, advertidas, no se las valore debidamente<sup>(987)</sup>.

A ello se suma la posibilidad de numerosas causas para explicar un hecho<sup>(988)</sup>, la imperfección de los puntos de apoyo, los vicios del razonamiento, las falacias de falsa experiencia, de falsa percepción, de falsa deducción<sup>(989)</sup> y el caso en que los indicios son muchos, pero abarcan solo un pequeño sector del campo a explorar, lo que relativiza su contribución para esclarecer la causa completa<sup>(990)</sup>.

Devis Echandía ha expresado que es una prueba de difícil valoración que implica riesgos y peligros y que para otorgarle la calidad de plena se debe aplicar el máximo rigor científico<sup>(991)</sup>, aunque advertía que aquellos riesgos y peligros radican más en la deficiente técnica empleada para su investigación y en la ligereza de criterio para apreciarla que en el medio en sí mismo considerado<sup>(992)</sup>.

---

(985) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 263.

(986) Lazzaroni, Luis J., *El conocimiento...*, cit., p. 134.

(987) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., p. 320.

(988) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 269.

(989) Couture, Eduardo J., *Fundamentos...*, cit., p. 267.

(990) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., p. 350.

(991) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., p. 614.

(992) *Ibíd.*, t. II, p. 691.

En nuestro medio, Leguisamón también aconseja emplear el máximo rigor crítico<sup>(993)</sup> y la jurisprudencia sugiere un análisis cauteloso<sup>(994)</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que es una prueba que, sin duda, requiere ciertos esfuerzos interpretativos.

Primero reclama la valoración de la prueba destinada a acreditar los indicios (prueba de la prueba) y luego la ponderación de ellos.

Aquí, sin dudas, hay un fértil terreno para el yerro.

Pero, paralelamente, sus ventajas son innegables: suficientemente esclarecidos los indicios, otorgan al juez un cúmulo de material para llevar a cabo la reconstrucción fáctica, en virtud de dotar de preponderancia al razonamiento judicial, vivificado por las reglas de la sana crítica.

Material bien objetivo y poco propenso (en el caso de pluralidad indiciaria) al concierto falsario.

Todo ello requiere, como antes se lo ha señalado, un máximo rigor crítico y, muchas veces, un esfuerzo valorativo mayor.

Es así como el valor de la prueba indiciaria, mucho más que el de cualquier otra, depende del juez, por ser su obra una operación mental de interpretación de los hechos y de reconstrucción sobre datos fragmentarios; tarea que exige, a la vez, una lógica rigurosa, una psicología penetrante, abundante experiencia de la vida y amplios conocimientos en los distintos campos a los que puede referirse<sup>(995)</sup>.

#### **9.7.4. Primer paso: La búsqueda de los hechos indicadores**

Hemos dicho anteriormente que un recaudo básico para que entren en juego las presunciones era que los hechos indicadores se encontraran efectivamente acreditados.

La primera actividad crítica debe encaminarse, entonces, a verificar si cada uno de los hechos indicadores está o no plenamente probado<sup>(996)</sup>.

---

(993) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 107.

(994) CNEsp. Civ. y Com., sala 5a, 13/10/1986, "Albamonte, Alberto G. c. Abolleira de Pereira, Nelly", JA 1987-III-síntesis.

(995) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 366.

(996) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 688; De la Fuente, Javier E., "Sobre la prueba...", cit.

Es este el primer recaudo para que entre a funcionar el procedimiento presuncional, elemento que ha sido calificado como esencial al efecto<sup>(997)</sup>.

Para que entren en juego las presunciones, debe partirse de hechos conocidos (probados o exentos de prueba)<sup>(998)</sup>.

Las leyes procesales, como ya lo hemos visto, generalmente hablan de hechos reales y probados.

Recién una vez que hay seguridad sobre lo anterior, podemos emprender la tarea de hacerle cumplir con seguridad la función de medio probatorio.

Así, por ejemplo, tenemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha invalidado pronunciamientos que utilizaron como elementos indiciarios de soporte para su convencimiento determinados informes que merecieron el reproche de falsedad por parte del recurrente, sin haber tratado la procedencia o no de las impugnaciones oportunamente planteadas<sup>(999)</sup>.

Cerramos el punto con dos reflexiones más.

La primera es que un mismo hecho puede estar demostrado por varios medios probatorios (testimonio, confesión, etc.) pero no significa pluralidad de hechos indicadores<sup>(1000)</sup>.

La segunda es que debe evitarse caer en el error de sostener que de un solo medio probatorio solo puede surgir un hecho indicador pues de cada medio pueden surgir varios<sup>(1001)</sup>.

---

(997) C. Civ. y Com. Quilmes, sala 1a, 10/8/2000, "Gómez, Teófilo D. c. TALESA Línea 354 s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B2901307; C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 8/3/2001, "Oyuela, Blanca E. c. Marchetti, Ángel I. y ot. s/acción de distribución", JUBA, sumario B353301.

(998) CNEsp. Civ. y Com., sala 3a, 20/11/1984, "Aut-O-Gas SA c. Adabor SA"; CNCom., sala B, 22/2/1989, "De Levie SRL c. Artelano SH y otros", JA 1989-III-síntesis; C. Civ. y Com. Resistencia, sala 4a, 23/4/1996, "C. de G., E. c. F., J. R.", LLL 1997-327; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1a, 11/11/1999, "Chambers SA c. Prysunka, Elisa s/cobro de pesos", JUBA, sumario B1700649 y 20/2/2001, "Salinas, Francisco y otros c. Lescano, Ramón y otros s/daños y perjuicios", ED 202-529; CNCiv., sala E, 18/5/1999, "Kemelmajer, Gustavo J. C. c. Subterráneos de Buenos Aires S.E. y otros.", LL 1999-E-36; DJ 1999-1-201; C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 20/11/2001, "Martino, Florentino c. Otero s/escrituración", JUBA, sumario B353406.

(999) CS, Fallos 314:1323.

(1000) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., ps. 667, 685-686 y 704.

(1001) *Ibidem*, p. 704.

### 9.7.5. Segundo paso: La relación entre el hecho indicador y el hecho indicado

Aquí está la base de todo el sistema.

En esta prueba, el fundamento de la convicción está en el raciocinio, en la más o menos acertada apreciación de las diversas relaciones que entre los hechos existen<sup>(1002)</sup>.

Bien lo dice Döring: la pieza principal de este procedimiento no es, si se habla propiamente, el hecho del cual se arranca, sino el proceso mental que se conecta a ese hecho y en virtud del cual se deduce la existencia de la circunstancia fáctica jurídicamente relevante.

El hecho indiciario solo puede cobrar valor para el averiguamiento en conexión con la regla experiencial y con la conclusión de ahí derivada.

Recién adquiere su importancia por obra de la labor mental que, en virtud de amalgamarla con los demás elementos necesarios, le da la forma de una prueba indiciaria en la cual pueda descansarse, y —hasta tanto— es intrascendente<sup>(1003)</sup>.

La prueba, entonces, reside esencialmente en la inferencia que induce del hecho conocido el hecho a probar<sup>(1004)</sup>.

En tal contexto se dice que en el concepto mismo de indicio debe considerarse la existencia de una relación lógica entre el hecho indicador y el que se intenta acreditar<sup>(1005)</sup>, y se trata de un elemento esencial para la existencia de la prueba indiciaria<sup>(1006)</sup>.

Por ello, una vez que consideramos al hecho indicador debidamente probado, es indispensable examinar el nexo causal que pueda unirlo

---

(1002) López Moreno, Santiago, *La prueba...*, cit., p. 30.

(1003) Döring, Erich, *La investigación...*, cit., ps. 318-319.

(1004) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 263.

(1005) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, ps. 601-602; C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1a, 27/5/2004, “Rossi, Enrique R. c. Martínez, Jorge E.”; C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 20/2/2003, “Esterelles, Miguel G. c. Montes, Fernando O. y otros s/daños y perjuicios-beneficio”, JUBA, sumario B301122.

(1006) C. Civ. y Com. Quilmes, sala 1a, 10/8/2000, “Gómez, Teófilo D. c. TALESA Línea 354 s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B2901307; C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 8/3/2001, “Oyuela, Blanca E. c. Marchetti, Ángel I. y ot. s/acción de distribución”, JUBA, sumario B353301; C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 20/2/2003, “Esterelles, Miguel G. c. Montes, Fernando O. y otros s/daños y perjuicios -beneficio”, JUBA, sumario B301122, 23/10/2003, “Laguardia, Eduardo R. y otros c. Sansone, Salvador s/ revisión de sentencia ejec.”, JUBA, sumario B301121.

inductivamente al hecho desconocido que se investiga, para saber si efectivamente tiene valor probatorio respecto al segundo.

Tendremos así el argumento que permita darle al primer hecho el carácter de prueba del segundo<sup>(1007)</sup>.

Esta relación debe ser lógica, es decir, surgir de la realidad y no de la imaginación, ni de la arbitrariedad.

Por tanto, la relación entre el hecho base y el hecho presunto ha de tener un fundamento real, objetivo, independiente del sujeto que lo piensa<sup>(1008)</sup>.

Dicho raciocinio tiene en cuenta, en algunos casos, ciertos hechos constantes e inmutables de la naturaleza y, en otros, sea el fruto de la experiencia humana o la relación lógica y necesaria que media entre determinados hechos, de los cuales los unos son el antecedente necesario de los otros.

Se trabaja con base en tres grandes tipos de acontecimientos, a saber: los modos constantes de obrar de la naturaleza, la índole y esencia misma de las cosas y la forma constante y uniforme de conducirse los hombres en sociedad, en sus relaciones comunes y recíprocas<sup>(1009)</sup>.

Respecto de esta operación se ha dicho que en la medida en que un razonamiento lógico —que requiere obviamente la interpretación del juzgador— no se subjetivice y atienda a lo que es dable inferir de los hechos acreditados, según el curso natural de las cosas y las reglas de experiencia, el resultado a que se arribe por esa vía no puede ser tachado de arbitrario<sup>(1010)</sup>.

Así, la soberanía del juzgador en el punto tendrá la sola limitación de que la deducción de los hechos conocidos a los desconocidos importa una razonada consideración de las circunstancias que conduzcan a la persuasiva convicción indicada<sup>(1011)</sup>.

---

(1007) C. Civ. y Com. Quilmes, sala 1a, 14/11/1995, “B. V. E. c. R. E. A. s/alimentos”, 11/12/1996, “R. S. V. c. G. J. C. s/alimentos”, 31/3/1998, “I. N. M. c. P. F. D. s/alimentos”, 29/9/2000, “U. M. c. M. C. s/alimentos”, JUBA, sumario B2900378.

(1008) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., p. 680.

(1009) Parrilli, Antonio, “La prueba...”, cit.

(1010) CNFed. Civ. y Com., sala 1a, 9/8/1983, “Marcer, Ernesto A. c. Compañía Arg. de Seguros La Estrella SA”, JA 1984-III-402.

(1011) C. Civ. y Com. San Nicolás, 6/2/2007, “Ramos, Alberto I. c. Torres, Fernando P. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B857770.

Así entonces la fuerza probatoria de los indicios depende de la mayor o menor conexión lógica que el juez encuentra entre aquellos y el hecho desconocido que investiga<sup>(1012)</sup>.

Decir que un hecho es más o menos probatorio con relación al hecho principal equivale a decir que ese hecho tiene mayor o menor conexión con el hecho principal<sup>(1013)</sup>.

Se ha exigido, para dar valor a los indicios, que las conclusiones que de ellos puedan extraerse sean inmediatas, lo cual —a su vez— requiere que no resulte necesario llegar a ellas a través de una cadena de silogismos<sup>(1014)</sup>.

Bentham advertía que, en una cadena de pruebas compuesta de un gran número de eslabones, cuanto más eslabones haya entre el primer hecho circunstancial y el hecho principal, menor será con relación a este su fuerza probatoria<sup>(1015)</sup>.

Hay quienes reclaman una conexión *directa*<sup>(1016)</sup>, una relación *directa, unívoca y no forzada*<sup>(1017)</sup>, *precisa y directa*<sup>(1018)</sup>, *íntima y estrecha*<sup>(1019)</sup>, o *clara y cierta*<sup>(1020)</sup>, al tiempo que se descarta su eficacia convictiva cuando la relación aparezca únicamente *vaga o incierta*<sup>(1021)</sup>.

(1012) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 626.

(1013) Bentham, Jeremy, *Tratado...*, cit., p. 193.

(1014) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 21/8/1990, "Fassina, Rubén c. Larsen, Roberto y otra s/daños y perjuicios", 4/10/1990, "Riestra, José A. c. Cardinal Compañía de Seguros SA s/cumplimiento de contrato - daños y perjuicios" y 27/12/1990, "Galeppi, Miguel Á. c. Fernández, Longo y otros s/cobro de pesos", JUBA, sumario B350444.

(1015) Bentham, Jeremy, *Tratado...*, cit., p. 194.

(1016) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 8/3/1990, "Sconis, Juan B. c. Darre, Félix A. y otro s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B150111; CNCiv., sala E, 18/5/1999, "Kemelmajer, Gustavo J. C. c. Subterráneos de Buenos Aires SE y otros", LL 1999-E-36; DJ 1999-1-201; CNCom., sala D, 3/3/2005, "Comisión Nacional de Valores c. Sevel Argentina SA".

(1017) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 20/11/2001, "Martino, Florentino c. Otero s/escrituración", JUBA, sumario B353406.

(1018) Rosenbusch, Edwin, "La prueba...", cit.

(1019) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 107; C. Civ. y Com. Resistencia, sala 4a, 23/4/1996, "C. de G., E. c. F., J. R.", LLL 1997-327.

(1020) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 647; C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 20/2/2003, "Esterelles, Miguel G. c. Montes, Fernando O. y otros s/daños y perjuicios - beneficio", 23/10/2003, "Laguardia, Eduardo R. y otros c. Sansone, Salvador s/revisión de sentencia ejec.", JUBA, sumario B301121.

(1021) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 20/2/2003, "Esterelles, Miguel G. c. Montes, Fernando O. y otros s/daños y perjuicios - beneficio", JUBA, sumario B301122.



Estas exigencias tienden a distinguir las sustanciales contribuciones creadoras de presunciones transmisoras de la verdad de las simples conjeturas tendenciosas o animadas por la subjetividad<sup>(1022)</sup>.

Entran aquí en juego los conceptos de *gravedad* y *precisión* a los que aluden normalmente las leyes procesales.

Pero, advierte Devis Echandía, para que esta fuerza probatoria sea eficaz, es indispensable eliminar las dos falsas causas que pueden producir una aparente fuerza probatoria: la falsificación de los hechos indiciarios o de su prueba y el azar que haya podido crear una aparente conexión entre estos y el hecho investigado<sup>(1023)</sup>.

El azar consiste en que, a pesar de la aparente conexión de causalidad entre el hecho probado y el desconocido, en realidad estos tienen causas separadas o independientes entre sí.

Para desvirtuar esa posibilidad es indispensable que existan otras pruebas que conduzcan a la misma conclusión que los indicios contingentes o que en virtud del número plural de estos aparezca increíble tal azar.

Cuanto mayor sea el número de indicios que conduzcan al mismo hecho, menor es la posibilidad de que todos hayan sido obra del azar; esta va disminuyendo a medida que aumentan aquellos.

Esa circunstancia justifica la exigencia de pluralidad de indicios<sup>(1024)</sup>.

Debe descartarse, además, la posibilidad de la falsificación del hecho indiciario por las partes o por terceros; pero si nada crea esa sospecha y el juez encuentra que las circunstancias indican la autenticidad del hecho, debe considerarlo como cierto, sin necesidad de que se produzcan pruebas en ese sentido.

Es decir que la autenticidad del hecho indicador se puede inducir de las circunstancias que lo rodean o de los otros indicios o de pruebas diferentes.

A diferencia de lo que ocurre con el azar, el mayor número de hechos indiciarios no disminuye siempre la posibilidad de su falsedad, porque

---

(1022) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 107.

(1023) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 626.

(1024) *Ibídem*, p. 642.

es frecuente que se falsifique todo un conjunto de ellos y que se peque por exceso y no por defecto<sup>(1025)</sup>.

Debemos tener en cuenta, especialmente, que lo falseado aquí serán los hechos indicadores y no las pruebas que tiendan a demostrarlo, hipótesis diversa y que queda comprendida en el primer paso (*determinación de si los hechos indicadores están o no probados*).

### **9.7.6. Último paso del análisis individual de los hechos indicadores**

Una vez llevadas a cabo todas las operaciones enunciadas en los puntos precedentes, es indispensable examinar los argumentos probatorios adversos a la conclusión que de aquel puede inducirse o motivos infirmantes.

De esta manera se podrá obtener una conclusión final respecto a la calidad de cada indicio, su gravedad o levedad<sup>(1026)</sup>.

Así lo sugiere Bentham: para juzgar si, con relación al hecho principal, un hecho circunstancial es o no concluyente, hay que examinar, ante todo, las suposiciones invalidantes que le sean aplicables<sup>(1027)</sup>.

La infirmación consiste en cualquier otra conclusión oponible a una presunción e inferida del mismo indicio.

Parte de los mismos indicios (no necesariamente todos) de que surge la presunción; si partiera de indicios antagónicamente distintos ya no sería propiamente infirmación sino contraprueba.

Para llegar a una infirmación tan solo hace falta imaginar todas las otras conclusiones posibles además de la inicialmente presumida<sup>(1028)</sup> no pudiendo, según la jurisprudencia, erigirse por tal la mera hipótesis de pensamiento<sup>(1029)</sup>.

---

(1025) *Ibídem*, ps. 644-645.

(1026) *Ibídem*, p. 688.

(1027) Bentham, Jeremy, *Tratado...*, cit., p. 194.

(1028) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., p. 102.

(1029) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 4/8/1993, "Arasati de Higa c. Alfaro, Raúl s/daños y perjuicios", 4/8/1993, "Correia de Torello, E. y otros c. Alfaro, Raúl A. y otros s/daños y perjuicios" y 4/8/1994, "Angelelli, Luis V. c. Guagnano, A. y otros s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B200708.

### 9.7.7. Los hechos indicadores en el contexto del expediente (apreciación global de los indicios)

Estructurado e individualizado cada indicio, se los debe ordenar, para estudiarlos en conjunto<sup>(1030)</sup>.

En este menester, una vez llevados a cabo todos los pasos anteriormente enunciados hará falta examinar si existen otros medios de prueba que puedan infirmar el resultado obtenido de cada uno con el análisis anterior, bien sea porque demuestren hechos que lo excluyan o porque desvirtúen los hechos indicadores que sirvieron para obtenerlo.

Del examen singular de los indicios debe pasarse a su confrontación global formando un conjunto con los primeros y otro con los contraindicios, porque así será más segura la crítica general<sup>(1031)</sup>.

Se entiende por contraindicios los hechos indicadores de los cuales se obtiene una inferencia contraria a la que suministran otros indicios<sup>(1032)</sup>.

La Suprema Corte de Justicia bonaerense ha postulado que para que una presunción tenga fuerza probatoria, entre otras condiciones, debe cumplir la de no presentar contraindicios (es decir, de elementos que debiliten su credibilidad)<sup>(1033)</sup>.

En realidad, pensamos, lo necesario no es que no existan contraindicios, sino que ellos no lleguen a desvirtuar el mérito de los indicios.

Aquí no importa la cantidad sino la calidad: cuanto mayor sea la cantidad de indicios de los cuales se infiera una conclusión determinada, mayor será el grado de seguridad de la decisión; pero un solo contraindicio puede desmoronar el razonamiento estructurado a partir de aquellos<sup>(1034)</sup>.

Si se llega a la conclusión de que los contraindicios no hacen mella en la inferencia presuncional derivada de los indicios, se debe proceder a examinar la coordinación que en el conjunto de estos tengan las varias unidades que lo componen, para adquirir un concepto claro y seguro acerca de si efectivamente son concurrentes o armónicos<sup>(1035)</sup>.

---

(1030) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., ps. 685-686.

(1031) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 689.

(1032) Lugones, Patricio L., "La prueba indiciaria", ED 186-905.

(1033) Sup. Corte Bs. As., 11/3/2009, "De Luca, Carmela y otro c. Transporte Nueva Chicago CISA y otro s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B30690.

(1034) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 107.

(1035) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, ps. 687-690.

La aproximación de los indicios entre sí es una operación de síntesis que completa su interpretación individual y consiste en extraer las relaciones entre los diversos indicios, para deducir de su concordancia o discordancia una conclusión probatoria<sup>(1036)</sup>.

Los hechos indicadores se apoyan unos a los otros<sup>(1037)</sup>, en tanto que valen mucho menos por el significado de cada indicio en particular que por el del conjunto de indicios: allí, donde uno solo no alcanza a ser probatorio, una pluralidad concordante es concluyente<sup>(1038)</sup>.

Solo adquieren todo su sentido por su vinculación y toda su fuerza por su conjunto en virtud de aportar cada uno su rayo de luz y de unir los eslabones de la cadena<sup>(1039)</sup>.

Así lo ha señalado el Alto Tribunal de la Nación: la eficacia de la prueba de indicios depende de la valoración conjunta que se haga de ellos según su diversidad, correlación y concordancia, pero no su tratamiento particular, pues, por su misma naturaleza, cada uno de ellos no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo, sino que este deriva frecuentemente de su pluralidad<sup>(1040)</sup>.

También lo ha indicado el Alto Tribunal bonaerense: cada uno de los indicios probados puede reflejar un hecho poco relevante o casual; la suma de todos ellos, su correcta acreditación (debidamente probados), la coherencia intrínseca que exhiben (concordancia), la posibilidad de atribuirles una orientación común (univocidad), la inexistencia de factores acreditados que los debiliten (no hay contra indicios), etc., conforman un conjunto contundente y homogéneo de hechos indiciarios<sup>(1041)</sup>.

Por último, es posible que de los mismos hechos puedan inducirse diversos argumentos o motivos de los cuales unos confirmen y otros infirmen la conclusión adoptada, sin que por ello conduzcan a otra; es decir, simples argumentos que no descartan los indicios pero que ponen

---

(1036) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 269.

(1037) Lazzaroni, Luis J., "Indicios...", cit.

(1038) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 263.

(1039) *Ibidem*, ps. 269, 281 y 289.

(1040) CS, Fallos 314:346.

(1041) Sup. Corte Bs. As., 8/11/2006, "Saborido, Susana R. c. Couyet, Luis J. y otros/simulación de acto jurídico", JUBA, sumario B28717 y 19/10/2016, "Camuyrano, Mario y otra c. Camuyrano, Patricia y otros. Acción de colación", JUBA, sumario B4202581.

en tela de juicio la certeza de la conclusión, si subsisten al hacerse su estudio global y coordinado<sup>(1042)</sup>.

Y, obviamente, amén de ser ponderados en su relación entre sí, la prueba indiciaria debe ponderarse en el contexto general de la causa y los demás elementos probatorios allegados a ella<sup>(1043)</sup>.

Estamos así ante una consecuencia del principio de *unidad de la prueba* que ya hemos analizado en otro lugar.

### 9.7.8. La inferencia presuncional

Efectuada esta labor, y como correlato de los diversos elementos aportados y sus características, se puede llegar a efectuar la inferencia presuncional: el paso reductivo que va desde los indicios al hecho que se admite, la que debe resultar resulte ágil, espontánea o intuitiva<sup>(1044)</sup>.

### 9.8. Postrimerías de la inferencia indiciaria (1): explicitación suficiente del sendero recorrido

En el singular mecanismo que implica la prueba presuncional cobra inusitada relevancia plasmar, *de manera adecuada y suficiente*, cuál ha sido el razonamiento seguido para establecer la presunción.

Así lo viene reclamando la doctrina<sup>(1045)</sup>.

Dice Muñoz Sabaté que una presunción deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal la ha establecido.

Esta exigencia interesa a la probática en la medida en que posibilita un control del razonamiento humano y es un punto más que abona la bondad de esta prueba frente a los medios denominados directos cuya evidencia pueda asumir el juez sin necesidad de motivación alguna, y la argumentación debe extenderse incluso a las infirmaciones, lo que se

---

(1042) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, ps. 666-667.

(1043) C. Apels. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 9/3/1994, "Martínez, Odemar C. c. Vener Merello, Luis A.," JA 1995-I-síntesis.

(1044) Sup. Corte Bs. As., 15/10/2008, "Jara, Juan R. y otra c. San Nicolás SRL s/ daños y perjuicios", JUBA, sumario B30144; C. Civ. y Com. San Nicolás, 17/10/2006, "Baicochea de Preis, Nora c. Natalichio, Rubén D. y otro s/incidente - acción de simulación", JUBA, sumario B857652.

(1045) Gutiérrez Barrenengoa, Ainhoa - Larena Beldarrain, Javier - Monje Balmaseda, Oscar - López Blanco, Jorge, *El proceso...*, cit., p. 265.

hace obviamente ineludible cuando ellas han sido expuestas por la parte a quien perjudica la presunción<sup>(1046)</sup>.

Parra Quijano esquematiza los elementos mínimos que debe contener la explicación: a)Cuál es el hecho base; b) la regla de la experiencia (que muchas veces es obvia y por ello no requiere explicitarse); c) la inferencia, es decir, el raciocinio; y d) el hecho indicado.

Si el funcionario toma naturalísticamente los hechos y hace un simple inventario, o se limita a decir “aquí hay indicios”, o se atreve a calificarlos sin decir por qué, está tomando la decisión sin pruebas.

Cuando el juez solo narra el hecho indicador, no está tomando la decisión con base en pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso<sup>(1047)</sup>.

### **9.9. Postrimerías de la inferencia indiciaria (2): las partes frente a la presunción**

Puede ser que los justiciables decidan impugnar el temperamento adoptado por el judicante, mediante los recursos y remedios del caso.

En este sentido tendrán múltiples posibilidades.

Cuestionar la forma en que se tuvieron por acreditados los hechos base de la presunción; atacar las reglas lógicas o experienciales utilizadas, o la forma en que se las utilizó; embestir contra los recaudos individuales (precisión o gravedad) o globales (concordancia) de los indicios; argumentar con sustento en la existencia de hechos infirmantes o contraindicios; entre muchas otras posibilidades.

Pero hay algo que las partes nunca pueden hacer: olvidar que están ante prueba presuncional.

En tal sentido se ha dicho que si se tuvo por acreditado un hecho sobre la base de prueba de presunciones o indicios que por su número, precisión, gravedad y concordancia formaron la convicción del juzgador, evidencia una errónea técnica recursiva cuestionar uno a uno los elementos considerados, cuando el medio probatorio de esta naturaleza lo constituyen tales indicios o presunciones tomados globalmente y no en particular<sup>(1048)</sup>.

---

(1046) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., p. 105.

(1047) Parra Quijano, Jairo, *Manual...*, cit., ps. 674-675.

(1048) Sup. Corte Bs. As., 26/11/1985, “Rolón, Ladislao c. Caniza, Antonio y otros s/nulidad de escritura por simulación”, AyS 1985-III-542; 9/4/1991, “Rodrigo, Manuel A. c. Rodrigo de Reguero, María A. s/simulación y nulidad de escritura pública y co-

## 9.10. Un indicador muy específico: el indicio endoprosesal (valoración probatoria de la conducta procesal de las partes)

### 9.10.1. Introducción

Bien nos llama la atención la doctrina acerca de que la conducta exteriorizada por las partes a lo largo del proceso puede ser apreciada en un doble aspecto: uno sancionatorio y otro probatorio<sup>(1049)</sup>.

La ponderación de la conducta de las partes desarrollada a lo largo del proceso no es, en realidad, algo nuevo.

Muy bien nos recuerdan los autores que se han ocupado del tema la salomónica decisión sobre la maternidad del disputado niño, fundada, *únicamente*, en la conducta procesal de las adversarias<sup>(1050)</sup>.

En nuestro medio, ya Alsina venía reconociendo que la actitud que asume una parte en el proceso puede constituir un antecedente que decida la opinión del juzgador<sup>(1051)</sup>.

Es, dice la doctrina, un proceso natural en la mente del hombre-juez, que independientemente de su objetividad y visión juzgadora, valora, aun en forma inconsciente, el comportamiento que las partes tuvieron en el proceso a la hora de fallar y como consecuencia, ineluctable, de la valoración de la prueba en función de las reglas de la sana crítica<sup>(1052)</sup>.

Obviamente que, al juez, como hombre, no puede serle totalmente indiferente la forma en que las partes se han comportado a lo largo del litigio y en alguna medida, incluso inconscientemente, ello incidirá en el enfoque que adopte acerca del tema discutido.

---

lación de bien”; 24/8/1993, “Dominique, Román R. c. Francisco, Laurentino y otros s/división de condominio”; 4/2/1997, “Ves Losada, Ma. Luisa c. Maidana, Dora B. s/ desalojo por intrusión”, JUBA, sumario B6657; 2/9/1997, “Alfredo Álvarez e Hijos SC; Álvarez Manín, Carlos A.; Álvarez Manín, Hugo A.; Álvarez Manín, Roberto O.; Álvarez Manín, Gustavo E. y Álvarez, Alfredo (su sucesión) s/incidente de exclusión definitiva del inmueble”; 21/10/1997, “Zanlonghi de Menta, Elvira M. c. Quiroga, Jorge A. y otro s/nulidad de acto y daños y perjuicios”; 9/8/2000, “Kosto, Alberto M. c. Sestay, Carlos J. s/nulidad de instrumento privado”, JUBA, sumario B21540.

(1049) Masciotra, Mario, “La conducta procesal de las partes y su valor probatorio”, *Revista de Derecho Procesal*, 2005-2 (Prueba II), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

(1050) Lépori White, Inés, “La conducta procesal de las partes y los medios de prueba”, JA 2004-II-1034; en el texto bíblico 1 Reyes 3:16-28.

(1051) Alsina, Hugo, *Tratado...*, cit., t. III, p. 683.

(1052) Tepsich, María B., “Valor vinculante de la conducta procesal de las partes en el proceso civil”, JA 2004-II-1085.



Será menester dirigir la mirada hacia el interior del proceso, centrar la atención en las fojas del expediente que documenten fehacientemente el comportamiento ritual de las partes e indagar si los contendientes fueron dejando (quizás inadvertidamente) evidencias computables<sup>(1053)</sup>.

Hablamos, entonces, de la valoración de la conducta procesal de las partes en el terreno probatorio.

### 9.10.2. *Naturaleza*

Aunque el tema, como ya lo hemos visto, se remonta a épocas pretéritas no existe, en nuestro ámbito, opinión pacífica acerca de su naturaleza.

Según buena parte de la doctrina la conducta de las partes constituye un indicio<sup>(1054)</sup>, tesis seguida jurisprudencialmente<sup>(1055)</sup>, al par que se hace referencia —en otros casos— a un valor presuncional<sup>(1056)</sup>, que —como lo hemos visto en los puntos precedentes— deja aquella indisolublemente ligada a los indicios.

Leguisamón, mientras tanto, la considera un elemento de carácter general; una suerte de indicio genérico que hace a la pretensión toda o a alguna si son varias acumuladas e inclina a pensar en la razón o sinrazón de alguno de los contrincantes, de modo que coadyuva a la valoración

(1053) Ferrer, Sergio E., “Fuerza probatoria de la conducta procesal”, LLC 1993-707.

(1054) Acosta, Daniel F., “La conducta procesal de las partes como concepto atinente a la prueba”, JA 2004-II-1019; Arazi, Roland, *La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica*, 2a ed. actualizada y aumentada, La Rocca, Buenos Aires, 1998, p. 150; Colombo, Carlos J. - Kiper, Claudio M., *Código Procesal...*, cit., t. II, p. 181; Cornero, Guillermina, “Valor probatorio de la conducta procesal”, JA 2004-II-1054; Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 618; Fenochietto, Carlos E. - Arazi, Roland, *Código Procesal...*, cit., t. 2, p. 570; Ferrer, Sergio E., “Fuerza probatoria...”, cit.; Lazzaroni, Luis J., “Indicios...”, cit.; Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto L. - Berizonce, Roberto O., *Códigos Procesales...*, cit., t. II C, p. 17.

(1055) C. Civ. Com. y Cont. Adm. San Francisco, 23/2/1996, “Pugno, Luis A. c. El Comercio de Córdoba Cía. de Seguros”, LLC 1996-647; CNCom., sala A, 18/4/1997, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Farías, Ángel A.”, LL 1998-C-55; C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2a, 18/11/1997, “Lilli, Ma. del Carmen c. Guardamagna Carlos A. s/ejecución hipotecaria”, JUBA, sumario B1402215, y 30/12/1999, “Valentini, Patricia E. c. Banca Nazionale del Lavoro s/acción de amparo”, ED 189-243; C. Civ. Com. Lab. y Paz Letr. Curuzú Cuatiá, 6/5/2005, “M., V. D. c. G., E. V.”, LLL 2005 (diciembre), 1194; CNCiv., sala J, 30/9/2005, “C., E. L. y otro c. R., F. D.”, LL 2006-A-285; C. Civ. y Com. Rosario, sala 1a, 24/4/2008, “Repsol Yacimientos Petrolíferos Fiscales Gas c. Controlator SRL”.

(1056) C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2a, 26/12/2002, “Stocker, Irene C. y otro c. Northlands Asociación Civil de Beneficencia”.

final y a la apreciación definitiva de los demás elementos que el proceso ofrezca<sup>(1057)</sup>.

Hay quienes la consideran un medio de prueba distinto de los tradicionalmente conocidos<sup>(1058)</sup>.

Hay quienes las consideran argumentos de prueba<sup>(1059)</sup> (recordemos que por tales hemos tenido a los motivos que hacen reconocer el valor o la fuerza probatoria a un medio de prueba o a varios en conjunto).

Otros autores señalan que no constituye ni medio, ni fuente, ni argumento de prueba y que el juez puede tomar como elemento de convicción la conducta de las partes en virtud del principio procesal de adquisición en su concepción amplia (que opera respecto de todos los actos que las partes cumplen)<sup>(1060)</sup>.

También se postula que el juez extrae de la conducta procesal de las partes elementos de convencimiento corroborante de las demás pruebas y que no existe consecuencia rigurosa de un hecho a otro, como ocurre en el ámbito de las presunciones, e incluso falta el hecho desconocido como punto de arribo<sup>(1061)</sup>, y de este modo divorcia aquella de la prueba indiciaria.

Falcón sostiene que en el proceso civil la conducta obra como un elemento de convicción, pero siempre complementario y eventualmente corroborante de la prueba<sup>(1062)</sup>.

El distingo con la inferencia presuncional y la consideración como elemento de convicción corroborante de las pruebas ha encontrado prédica en la doctrina de nuestros tribunales<sup>(1063)</sup>.

---

(1057) Leguisamón, Héctor E., *Las presunciones...*, cit., p. 168.

(1058) Lépori White, Inés, "La conducta...", cit.; Rambaldo, Juan A., "La conducta procesal de las partes como medio de prueba", JA 2004-II-1047.

(1059) Ferreyra de la Rúa, Angelina - González de la Vega de Opl, Cristina, "La conducta procesal de las partes", LL 1995-C-301.

(1060) Peyrano, Marcos L., "La valoración de la conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal: su verdadera naturaleza jurídica", JA 2004-II-1042.

(1061) Maurino, Alberto L., "La conducta procesal de las partes como elemento de convicción judicial. Posibilidad de inferir argumentos de prueba", JA 2003-II-948.

(1062) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. II, p. 469.

(1063) CNCiv., sala F, 9/3/1982, "E., E. del C. c. L. C., R.", LL 1983-A-272; CNTrab., sala 1a, 30/10/1987, "Gallardo, José A. c. Taller Mecánico General Hornos SRL", DT 1988-B-75; CNCom., sala D, 13/12/1995, "Muñiz Marengo, Silvina E. c. Taboada, Mariana S.", JA 1997-I-187; C. 2a Civ. y Com. Paraná, sala 2a, 27/5/1997, "Carrizo, Jorge T. c. Sociedad Rural Victoria y/u otros", LLL 1998-2-23; LL 1998-F-859; CNCiv., sala F,

Sin dudas, el tema no es dócil.

Es bueno, como muestra de ello, sondear la autorizada opinión de Peyrano.

En un primer trabajo suyo, consideró que en puridad no estamos ante un indicio probatorio pues el comportamiento de los litigantes no viene a confirmar tal o cual hecho y su relevancia para la suerte del pleito es otra: ejerce influencia sobre el ánimo del juzgador, contribuyendo a formar su convicción, y entonces se trata ni más ni menos que de una fuente de convicción<sup>(1064)</sup>.

Luego su postura se modificó y terminó por admitir —teniendo en cuenta el emplazamiento del art. 163, inc. 5º, Cód. Proc. Civ. y Com.— que en tal articulado la conducta procesal sería un indicio<sup>(1065)</sup>.

Pero aun recientemente ha persistido en sus dudas acerca de si se trata de un indicio, al señalar que en ciertas oportunidades la conducta procesal de alguno de los litigantes no deriva en que el tribunal tenga por probado tal o cual hecho o circunstancia sino tan solo en la formación de una convicción judicial apoyada en síntomas reveladores del lugar en el que están la razón y el derecho<sup>(1066)</sup>.

Incluso hay quienes consideran que su naturaleza es tan flexible que le permite ingresar tanto en la categoría de fuente de prueba (indiciaria) o elemento corroborante de las producidas como elemento de convicción, dentro de las reglas del sistema de la sana crítica<sup>(1067)</sup>, en dependencia de la importancia, relevancia o el tipo de conducta a analizar<sup>(1068)</sup>.

La jurisprudencia adhiere a tal postulación<sup>(1069)</sup>.

---

22/9/1998, “A. de B., M. A. y B., Ch.”, LL 2000-A-552; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2a, 26/12/2002, “Ferraro, Liliana y otro c. Herrera, Anita B.”.

(1064) Peyrano, Jorge W., “Valor probatorio de la conducta procesal de las partes”, LL 1979-B-1049.

(1065) Peyrano, Jorge W., “A fuer de sinceros... (a propósito de una monografía sobre el valor probatorio de la conducta en juicio)”, LL 1985-D-847.

(1066) Peyrano, Jorge W., “La conducta procesal como elemento de convicción favorable a su autor”, JA 2004-II-1016.

(1067) Prat, Hernán V., “La valoración de la conducta de las partes en el proceso civil”, DJ 2007-II-94.

(1068) Tepsich, María B., “Valor vinculante...”, cit.

(1069) C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 2a, 11/3/2003, “Páez, Leonor E. c. Jiménez, César I. s/filiación de la menor Páez, Estefanía M.”.

Esta última idea es interesante y, creemos, resulta la que mejor se acomoda a la esencia del maleable instituto en la praxis.

No lo encorseta y le permite andar libre, ofreciéndonos toda su funcionalidad.

Veamos:

En algunos casos el comportamiento procesal de las partes aparecerá razonablemente vinculado con los hechos llamados a constituirse en objeto de la litis y la prueba.

Aquí puede encajar naturalmente dentro del concepto de indicio<sup>(1070)</sup>.

Serán conductas de las que, lógicamente, pueda inferirse la existencia o inexistencia de los hechos aducidos en la litis.

Se requerirá, entonces, identificar expresamente la conducta y, luego, enlazarla lógicamente, a través del test de las máximas de la experiencia, con el hecho a inferir<sup>(1071)</sup>.

Estaremos aquí en el terreno de los indicios.

Pero, a su vez, en otras circunstancias solo alcanza a constituir una conjetura o una inferencia, en cuyo caso será tenido por el juez como elemento de convicción<sup>(1072)</sup>.

En estos casos la conducta procesal carece de cualidad indiciaria o potencia sindrómica, aunque puede válidamente jugar como regla de valoración o apreciación de las restantes pruebas, como tal, integrante del sistema de la sana crítica.

Aquí la conducta procesal vendría a configurar ese elemento de convicción corroborante de las pruebas a que hace referencia el art. 163, inc. 5º, Cód. Proc. Civ. y Com., un hecho que permite analizar la eficacia de las pruebas producidas<sup>(1073)</sup>.

En virtud de amalgamar ambas pautas, Kielmanovich critica la redacción del citado artículo, del cual dice que es poco feliz, particularmente en lo que hace a la caracterización del comportamiento procesal como corroborante de las pruebas, que si bien será normalmente el

---

(1070) Kielmanovich, Jorge L., "La conducta procesal de las partes como prueba en el proceso civil", LL 1985-B-1022 y *Teoría...*, cit., p. 652.

(1071) Cornero, Guillermina, "Valor probatorio...", cit.

(1072) Tepsich, María B., "Valor vinculante...", cit.

(1073) Kielmanovich, Jorge L., "La conducta...", cit., p. 1221.

resultado de ella como fuente de presunciones simples, no necesariamente se limitará a reforzar las restantes pruebas, pues la conducta en estudio podrá adquirir la naturaleza de prueba completa *per se*, aun sin la presencia de otros medios probatorios, materia que no depende de previsión normativa sino del prudente arbitrio del magistrado en el proceso de valoración de la eficacia de la prueba<sup>(1074)</sup>.

### 9.10.3. *Funcionamiento indiciario de la conducta procesal*

Veamos, ahora, cómo opera a modo de indicio el comportamiento desplegado a lo largo del proceso, en correlación con todo lo dicho hasta aquí acerca de la prueba de presunciones.

#### 9.10.3.1. *Acotando el tema*

Lo primero que debemos tener en cuenta es que aquí nos estamos refiriendo al comportamiento *procesal*, y así se diferencia del supuesto en el que lo que se pondera es el comportamiento extraprocesal de los litigantes<sup>(1075)</sup>.

#### 9.10.3.2. *El hecho indicador (y sus particularidades)*

El hecho indicador será la conducta llevada a cabo en el seno del proceso, en el mismo que se está desarrollando o en otro conexo<sup>(1076)</sup>.

En el primer caso, su existencia es indudable en cuanto es percibido directamente por el juez<sup>(1077)</sup>; en el segundo será necesario que él sea traído por las partes o por el mismo juez.

Al margen de ello, debemos efectuar una necesaria aclaración, *eminentemente pragmática*, relativa al ofrecimiento probatorio.

Si se tratare de la conducta llevada a cabo en el mismo proceso, se ha dicho que no es necesario su ofrecimiento formal para que sea traída desde afuera, porque los hechos objeto de la observación están en el expediente (como soporte material del proceso); es decir que son pruebas producidas en autos que ingresan al expediente por la dinámica propia

---

(1074) Ídem.

(1075) Peyrano, Jorge W., "La conducta...", cit.

(1076) Prat, Hernán V., "La valoración...", cit.; Pereira Marques, Silvina, "Reflexiones acerca de algunos aspectos de la valoración de la conducta procesal de las partes desplegada en procesos distintos (conexos o no)", JA 2004-II-1079.

(1077) Mendelewicz, José D. - Garona Dupuls, Ana P., "La prueba ...", LL 2000-D-452.

del proceso y que en la mayoría de los casos se producen de manera instantánea y no previsible<sup>(1078)</sup>.

Bien lo explica la doctrina: estamos frente a una prueba totalmente atípica, que surge espontáneamente del comportamiento exteriorizado por los litigantes en las diferentes etapas procesales y que el juez no puede ignorar; está en el proceso, sometida a su percepción y debe ser objeto de valoración por él<sup>(1079)</sup>.

Tal circunstancia (que no se la incorpore de la forma prevista en tal período del *iter* procesal) no hace mella en su esencia probatoria<sup>(1080)</sup>.

Si dejamos atrás estas cuestiones, advertimos al lector de que la doctrina viene señalando que la adopción de la conducta procesal a modo de indicio reconoce un límite: el comportamiento procesal no podría ser tomado como prueba indiciaria cuando se hallase legítimamente justificado o constituyese el ejercicio funcional de un derecho o prerrogativa procesal<sup>(1081)</sup>.

Peyrano advierte que no cualquier mentira descubierta o actitud desleal pueden erigirse en elementos de convicción desfavorables para los autores de dicha conducta y sugiere a los magistrados a que, aparte de prudentes, sean también extremos en orden a verificar si realmente corresponde aplicar la doctrina del valor probatorio de la conducta en juicio de las partes<sup>(1082)</sup>.

Por nuestra parte no compartimos los reparos: la conducta bien puede estar justificada o ser el ejercicio funcional de un derecho e, igualmente, revestir determinada eficacia acreditativa.

Las mentiras o actitudes desleales generalmente (*y salvo casos excepcionalísimos*) tendrán una notoria potencialidad indicativa y la prudencia, en definitiva, no es más que el rigor científico que debe prevalecer en la ponderación de cualquier prueba indiciaria.

---

(1078) C. Civ. y Com. Morón, sala 2a, 3/5/2005, "S. E. E. c. S. S. B. y otros s/desafectación de bien de familia", inédito.

(1079) Masciotra, Mario, "La conducta...", cit.

(1080) Acosta, Daniel, "Valoración de la conducta procesal. Posibilidades y límites", LL Sup. Cuestiones Procesales Modernas 2005 (octubre), p. 3.

(1081) Kielmanovich, Jorge L., "La conducta...", cit.; *Teoría...*, cit., p. 656 y "Valor probatorio de la conducta procesal de las partes", ponencia al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, 2003 (junio), Paraná, Entre Ríos. *Libro de ponencias*, p. 310.

(1082) Peyrano, Jorge W., "Límites de la doctrina del valor probatorio de la conducta procesal de las partes", LL 1990-E-892.

Bien ha reflexionado el Tribunal Superior cordobés sobre el tema al señalar, en materia de valoración de la conducta procesal, que despojar de trascendencia a un dato objetivo del proceso (en el caso, notoria contradicción al negarse un hecho y luego confesarlo), mediante una actitud indiferente del órgano jurisdiccional, importaría un acto voluntario y consciente de falta de visión objetiva de la realidad, lo que en la escuela tomista se denomina falsa prudencia: si el rigorismo consciente que oculta la verdad sustancial es una infracción a lo prudencial, por eso mismo es también una infracción a la justicia<sup>(1083)</sup>.

Sí comulgamos, en cambio, con Acosta cuando postula que el hecho de que una parte no pruebe tiene su relevancia en la medida que sobre dicha parte recayera la carga de la prueba, pero extraer, además, una inferencia adicional, a partir de su mensuración como indicio derivado de su conducta procesal, es potenciar el hecho indebidamente; salvo que exista un indicio en contra del renuente, que se imponga desvirtuar<sup>(1084)</sup>.

Dejando atrás estos reparos y trabajando sobre la génesis del indicio endoprosesal, según Muñoz Sabaté su producción puede ser *provocada* por el propio operador jurídico a modo de reactivo administrado sobre un sujeto, generalmente la parte (tal como sucede en el bíblico juicio de Salomón y las dos madres); puede ser sencillamente *inducida*, lo que acontece cuando en la fórmula probática se incluyan proposiciones de prueba sobre determinados hechos aparentemente ajenos al debate probático pero que el proponente juzga con alta valencia semiótica; o puede ser *espontánea*, cuando nace y es aprehendido merced a la dialéctica del proceso, ocasionalmente proclive a emitir *desprendimientos indiciarios*<sup>(1085)</sup>.

Señala la doctrina, en postura que también compartimos, que el juez puede y *debe* escudriñar el proceder del participante en la contienda judicial, a fin de extraer elementos de convicción que arrojen luz sobre la controversia que se apresta a componer<sup>(1086)</sup>.

Recalcamos el *deber*.

El juez no solo *puede* valorar la conducta procesal de las partes, sino que tiene *el deber* de hacerlo, tal la virtualidad que aquí le estamos asignando, dado su carácter (*generalmente*) de hecho indicador percibido

---

(1083) Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., 26/11/1997, "Ceballos, Rubén E. y otra c. Ardiles, Efraín M.", LLC 1998-241.

(1084) Acosta, Daniel, "Valoración...", cit.

(1085) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., p. 107.

(1086) Ferrer, Sergio E., "Fuerza probatoria...", cit.



directamente por él y restando solo corroborar si, a través de alguna regla lógica o experiencial, determinado proceder puede estar vinculado, de alguna manera, con los hechos principales que constituyen la *quaestio facti*.

Obviamente que, en muchos casos, carecerá de potencialidad indicadora, de virtualidad como elemento de convicción y de interés probático, pero para ello necesariamente el juez tuvo que haberla ponderado a través de su tamiz valorador.

#### 9.10.3.3. *El vínculo entre el hecho indicador y el hecho indicado: ensayo de la máxima de la experiencia aplicable*

Quizás este sea el paso más complejo de la inferencia:

Se trata de vincular, *lógica o experiencialmente (sana crítica)*, el hecho indicador (conocido) que constituye la conducta procesal con el hecho a determinar.

En primer lugar, vamos advirtiéndolo al lector de que la conducta procesal puede ser valorada como elemento perjudicial (*que es lo más común*) o favorable (*no es esto tan frecuente*) a su autor<sup>(1087)</sup>.

Bifurquemos ambas posibilidades.

Cuando es valorada como un elemento de convicción *favorable a su autor* se tiene en cuenta la constancia, perseverancia y coherencia en la postulación<sup>(1088)</sup>.

En estos casos será un buen elemento del que el juez podrá valerse al encontrarse con materias que ostenten dificultades probatorias (*favor probationes*).

De la lealtad, sinceridad, probidad, buena fe, veracidad, plenitud, el juez puede derivar pautas de convencimiento<sup>(1089)</sup>.

Así, por ejemplo, la concurrencia al proceso con un relato absolutamente verídico (*más aun si en parte le resulta desfavorable e igualmente lo reconoce*); el esfuerzo para lograr la acreditación de determinado hecho, que por razones ajenas no llegue a buen puerto; el espíritu de colaboración con el órgano jurisdiccional; la puesta a disposición del tribunal

---

(1087) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. II, p. 618; Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., p. 111; Maurino, Alberto L., "La conducta...", cit.

(1088) Acosta, Daniel, "Valoración...", cit.

(1089) Maurino, Alberto L., "La conducta...", cit.

de todo el material fáctico con el que se cuenta; la contribución a que el proceso se lleve a cabo con mayor celeridad; la contribución al saneamiento de actos procesales viciados, son todas conductas que —según la experiencia lo indica— suele asumir quien tiene de su lado la razón, y está convencido de ello.

Un indicador fundamental sería, por ejemplo, el esfuerzo y la contracción para diligenciar determinado medio de prueba, importante para el proceso, que a la postre se frustra por razones que le son ajenas.

Es obvio que si alguien pone (objetivo) empeño en el aporte de una prueba al proceso es porque ella (*probablemente*) le resulte favorable; más color tomaría el tema, incluso, si se tratare de extremos de dificultosa acreditación.

Veamos ahora el otro caso, es decir, cuando la conducta se computa como elemento *perjudicial* para quien la despliega.

Trabajaremos con base en un catálogo de posibilidades y luego, junto con la doctrina, intentaremos explicitar una pauta más genérica.

Los autores<sup>(1090)</sup> nos hablan de las siguientes posibilidades, que vamos contextualizando con la postura asumida por los tribunales al respecto.

a) Conducta omisiva: Se presenta en varias modalidades: la negativa genérica; falta de contestación; pasividad y ocultación de hechos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tomado en cuenta la conducta procesal del sindicado indiciariamente como responsable del accidente, que se abstiene de aportar una versión propia, limitándose a negar los hechos<sup>(1091)</sup>.

También se ha ponderado la conducta del demandado por filiación que se limita a negar los hechos invocados en la demanda y no aporta prueba alguna tendiente a descartar la paternidad que se le atribuye<sup>(1092)</sup>.

Es la denominada *infinitatio*, o negativa genérica al contestar la demanda, que si bien es plenamente admisible y aceptable en aquellas situaciones en que se da un real desconocimiento de los hechos, es importante que el juez valore —en las circunstancias especiales de cada caso— el fundamento de esta extrema falta de colaboración procesal<sup>(1093)</sup>.

---

(1090) Cornero, Guillermina, “Valor probatorio...”, cit.

(1091) Fallos 324:115.

(1092) C. Apels. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 6/8/1997, “B., N. B. y otra c. P., D. A.”, LL 1999-B-858.

(1093) Tepsich, María B., “Valor vinculante...”, cit.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha computado la infracción al deber de colaboración para llegar a la verdad jurídica objetiva apuntando —con cita a Morello— que el juez de acuerdo con las particularidades del caso y a la conducta obrada por las partes reparará en la quiebra del deber de cooperación, el cual hará jugar contra el infractor y, para expresarlo con las palabras del art. 163, inc. 5º, apart. 2º, Cód. Proc. Civ. y Com., esa falta de cooperación activa, entre otras matizaciones, traduce la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso y podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, inclusive los indicios y presunciones, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones. Añade que si bien el Código procesal provincial no contiene igual precisión ella constituye un principio general del derecho<sup>(1094)</sup>; análoga línea argumental ha seguido la jurisprudencia de esa circunscripción territorial<sup>(1095)</sup>.

Una de las expresiones más patentes del principio de colaboración procesal y de la valoración de la conducta está dada por, justamente, el comportamiento puramente omisivo del litigante en aquellas situaciones donde su accionar permitiría el esclarecimiento de los hechos<sup>(1096)</sup>.

En tal sentido se ha asignado significativo valor probatorio a la conducta procesal de una de las partes, en cuanto manifiesta carecer de bienes inmuebles y omite cumplir con el deber de colaboración procesal, a fin de tener por acreditado el estado de insolvencia<sup>(1097)</sup>.

Análogamente, y en materia de alimentos, se ha sostenido que la posición negativa en que se coloca el demandado al no indicar expresamente a cuánto ascienden sus ingresos es rehusar al órgano jurisdiccional la colaboración debida para el logro de la solución que mejor armonice los diversos intereses involucrados, al tiempo que es razonable que este ocultamiento no redunde en beneficio de quien lo practica<sup>(1098)</sup>.

---

(1094) Sup. Corte Bs. As., 31/3/2004, “Abdelnur de Molina, Amalia B. c. Meroni, José A. y otro s/incumplimiento de contrato y daños y perjuicios”.

(1095) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 1a, 29/4/2002, “Mancinelli, Bruno A. c. Sierra Chica SA s/cobro de pesos”, JUBA, sumario B254464.

(1096) Tepsich, María B., “Valor vinculante...”, cit.

(1097) C. Civ. y Com. Azul, sala 2a, 30/11/2004, “Benthencourt, Claudia R. c. Acebal, Eugenia E.”, LLBA 2005 (marzo), 192.

(1098) C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2a, 5/11/1991, “L. S. c. S. W. s/alimentos”, JUBA, sumario B1750080.

b) Conducta oclusiva. Que también tiene diversas manifestaciones: destrucción de prueba; negativa a suministrar prueba; interferencia en el derecho de probar de la parte contraria.

Así, por ejemplo, se pondera la negativa a someterse a una pericia médica<sup>(1099)</sup>, a prestarse a una extracción hemática<sup>(1100)</sup>, a exhibir libros al perito y el ocultamiento de elementos probatorios de singular eficacia<sup>(1101)</sup>, la ausencia de todo detalle de las actividades lucrativas desarrolladas por el demandado en un proceso de alimentos<sup>(1102)</sup>; propósito que —según nuestros tribunales— produce una vehemente convicción en contra de la postura asumida por el reticente en el proceso<sup>(1103)</sup>.

También se han ponderado los actos positivos de las partes tendientes a obstaculizar la realización de determinada prueba<sup>(1104)</sup>.

En estos casos, inclusive, sería bueno contextualizar este proceder con el de la otra parte, quizás interesada en la producción de la prueba y esforzada en tal sentido.

c) Conducta hesitativa o contradictoria. Es la prueba de la “intercadencia”, aunque no cualquier síntoma de vacilación tiene relevancia probatoria, pues el litigante puede formular hipótesis diversas del desarrollo de los hechos, puede deducir defensas eventuales, puede cambiar de actitud durante el proceso por razones tácticas, sin que esto constituya prueba en su contra.

La jurisprudencia ha entendido que las alegaciones que exteriorizan en el proceso notorias contradicciones y favorecen así la ambigüedad sobre el acontecer del suceso<sup>(1105)</sup>, descalifican a la parte que las emite<sup>(1106)</sup>.

---

(1099) CNCiv., sala D, 1/8/1983, “V., L. R. c. G., C. A.”, LL 1983-D-547.

(1100) C. Apels. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 6/8/1997, “B., N. B. y otra c. P., D. A.”, LL 1999-B-858; C. Civ. Com. Lab. y Paz Letr. Curuzú Cuatiá, 6/5/2005, “M., V. D. c. G., E. V.”, LLL 2005 (diciembre), 1194.

(1101) C. Civ. y Com. Fed., sala 2a, 23/12/2003, “Ferrum SA de Cerámica y Metalurgia c. Starik, Sergio y otro”, RCyS 2004-716.

(1102) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualaguaychú, sala I, 10/10/2019, “C. V. M. c. E. M. D. s/ Alimentos”, LL Online AR/JUR/51552/2019.

(1103) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 19/2/2004, “Zavalla Moreno SA c. Carpintería Bell s/cobro sumario”, JUBA, sumario B301215.

(1104) C. Civ. Com. y Cont. Adm. San Francisco, 23/2/1996, “Pugno, Luis A. c. El Comercio de Córdoba Cía. de Seguros”, LLC 1996-647.

(1105) CNCiv., sala B, 4/10/2002, “Avala Ávalos, Evarista c. El Puente SA de Transporte y otros”, DJ 2003-1-239.

(1106) CNCom., sala B, 19/6/1997, “Fernández, Luis c. Pueblas, Daniel O. y otro”, LL 1997-F-327.

De ahí la importantísima relevancia que debe tener la claridad en la exposición de los hechos, carga impuesta en beneficio del propio interés, porque un relato ambiguo, contradictorio o incoherente puede llegar a constituirse en fuente de convicción para el juez de la sinrazón de los postulados de quien lo efectúa<sup>(1107)</sup>.

En tal contexto, la intercadencia se da cuando una misma parte ofrece versiones distintas acerca de un mismo hecho y tiene la virtualidad de debilitar la posición procesal de quien ha incurrido en ella; y este tipo de conducta, contraria al principio de buena fe y a sus propios actos anteriores y jurídicamente relevante (teoría de los propios actos), es plenamente computable como elemento de cargo contrario a sus pretensiones<sup>(1108)</sup>, al tiempo que le está permitido al tribunal tomar de las varias versiones de la parte autocontradictoria la que más favorece a la posición de su ocasional contraria<sup>(1109)</sup>, en tanto que es lógico y razonable que el juez extraiga argumentos de prueba en contra del incurso en autocontradicción<sup>(1110)</sup>.

d) Conducta mendaz: Incluye tanto la mentira única como el hábito de mentir.

Se ha considerado un grave indicio desfavorable para la defensa el hecho de que una de las varias negativas incluidas en la contestación de demanda haya sido desmentida por prueba directa, porque queda en duda la probidad de quien se manifestó de esta manera y así está autorizado el tribunal para tomar escépticamente las restantes negativas<sup>(1111)</sup>.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba ha señalado que no puede escapar al ánimo del juzgador la discordancia existente entre la negativa genérica prestada en oportunidad de contestar la demanda y la posterior confesión del propio accionado acerca de la existencia del hecho y su participación activa en él<sup>(1112)</sup>.

---

(1107) Tepsich, María B., "Valor vinculante...", cit.

(1108) C. Civ. y Com. Morón, sala 2a, 15/12/2005, "Spivak, Daniel y otra c. Espinosa, Gabriel y otra s/daños y perjuicios"; 11/4/2006, "Cardona, Graciela N. c. Arouh, Carlos A. y ot. s/ds. y ps."; 26/12/2006, "Darvich, Patricia E. c. Pross, Oscar D. y otro s/reivindicacion" y 13/3/2007, "Contreras, Norma H. y otras c. Urmed Emergencias Médicas SRL y otro s/daños y perjuicios", inéditas.

(1109) Acosta, Daniel F., "La conducta...", cit.

(1110) C. Civ. y Com. Rosario, 21/11/2007, "Cargill SACI c. Monserrat SRL s/cobro de pesos", MJ-JU-M-17949-AR.

(1111) CNCom., sala B, 12/8/1991, "La Gremial Económica Cía. Argentina de Seguros SA c. Viggiano, Carlos A. y otra", JA 1992-II-22.

(1112) Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., 26/11/1997, "Ceballos, Rubén E. y otra c. Ardiles, Efraín M.", LLC 1998-241.

Bien nos advierte la doctrina de que el descubrimiento de la falta de veracidad en determinados puntos logra la extensión de esa convicción a otros débilmente demostrados y que si el juez advirtió una conducta rayana en la mentira es muy posible que aquellos puntos que quedaron poco demostrados los considere, a su vez, carentes de veracidad<sup>(1113)</sup>.

e) Conducta temerosa o emotiva. El miedo es un indicio simplemente probable de culpabilidad, basado en el hecho reconocido por la experiencia de que “la tranquilidad acompaña a la inocencia”, pero restará considerar la naturaleza de la ocasión, es decir, de la circunstancia en que se encuentra la persona, ya que la emoción puede tener una causa inocente.

Los hechos deben encadenarse rigurosamente mediante múltiples inferencias: 1) de las apariencias físicas que constituyen los síntomas del miedo se concluye la existencia de esta emoción; 2) de esta emoción se concluye la existencia de una conciencia incriminadora; 3) de esta conciencia se concluye la culpabilidad<sup>(1114)</sup>.

Bentham nos habla de los síntomas físicos que pueden ser considerados como efectos del miedo: rubor, palidez, temblor, desvanecimiento, sudor, evacuaciones involuntarias, llanto, suspiros, sollozos, convulsiones de los miembros o de la cara; agitación de los pies; exclamaciones; vacilación; tartamudeo; sofocación de la voz<sup>(1115)</sup>.

Y también nos brinda algunas posibilidades infirmativas: puede ser que la causa de los síntomas no sea el miedo; que este tenga otra causa (temor a alguna vejación, a ser condenado a pesar de la inocencia, al hecho de estar sometido a proceso) o que la conciencia de culpabilidad sea falsa<sup>(1116)</sup>.

Lo cual exige un abordaje realmente cauto del tema, lo cual no implica que no pueda tenerse en cuenta conductas de este tenor; solo debe hacérselo muy fundadamente, con todo el rigor crítico posible e, indispensablemente, con base en percepciones directas del juzgador, lo que realza grandemente la importancia de la inmediación: datos de este tenor podrán colectarse en las audiencias con las partes, en la medida en que el juzgador las presencie y dirija, y es aconsejable plasmar por escrito —en todo caso— la recolección de algún hecho indicador de este

---

(1113) Tepsich, María B., “Valor vinculante...”, cit.

(1114) Gorphe, François, *La apreciación...*, cit., p. 349.

(1115) Bentham, Jeremy, *Tratado...*, cit., p. 178.

(1116) Ídem.

tenor, para permitir preservarlo, objetivarlo y a la postre computarlo válidamente.

f) La falta de justificación o la mala justificación. La total ausencia de explicación razonable del hecho y, con mayor razón, la justificación incoherente puede valorarse como prueba.

g) La conducta irregular. Se ha evaluado negativamente una conducta atípica o irregular, como así también el conocimiento exagerado del hecho<sup>(1117)</sup>.

Explicitadas estas posibilidades, *que no agotan el catálogo*, buscamos una pauta (máxima de la experiencia) relativamente genérica que nos permita conectar este tipo de conducta con alguno de los hechos principales del litigio.

Muñoz Sabaté señala que las relaciones antagónicas que produce originan en los litigantes a modo de mecanismo de defensa psicológico un estado de alertamiento que moviliza todas las vivencias del *caso* almacenadas en su corteza cerebral y reaccionan mediante las típicas respuestas adaptativas para evitar un peligro<sup>(1118)</sup>.

En tal contexto, Ferrer postula que quien es reticente a expedirse sobre la plataforma fáctica del litigio, quien miente, quien invoca una verdad maleable a las cambiantes circunstancias de la causa, sin duda pretende enturbiar la visión retrospectiva del juzgador, entorpecer la tarea de reconstrucción fáctica a la que se encuentra abocado; en suma, intenta ocultar la verdad histórica en la que se asienta la controversia.

Y este intento de mantener oculta la verdad —nítidamente demostrado por el particular modo de proceder en la causa— no se concilia con la conducta que es dable esperar de un litigante a quien le asiste la razón; pues en tal caso, lo razonable es que el justiciable intente evidenciar, pormenorizadamente, la secuencia de hechos que motivan el pleito, sin ocultar detalles ni recurrir a engaños, atento a que no les serían necesarios para triunfar; el éxito en la contienda aparecería indisolublemente ligado a la rigurosa verdad histórica.

Por el contrario, quien se esfuerza en disimular una determinada realidad fáctica es, sin duda, porque ella resulta perjudicial a sus intereses; es el deseo de escapar a la potencial derrota judicial, lo que impulsa al contendiente a incurrir en las señaladas faltas a la verdad.

---

(1117) Cornero, Guillermina, "Valor probatorio...", cit.

(1118) Muñoz Sabaté, Lluís, *Introducción...*, cit., p. 111.



Estas apreciaciones se encuentran elaboradas con base en lo que la experiencia indica como normal y habitual. Ello nos habilita a generar la siguiente máxima de experiencia: “Quien oculta la verdad sobre los hechos en que se funda un litigio es probablemente responsable de las consecuencias que de ellos se derivan”.

Si colocamos dicha directriz como premisa mayor del silogismo judicial, y como premisa menor afirmamos que en el caso bajo análisis “el demandado ha ocultado la verdad sobre los hechos en que se funda el litigio”, se impone, por lógica consecuencia que “el demandado es probablemente responsable de las consecuencias dañosas que se derivan de tales hechos”

Es así como la conducta procesal del contendiente ha obrado como un indicio (contingente y con valor de convicción solo probable)<sup>(1119)</sup>.

La jurisprudencia bonaerense ha transitado senderos análogos al considerar que razonablemente se puede sospechar que quien deliberadamente oculta la verdad al ser convocado a juicio en calidad de demandado lo hace porque se siente culpable, íntimamente, por el hecho que se le atribuye<sup>(1120)</sup>.

### 9.11. Lo presuncional, lo indiciario y la prueba electrónica

Como se irá viendo en los distintos capítulos que conforman la obra, la cuestión indiciaria cobra suma relevancia a la hora de entrar en juego la evidencia digital.

Así, en muchas ocasiones, lo electrónico tendrá relevancia indiciaria, no concluyente por sí sola; en otros casos, se capitalizarán ciertos indicios no electrónicos, sino derivados de la conducta procesal de las partes frente al desarrollo de los medios de prueba que giren en rededor de la evidencia digital.

Además de todo ello, veremos como en materia de prueba electrónica —más específicamente de documento electrónico— existen ciertas presunciones legales que, en determinados casos, pueden tornarse definitivas para la cuestión acreditativa (especialmente, cuando nos hallemos frente a documentos con firma digital).

Podrá advertir el lector, a lo largo de los desarrollos que vienen, sobradas referencias a los temas que hemos abordado aquí. Por ello, hemos

(1119) Ferrer, Sergio E., “Fuerza probatoria...”, cit.

(1120) C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 2a, 2/2/1993, “Garobbio, Javier c. Dorado, Rodolfo”, JA 1995-I-síntesis.

dado bastante extensión a este acápite, con la intención de establecer algunos cimientos, lo más profundos que pudimos, intentando que sirvan de base genérica a todas las consideraciones específicas venideras, atinentes al tema central de la obra.

## X. LA CARGA DE LA PRUEBA

### 10.1. Cuando la actividad probatoria no ha cumplido su finalidad

La finalidad de la prueba, como instituto, es la de llevar al juez al convencimiento o certeza sobre los hechos.

Pero para adoptar su decisión con fundamento en la prueba es indispensable que el juez se considere convencido por ella o, dicho de otra manera, que se encuentre en estado de certeza sobre los hechos que declara y que, si la prueba no alcanza a producirle esa convicción, porque no existe o porque pesa en su espíritu por igual a favor y en contra, o más a favor de una conclusión, pero sin despejar completamente la duda razonable, le está vedado apoyarse en aquella para resolver.

Pero, igualmente, *debe* resolver.

Así, entonces, y como se descarta la posibilidad de que el juez llegue a un *non liquet* respecto de la cuestión de derecho a causa de lo dudoso de la cuestión de hecho, existen las normas sobre carga de la prueba, que dan al juez la directiva sobre la sentencia que debe pronunciar en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante<sup>(1121)</sup>.

Peyrano nos advierte que el derecho posee una naturaleza práctica que determina que, a todo trance, las dudas jurídicas que puedan aquejar a los protagonistas del proceso y al propio magistrado interviniente deben ser zanjadas.

No puede extrañar, entonces, que el orden jurídico contemple normas de clausura de los distintos sistemas jurídicos que posibiliten al juez resolver cuestiones cuya solución no se encuentra expresamente prevista o que la sustanciación de la causa no ha hecho cesar la incertidumbre acerca de “dónde está el derecho” en el espíritu del magistrado.

---

(1121) Rosenberg, Leo, *La carga de la prueba*, trad. de la 3a ed. alemana por E. Krotoschin, B de F, Buenos Aires, 2002, p. 15; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2a, 28/3/1995, “Ríos, María D. c. Odriozola de Pérez Cobo, Martha J. s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B1750352.

En tal contexto, el sistema de la carga de la prueba posibilita que en cualquier supuesto sea posible que el juez civil se pronuncie sobre el mérito del debate<sup>(1122)</sup>.

Así lo dice Devis Echandía: si no existieran estas reglas sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes<sup>(1123)</sup>.

Se trata de ofrecer al juzgador reglas que le proporcionen la solución que ha de adoptar en un litigio, cuando las afirmaciones de las partes no han conseguido ser probadas, ni en sentido afirmativo, ni en sentido negativo, fijando cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias de la insuficiencia probatoria<sup>(1124)</sup>.

Son los preceptos que estatuyen la carga de la prueba, que —a la par de lo dicho en el párrafo precedente— permiten a las partes adoptar las precauciones necesarias para evitar sorpresas en el proceso y para adquirir seguridad en el comercio jurídico<sup>(1125)</sup>.

Por cierto, si no hay fracaso de la actuación probatoria, analizar la carga de la prueba se vuelve irrelevante: si mediante la valoración de la prueba el magistrado llegó a una conclusión asertiva acerca de cómo acontecieron los hechos, las normas sobre carga de la prueba pierden toda virtualidad en el caso.

Bien lo señala Quevedo Mendoza: el funcionamiento de la regla de juicio de la carga de la prueba supone el agotamiento de la valoración de las pruebas incorporadas al proceso, con resultado negativo; el resultado positivo de la actividad valorativa del juez con relación a las pruebas excluye absolutamente la aplicación de aquella regla<sup>(1126)</sup>.

Así, la operación que realiza el juez en la decisión definitiva, consistente en la asignación de un grado de valor convictivo a cada elemento de prueba ingresado al proceso y al conjunto de ellos como plexo probatorio, es la que precede inmediatamente a la aplicación de la regla de la

---

(1122) Peyrano, Jorge W., “La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema”, LL 2008-C-748.

(1123) Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, 3a ed., Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974, t. I, p. 450.

(1124) Pazos Méndez, Susana, “Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil”, en Abel Lluch, Xavier - Picó i Junoy, Joan, *Objeto y carga de la prueba en el proceso civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007, ps. 80-81.

(1125) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. I, p. 442.

(1126) Quevedo Mendoza, Efraín I., “Carga y valoración de la prueba: Precisiones”, JA 1998-III-630.

carga de la prueba y la que condiciona esa aplicación, habida cuenta de que su resultado depende de que aquella regla se ponga o no en funcionamiento<sup>(1127)</sup>.

Por ello, incluso se critican las doctrinas que ante problemas surgidos en el ámbito de la valoración de las pruebas —v.gr., pruebas leviores; eficacia probatoria de la conducta de las partes; deber de las partes de exhibir pruebas y de someterse a la inspección o examen judicial, etc.— elaboran soluciones en términos de carga de la prueba pues, se dice con acierto, quedan refundidos en uno solo ambos momentos del razonamiento judicial que, sin embargo, deben mantenerse separados para que conserven su valor y su eficacia las diferentes reglas que los gobiernan y orientan hacia su propio resultado<sup>(1128)</sup>.

En el contexto antes descripto, se critica a la doctrina que asigna a esta especie valorativa (las presunciones) la eficacia de “invertir la carga de la prueba”, o en general, de producir una “flexibilización” de la regla de distribución, cuando de lo que se trata es de aplicar ciertos mecanismos de apreciación de diferentes categorías de elementos de convicción para formar la certeza del juzgador acerca de la realidad histórica de los hechos<sup>(1129)</sup>.

Es bueno entonces tener presente el distingo entre ambos momentos: primero, la valoración de la prueba, etapa en la que las normas relativas a la carga permanecen expectantes; luego, recién si la valoración efectuada lleva al magistrado a considerar inexistente la prueba o insuficiente la rendida, entrarán en juego las normas sobre carga de la prueba.

De allí que se predique, como uno de los caracteres esenciales de las normas sobre carga de la prueba, su subsidiariedad<sup>(1130)</sup> o, dicho de otro modo, su carácter residual<sup>(1131)</sup>.

Lo realmente importante es que la actividad probatoria no haya sido suficiente para generar un grado de *convicción aceptable* en el juez.

La duda fáctica (que se instala en el campo subjetivo del juzgador) puede provenir bien de la ausencia de prueba en el proceso ora de la ausencia de una prueba eficiente (esto es, una prueba que consiga la

---

(1127) Ídem.

(1128) Ídem.

(1129) Ídem.

(1130) García-Cuerva García, Silvia, “Las reglas generales del *onus probandi*”, en Abel Lluch, Xavier - Picó i Junoy, Joan, *Objeto...*, cit., ps. 54-55.

(1131) Costantino, Juan A., “Los desplazamientos actuales de la carga de la prueba”, JA 1992-IV-775.

finalidad para ella propuesta, o sea lograr convencer al juez según el nivel de prueba que el caso exija)<sup>(1132)</sup>.

La carga de la prueba, entonces, sirve al juez como elemento que sustituye su convicción ante prueba insuficiente, incierta o faltante<sup>(1133)</sup>.

## 10.2. La esencia, y doble función, de las reglas sobre carga de la prueba

Las normas sobre carga de la prueba sientan una *regla de juicio* que indica al juez cuál debe ser el contenido de la sentencia cuando falta la prueba de determinado hecho<sup>(1134)</sup>, al designar al litigante que ha de salir perjudicado ante un déficit de ese tenor<sup>(1135)</sup>.

Así y con base en esta regla es que, ante la falta de prueba, el juez tiene el deber de resolver el litigio a favor de la parte que no tenía la carga de probar<sup>(1136)</sup>.

Devis Echandía ha puesto de manifiesto que este reconocimiento de las normas relativas a la carga de la prueba como reglas de juicio dirigidas al juez es quizás el aspecto más importante de la evolución del concepto<sup>(1137)</sup>.

Y aunque en algún caso aislado se haya predicado lo contrario<sup>(1138)</sup>, en infinidad de oportunidades nuestros tribunales han venido rescatando las normas sobre carga de la prueba como reglas de juicio del tenor ya descripto<sup>(1139)</sup>.

---

(1132) García-Cuerva García, Silvia, “Las reglas...”, cit., p. 58.

(1133) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. I, p. 253.

(1134) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. 1, p. 424; García-Cuerva García, Silvia, “Las reglas...”, cit., ps. 55-56; Peral, Juan C., “La carga de la prueba en el Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán”, LLNOA 2006 (noviembre), p. 1125; Lépori White, Inés, “Cargas probatorias dinámicas”, LL, *Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas* 2005 (octubre), p. 128.

(1135) C. Civ. y Com. Dolores, 15/4/2008, “Consortio Copropietarios Chiozza 2725 c. Sandaza, Sixto A. y otro s/ejecución de expensas”, JUBA, sumario B951232.

(1136) Sup. Trib. Just. Neuquén, 19/8/1997, “Valencia Arias, Benedicto c. Municipalidad del Neuquén s/acción procesal administrativa”; Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, en pleno, 29/4/1999, “Gutiérrez Julio, Quiroga, Julio y otros c. Consejo General de Educación de la Provincia s/recurso contencioso administrativo”.

(1137) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. 1, p. 425.

(1138) C. Civ. y Com. Córdoba, 5a, 24/6/2005, “Gioda, Alberto S. c. Panificadora San José SRL”.

(1139) CNCiv., sala M, 12/10/1990, “Caja Nacional de Ahorro y Seguros c. Floro, Próspero E.”, JA 1992-IV-síntesis; CNCom., sala B, 22/4/1991, “Cifeba SA c. Tutelar

Esta regla de juicio nada tiene en común con la tarifa o sistema legal de la prueba; no se refiere a la manera de apreciarla y tampoco a los medios probatorios que puedan utilizarse<sup>(1140)</sup>.

Es fácil entonces colegir, de estas ideas, que lo que se intenta disipar con el sistema de la carga de la prueba es la incertidumbre sobre un hecho invocado, en tanto que no se persigue la obtención de la verdad<sup>(1141)</sup> y, por lo tanto, que cuando el juez acude a la norma de clausura y le imputa falta o insuficiencia probatoria a una versión fáctica no está diciendo que esta sea falsa<sup>(1142)</sup>.

Los hechos que, terminada la etapa instructoria, han quedado en la incertidumbre o en la duda, no se consideran existentes o inexistentes por virtud de la regla de la carga de la prueba —contrariamente a lo que ocurre cuando la cuestión es juzgada a través de la valoración de elementos de convicción— pues la regla no conduce en ningún caso a conclusiones relativas a las cuestiones fácticas suscitadas en el proceso; la aplicación de aquella regla lleva, derechamente, al acogimiento o al rechazo de la demanda<sup>(1143)</sup>, con abstracción de lo fáctico.

Cía. Financiera SA", LL 1991-C-339; Corte Sup. Just. Santa Fe, 23/12/1992, "Sentir Carruajes SACIFIA c. Carrasco, José M. y/u otros"; C. Doc. y Loc. Tucumán, sala 2a, 10/4/1995, "Cantos de Sansierra, Elsa M. c. Norcivil SA s/cobro de pesos"; CNCom., sala C, 1/3/1996, "Z. de L., N. A. c. Mayo SA y otro", LL 1996-D-403; CNCom., sala C, 19/6/1998, "La Holando Cía. de Seguros c. Pareaqui SRL", LL 1998-F-49, 22/4/2005, "Banco Itaú Buen Ayre c. Laza, Julio y otro"; CNCiv., sala L, 29/4/1996, "Puyol, Jorge L. y otro c. Sertal, Elena", LL 1997-E-1001; C. Trab. Resistencia, sala 2a, 7/6/1996, "Medero, Julio C. y otro c. Cerno SA y/u otro", LLL 1997-696; C. Civ. Com. y Lab. Rafaela, 18/9/1996, "Barengo, Roberto A. c. Clorindo Appo SRL", LLL 1997-551; C. Apels. Concordia, sala Civ. y Com. 3a, 13/8/1997, "Banco de Entre Ríos c. Goldman, Benjamín", LLL 1999-766; Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, en pleno, 16/2/1999, "Núñez, Dardo O., Cisneros, Héctor D. y otro c. Provincia de Santiago del Estero s/cobro de australes - contencioso administrativo", y 29/4/1999, "Gutiérrez, Julio, Quiroga, Julio y otros c. Consejo General de Educación de la Provincia s/recurso contencioso administrativo"; C. Fed. Mendoza, sala A, 1/11/2005, "Banco Nación Argentina c. Aguirre, Nicolás E. y otra", Abeledo Perrot nro. 1/1025051; C. Civ. y Com. Junín, 29/4/2004, "Purini, Raúl y otra c. Bernasconi, Luis", Abeledo Perrot nro. 1/1036859; C. Apels. Comodoro Rivadavia, sala B, 16/6/2006, "P., M. del C. y otro c. E. SA y otro s/daños y perjuicios"; Sup. Trib. Just. Chubut, 24/10/2006, "N., L. c. U., M. s/laboral"; C. Apels. Esquel, 5/2/2007, "G., J. c. M., S. M. y otro s/ordinario".

(1140) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. 1, p. 429.

(1141) Peyrano, Jorge W., "La regla...", cit.

(1142) Ídem.

(1143) Quevedo Mendoza, Efraín I., "Carga...", cit.

Finalmente, lo fundamental: que las disposiciones distributivas del *onus probandi* son parámetros decisorios<sup>(1144)</sup> o, como lo sostiene Peyrano con acierto, más normas de decisión que de derecho probatorio<sup>(1145)</sup>, circunstancia que también ha reconocido la jurisprudencia<sup>(1146)</sup>.

En efecto: si el *derecho probatorio*, como parte integrante del derecho procesal, aparece regulando la admisibilidad, la ejecutoriedad y la valoración de la prueba en el proceso, las normas sobre carga de la prueba vienen a quedar emplazadas, justamente, fuera de él.

Concretamente, las normas sobre carga de la prueba no integran el derecho probatorio.

Así bien ha dicho la jurisprudencia que la teoría de la carga de la prueba es la teoría de las consecuencias de la falta de la prueba<sup>(1147)</sup>.

Y por ello agregamos que esta regla de juicio, ajena al derecho probatorio, carece además de valor fuera del proceso en tanto no está destinada a resolver el conflicto de intereses sino a impedir que el conflicto no sea resuelto.

Con todo, y al margen de su finalidad específica, las normas sobre carga de la prueba producen un efecto más: sientan una regla de conducta para las partes, a las que señalan cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar para evitarse las consecuencias desfavorables<sup>(1148)</sup>.

(1144) De los Santos, Mabel A., “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: Inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quién se encuentra en mejores condiciones de probar”, JA 1993-IV-866.

(1145) Peyrano, Jorge W., “La regla...”, cit.

(1146) C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 1a, 12/3/2008, “AADI - CAPIF Asociación Civil Recaudadora c. Propietario de Servicompas y/o Servicompas YPF Ugarteche”, Abeledo Perrot nro. 1/70044108.

(1147) C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1a, 27/3/2008, “Hambra, José O. c. Mutual de Empleados de Comercio Almirante Brown”, Abeledo Perrot nro. 1/70044543-7.

(1148) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., t. 1, ps. 424-426; CNCom., sala B, 22/4/1991, “Cifeba SA c. Tutelar Cía. Financiera SA”, LL 1991-C-339; CNCom., sala C, 5/2/1993, “Amin Zicanelli, Silvia M. y otro c. Charcas 3387 y otro”, LL 1993-D-268; 26/5/1995, “Bellini, Gabriel y otro c. Lee, José L.”, LL 1995-E-291; 1/3/1996, “Z. de L., N. A. c. Mayo SA y otro”, LL 1996-D-403; 24/3/1997, “Los Cipreses SA c. Wonder Travel SRL”, LL 1998-E-775; 25/4/1997, “Mutualidad Fondo Compensador Personal Civil del Ejército c. Banco Tornquist SA —Groupe Lyonnais—”, LL 1997-D-274; 19/6/1998, “La Holando Cía. de Seguros c. Pareaquí SRL”, LL 1998-F-49; 22/4/2005, “Banco Itaú Buen Ayre c. Laza, Julio y otro”, Abeledo Perrot nro. 1/1006895; CNCiv., sala L, 29/4/1996, “Puyol, Jorge L. y otro c. Sertal, Elena”, LL 1997-E-1001; C. Civ. Com. y Lab. Rafaela, 18/9/1996, “Barengo, Roberto A. c. Clorindo Appo SRL”, LLL 1997-55; C. Apels. Concordia, sala Civ. y Com. 3a, 13/8/1997, “Banco de Entre Ríos c. Goldman,



Por medio de ellas se aconseja determinada conducta a las partes en un proceso determinado, si no quiere correr el riesgo de perderlo<sup>(1149)</sup>.

Así se indica, informa y orienta a los justiciables acerca de qué hechos ha de probar cada uno de ellos con el fin de que la expectativa de obtener una resolución favorable se haga efectiva<sup>(1150)</sup>, al tiempo que se las previene acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga<sup>(1151)</sup>.

En otros términos, que las partes puedan saber al iniciarse el proceso cuál de ellas habrá de verse afectada por la ausencia de prueba sobre un hecho determinado<sup>(1152)</sup>.

Es que, aun cuando se trate de una regla de juicio, es evidente que interesa (y conviene) a la parte, desde el comienzo del proceso y aun antes de promoverlo, conocer cuáles son esas normas sobre distribución del peso de la prueba; ya que en consonancia con ellas ordenará su esfuerzo, examinará sus posibilidades de éxito y hasta decidirá si asume o no el peligro de litigar<sup>(1153)</sup>.

En concreto, *las partes deben evitar que la regla de juicio sea aplicada en disfavor suyo y, para ello, han de esforzarse para levantar la carga que sobre ellas pesa.*

Benjamín", LLL 1999-766; C. Civ. y Com. Santa Fe, sala 1a, 8/2/1999, "Del B. de T., O. c. T., O. E.", LLL 2000-1004; C. Civ. y Com. Junín, 29/4/2004, "Purini, Raúl y otra c. Bernasconi, Luis", Abeledo Perrot nro. 1/1036859; C. Apels. Comodoro Rivadavia, sala B, 16/6/2006, "P., M. del C. y otro c. E. SA y otro s/daños y perjuicios"; Sup. Trib. Just. Chubut, 24/10/2006, "N., L. c. U., M. s/laboral"; C. Apels. Esquel, 5/2/2007, "G., J. c. M., S.M. y otro s/ordinario".

(1149) Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, en pleno, 16/2/1999, "Núñez, Dardo O., Cisneros, Héctor D. y otro c. Provincia de Santiago del Estero s/cobro de australes - contencioso administrativo", Abeledo Perrot nro. 19/147 y 29/4/1999, "Gutiérrez, Julio, Quiroga, Julio y otros c. Consejo General de Educación de la Provincia s/recurso contencioso administrativo".

(1150) García-Cuerva García, Silvia, "Las reglas...", cit., p. 57.

(1151) CNCiv., sala M, 12/10/1990, "Caja Nacional de Ahorro y Seguros c. Floro, Próspero E.", JA 1992-IV-síntesis; C. Doc. y Loc. Tucumán, sala 2a, 10/4/1995, "Cantos de Sansierra, Elsa M. c. Norcivil SA s/cobro de pesos"; CNCom., sala C, 1/3/1996, "Z. de L., N. A. c. Mayo SA y otro", LL 1996-D-403; C. Civ. Com. Trab. y Minas Catamarca, 1a, 14/10/1996, "Aravena, Carlos A. c. Pérez, Rafael J. y/u otros", LLNOA 1998-288; CNCom., sala C, 19/6/1998, "La Holando Cía. de Seguros c. Pareaqi SRL", LL 1998-F-49.

(1152) Sprovieri, Luis E., "Audencia preliminar y cargas probatorias dinámicas", ED 179-1012.

(1153) Eisner, Isidoro, "Carga...", cit.

Gráficamente explicada, sería tanto como la necesidad de probar para vencer<sup>(1154)</sup>.

Estas normas, consecuentemente, funcionan como estímulo para las partes, a las que incitan a suministrar las pruebas oportuna, debida y eficazmente, pues de lo contrario se exponen al riesgo de que se tengan por inexistentes los hechos afirmados por ellas<sup>(1155)</sup>.

En tal contexto no se distribuye el poder de probar sino el riesgo de la falta de prueba<sup>(1156)</sup>: quien no prueba los hechos que ha de probar pierde el pleito si de ellos depende la suerte de la litis<sup>(1157)</sup>.

Por todo ello, queda en claro que no supone ningún deber u obligación del gravado con ella<sup>(1158)</sup>, ni tampoco derecho alguno del adversario, sino que se trata de una carga (*imperativo del propio interés*)<sup>(1159)</sup>.

---

(1154) C. Civ. Neuquén, sala 1a, 15/2/1996, "Forneron, Osvaldo E. c. Agustín Della Gáspera e Hijos SRL s/accidente".

(1155) Eisner, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, 2a ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 69.

(1156) Eisner, Isidoro, "Carga de la afirmación y de la prueba en juicio civil", LL 1989-D-105; Sprovieri, Luis E., "Audiencia...", cit.; CNCom., sala B, 29/12/1997, "Cendon de Menéndez, María de la S. c. Digital Toons SA", LL 1998-B-653; 28/12/2001, "Multidiseño SA y otro c. BBV Banco Francés SA", Abeledo Perrot nro. 1/500077; 12/9/2002, "Gattinoni, Luis A. c. Banco Ciudad de Buenos Aires", Abeledo Perrot nro. 1/504693; 24/6/2003, "Forns, Eduardo A. c. Uantú SA y otros", Abeledo Perrot nro. 1/66816 y 28/6/2007, "Botbol, José c. Banco Central de la República Argentina", JA 2007-IV-473.

(1157) CNCom., sala B, 15/12/1989, "Barbará, Alfredo y otro c. Mariland SA y otros", JA 1990-III-351; CNFed. Cont. Adm., sala 4a, 13/8/2002, "Uboldi, Gianfranco y otros c. Dirección General Impositiva", Abeledo Perrot nro. 1/1026926.

(1158) CNCom., sala A, 20/9/1996, "Schwabe Jurss y Cía. SA c. Propales SA", LL 1997-C-509; 29/6/1998, "Lucero, Carlos A. c. Isaura SA", LL 1999-B-261, y 12/4/1999, "Bazarian, Mardig c. Villaverde y Cía. SRL", LL 1999-F-139; C. Civ. y Com. Córdoba, 5a, 9/10/2006, "Arias, Wadi c. López Priori de Fanjul, Sonia M.", Abeledo Perrot nro. 1/70042458-4, y 1/3/2007, "Banco Feigin SA c. Monasterolo, Ramón C. y otros", Abeledo Perrot nro. 1/70039154-2; Sup. Trib. Just. Chubut, 6/11/2006, "R., R. S. c. A., O. R. s/daños y perjuicios".

(1159) Colombo, Carlos J. - Kiper, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. III, p. 415; CNFed. Civ. y Com., sala 3a, 30/3/1990, "De Caro y Russo SA c. Capitán y/o arm. y/o prop. bq band. ext. Sirius", JA 1990-III-síntesis, 15/6/1990, "Rodríguez Beruti, Raúl L. c. Segba", JA 1992-IV-síntesis, y 9/11/1995, "Forestadora Oberá SA c. Entidad Binacional Yaciretá", JA 1998-I-síntesis; C. Civ. y Com. Córdoba, 2a, 16/9/1993, "Esso Servicentro Parque Latino y otro c. Osvaldo Patoco", JA 1994-III-síntesis; CNFed. Civ. y Com., sala 3a, 28/4/1995, "González, Luis A. c. Transportes Pampeano SA y Transporte Pampeano SA c. González, Norberto R. y otro", LL 1995-E-6; Sup. Trib. Just. Jujuy, 25/3/1996, "Núñez, Honorio U. y otros c. Ingenio La Esperanza", LL 1998-D-860 y 1/6/1998, "Rodríguez, Roberto c. Annuar, Jorge", LL 1999-E-903 - LLNOA 2000-410; CNCiv., sala J,

No es obligación ni deber por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento, en tanto que no hay sujeción ni coacción posible<sup>(1160)</sup>.

Queda, en cambio, consagrado el principio de la autorresponsabilidad de las partes<sup>(1161)</sup>, pues se deja librado a su arbitrio el aportar o no prueba al proceso, caso este último en el que deben someterse a las consecuencias adversas<sup>(1162)</sup>, aunque —insistimos— nadie pueda exigirles su observancia<sup>(1163)</sup>.

### 10.3. Regulación del tema en el Cód. Proc. Civ. y Com.

El art. 377, Cód. Proc. Civ. y Com., bajo el título “Carga de la prueba”, establece 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.

18/4/1996, “N., R. O. c. Montes de Oca, Jorge L.” LL 1996-D-867; C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 2a, 2/4/1997, “S. Ando y Compañía SACIIF c. Agroindustrias Boinilla s/ordinario”; CNCom., sala B, 29/12/1997, “Cendon de Menéndez, María de la S. c. Digital Toons SA”, LL 1998-B-653; 28/12/2001, “Multidiseño SA y otro c. BBV Banco Francés SA”, Abeledo Perrot nro. 1/500077; 12/9/2002, “Gattinoni, Luis A. c. Banco Ciudad de Buenos Aires”, Abeledo Perrot nro. 1/504693; 24/6/2003, “Forns, Eduardo A. c. Uantú SA y otros”, Abeledo Perrot nro. 1/66816; 5/6/2007, “Cortesfilms s/quiebra - inc. de ineficacia”, Abeledo Perrot nro. 1/70040074-6, y 28/6/2007, “Botbol, José c. Banco Central de la República Argentina”, JA 2007-IV-473; C. Lab. y Paz Letr. Corrientes, 11/6/1999, “Campos Cervera, José R. y otros c. Arquitecto Mario Ramírez Construcciones”, LLL 2000-959; CNCiv., sala H, 4/4/2003, “Clavero, Rodolfo c. González Zaenger, Hugo y otros”, DJ 2004-1-889; CNCom., sala A, 3/7/2003, “Rivas, Ángel J. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires”, Abeledo Perrot nro. 1/5513270; C. Apels. Comodoro Rivadavia, sala B, 7/3/2005, “F., W. A. c. SSE SA s/demanda laboral (diferencias salariales)”, Abeledo Perrot nro. 15/16976; CNCom., sala B, 9/5/2005, “Pipino, Carmen A. c. Caja de Seguros SA”, Abeledo Perrot nro. 1/70022036-3.

(1160) Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 16a ed. ampliada y actualizada, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2007, p. 249; C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 1a, 23/3/1992, “Rivamar, Genaro c. Emilio Cugnini SA s/sumario”; C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 4a, 2/5/1988, “Signes, Antonio c. Rumenco SA s/cobro de pesos”.

(1161) Sup. Trib. Just. Neuquén, 19/8/1997, “Valencia Arias, Benedicto c. Municipalidad del Neuquén s/acción procesal administrativa”; Sup. Corte Bs. As., 3/12/2008, “TC Haedo SRL c. Municipalidad de Moreno s/demanda contencioso administrativa”, JUBA, sumario B96108.

(1162) C. Trab. Resistencia, sala 2a, 7/6/1996, “Medero, Julio C. y otro c. Cerno SA y/u otro”, LLL 1997-696.

(1163) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general...*, cit., p. 425.

"Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

"Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio".

Algunos códigos procesales provinciales la siguen a la letra; otros ostentan divergencias, cuyo análisis —por cierto— desbordaría los límites del presente.

Veamos cómo funciona el instituto.

A modo de regla general podríamos decir que, como principio, queda a cargo de cada una de las partes la acreditación de los hechos afirmados por ella<sup>(1164)</sup>.

Por supuesto, debe tratarse de hechos controvertidos, pues los que no lo están quedan fuera del tema de la prueba y excluyen la aplicación de la regla de juicio<sup>(1165)</sup>.

Así, entonces, la carga nace (*en principio*) recién cuando los hechos afirmados son negados por el contradictor<sup>(1166)</sup> y se infringen las normas sobre carga de la prueba si se impone al justiciable la prueba de hechos que no fueron controvertidos en el litigio<sup>(1167)</sup>.

Ello, claro está, en la medida en que se trate de materia disponible pues (como bien lo sabemos) en algunos casos excepcionales la controversia acerca de los hechos es indiferente.

Como consecuencia de aquel principio, es claro que la carga de la prueba pesará sobre quien alega los hechos y no sobre quien se limita a

---

(1164) CNFed. Civ. y Com., sala 3a, 6/7/1990, "Destilería Argentina de Petróleo SA c. Gasopet SA", JA 1991-III-síntesis; C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 2a, 20/4/2001, "Opción SA c. Pellene, David R. s/cobro de pesos - sumario", Abeledo Perrot nro. 19/10984; CNFed. Cont. Adm., sala 4a, 13/8/2002, "Uboldi, Gianfranco y otros c. Dirección General Impositiva", Abeledo Perrot nro. 1/1026924 o 1/1027047; Sup. Corte Bs. As., 25/2/2009, "Fontana, Abel M. s/quiebra - incidente de concurso especial", JUBA, sumario B30573.

(1165) CNCiv., sala I, 2/7/2002, "Sociedad Argentina de Autores y Compositores c. Medic Gem's SA", Abeledo Perrot nro. 1/5509301.

(1166) CNCom., sala B, 15/12/1989, "Barbará, Alfredo y otra c. Mariland SA y otros", LL 1990-C-102 - DJ 1990-2-582, y 12/8/1991, "Seri, Andrés c. Banco de Crédito Argentino", LL 1992-C-447; DJ 1992-2-328.

(1167) Sup. Corte Bs. As., 30/7/1991, "Maturano, Edmundo S. D. c. Subpga SA s/ Despido", AyS 1991-II-627.

negar las afirmaciones de su contendiente<sup>(1168)</sup>; ello, claro está, en la medida en que la negativa no encierre una afirmación contraria<sup>(1169)</sup>.

Es importante recordar aquí que no debe confundirse la negativa de un hecho con los hechos negativos. Así, entonces, la jurisprudencia ha entendido que no es lo mismo la negativa de un hecho que un hecho negativo; en tal supuesto no se encuentra razón alguna para eximir de la prueba respectiva a quien invoque un hecho negativo<sup>(1170)</sup>. Y tal observación se complementa con otra: la indulgencia que puede admitirse en materia de prueba de hechos negativos no está referida a la carga de la prueba en sí misma sino a su valoración, al tener en cuenta las dificultades fácticas que suele provocar en algunos casos<sup>(1171)</sup>. Luego, por todo lo dicho, podemos concluir sin mayor esfuerzo que el carácter positivo o negativo de los hechos en nada modifica la carga de la prueba<sup>(1172)</sup> y las eventuales consecuencias que puede aparejar en caso de que aquellos no sean acreditados.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que, trascendiendo la mera negativa, si la parte demandada esgrime una versión fáctica diversa y alega otros hechos, asume correlativamente la carga de acreditarlos<sup>(1173)</sup>.

---

(1168) Sup. Corte Bs. As., 3/7/1984, "Hilman, Jorge A. c. Ravaioli, Carlos A.", JA 1985-II-521, 13/12/1994, "Agro Magdalena SA c. Guillermo c. Cassano SA s/cobro ordinario", y 8/11/2000, "Fariña, Ma. Claudia y otra c. Instituto Enrico Fermi SA y otros s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B23202; CNCom., sala B, 15/12/1989, "Barbará, Alfredo y otro c. Mariland SA y otros", JA 1990-III-351; C. Doc. y Loc. Tucumán, sala 2a, 10/4/1995, "Cantos de Sansierra, Elsa M. c. Norcivil SA s/cobro de pesos"; C. Paz Letr. Santiago del Estero, 29/5/1997, "La Nona c. Elva de Zerda"; CNCom., sala A, 24/3/2003, "Meiseles, Samuel M. c. Banco Francés SA", Abeledo Perrot nro. 1/5511460.

(1169) CNCiv., sala A, 11/10/1984, "El Porvenir SRL c. Sanym SA y otros", JA 1985-III-199.

(1170) CNCiv., sala B, 19/2/1997, "Vecchio, Jorge R. c. Gil, Augusto R.", LL 1997-C-731 - DJ 1997-2-660; CNCom., sala C, 25/4/1997, "Mutualidad Fondo Compensador Personal Civil del Ejército c. Banco Tornquist SA —Groupe Lyonnais—", LL 1997-D-274; DJ 1997-3-491; CNCom., sala A, 8/5/1997, "Ingeniería Tauro SACIF c. Loft SRL", JA 1997-IV-616; CNCiv., sala C, 2/3/2001, "Fabris, Betina c. Corporación Profesionales Asociados y otro", Abeledo Perrot nro. 1/70006138-2; C. Fed. Mendoza, sala A, 1/11/2005, "Banco Nación Argentina c. Aguirre, Nicolás E. y otra", Abeledo Perrot nro. 1/1025052.

(1171) C. Civ. y Com. Rosario, sala 2a, 25/6/1998, "F., E. y otra c. S. M. F. y otros", LLL 1998-2-783.

(1172) C. Civ. Neuquén, sala 1a, 23/2/1995, "Kees, Norberto A. c. Fernández Dunezet, Jorge s/despido".

(1173) C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1a, 12/3/1981, "Bergonzi Basso, Roger D. c. Derhousepian, León", LL 1981-C-647; C. Civ. Com. y Min. San Juan, sala 1a, 18/3/1985, "García Corvalán, Julio c. Di Fabio, Fernando G.", JA 1986-I-36; CNCom.,

Con esta formulación legal queda superada la clasificación de los hechos en constitutivos, modificativos y extintivos.

Bien nos recuerda Palacio que frente a las críticas que a lo largo del tiempo han recibido las diversas teorías sobre la distribución de la carga de la prueba, un vasto sector de la doctrina se inclina a resolver el problema atendiendo a la posición en que se encuentra cada una de las partes con respecto a la norma jurídica cuyos efectos le son favorables en el caso concreto.

No interesa, para esta teoría, la condición actora o demandada asumida por cada parte ni la naturaleza aislada del hecho sino los presupuestos fácticos de las normas jurídicas, de manera tal que cada una de las partes se halla gravada con la carga de probar las menciones de hechos contenidas en las normas con cuya aplicación aspira a beneficiarse, sin que interese el carácter constitutivo, impeditivo o extintivo de tales hechos<sup>(1174)</sup>.

A ella adhiere expresamente el rito nacional en su art. 377, cuyo párr. 2º especifica el principio general y distribuye concretamente la carga probatoria sobre la base de los presupuestos de hecho cuya existencia condiciona la actuación de las normas jurídicas invocadas por las partes<sup>(1175)</sup>.

No importará, entonces, el carácter constitutivo, impeditivo o extintivo de los hechos respectivos<sup>(1176)</sup>, ni tampoco la posición de actor o demandado<sup>(1177)</sup>, sino que la carga se atribuye en atención a la posición en

---

sala E, 20/10/2005, "Fax SA c. Revoredo, Pedro A.", DJ del 22/2/2006, p. 464; C. Civ. y Com. San Nicolás, 11/3/2008, "Di Nardo, Carlos L. c. Naudi, Nicolás s/daños y perjuicios", JUBA, sumario B858132.

(1174) Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, t. IV, p. 368.

(1175) Ídem.

(1176) CNCom., sala B, 15/12/1989, "Barbará, Alfredo y otro c. Mariland SA y otros", JA 1990-III-351, 2/10/2006, "Víctor C. Mancuso e Hijo SHv. Selogint SRL", Abeledo Perrot nro. 1/70042840-3, y 28/6/2007, "Botbol, José c. Banco Central de la República Argentina", JA 2007-IV-473; C. Doc. y Loc. Tucumán, sala 2a, 10/4/1995, "Cantos de Sansierra, Elsa M. c. Norcivil SA s/cobro de pesos"; Corte Sup. Just. Tucumán, 26/11/1997, "Quiroga, Raúl E. c. Pedro Palou y Cía. s/cobro de pesos", sala Lab. y Cont. Adm., 27/2/2001, "Aguirre, Ramón A. y otra c. Sistema Provincial de Salud s/daños y perjuicios".

(1177) CNCom., sala A, 8/5/1997, "Ingeniería Tauro SACIF c. Loft SRL", JA 1997-IV-616, y 2/5/2003, "Villafañe, Luis A. c. Provincia Seguros SA", DJ 2003-3-204; CNCiv., sala B, 17/2/1997, "Degano, Carlos E. c. Fonticelli, Alfredo", LL 1997-C-954; DJ 1997-2-263; C. Apels. Comodoro Rivadavia, 22/9/2005, "S., J. c. D. S., A. D. y otro s/sumario - daños y perjuicios".



que se encuentra cada una de las partes con respecto a la norma jurídica cuyos efectos le son favorables en cada caso concreto para alcanzar el efecto jurídico perseguido<sup>(1178)</sup>.

E interesa, sobremanera, resaltar esta última construcción: las partes deben acreditar los hechos base *de la norma jurídica cuyos efectos le son favorables en cada caso concreto para alcanzar el efecto jurídico pedido*.

Es que el art. 377, Cód. Proc. Civ. y Com., porta una notoria imprecisión.

Como todos lo sabemos, las normas que gobiernan el caso (*iura novit curia*) no son las invocadas por las partes, sino las que el juez entienda aplicables.

Con lo cual, no importa —para determinar la carga de la prueba— cuáles hubieran sido las normas invocadas sino cuáles son las que consagran el efecto jurídico perseguido por cada una de ellas<sup>(1179)</sup>.

*No obstante lo cual la clasificación en hechos constitutivos, impeditivos y extintivos puede revestir alguna utilidad y sigue siendo utilizada*

Para Palacio la teoría que divide los hechos en constitutivos, impeditivos o invalidativos y extintivos ha sido injustamente criticada<sup>(1180)</sup>; para Lazzaroni esta clasificación tripartita puede armonizar con la letra del art. 377 del rito nacional<sup>(1181)</sup>.

De hecho, y aun frente a lo explícito de los textos legales anteriormente analizados, nuestros tribunales siguen valiéndose de aquella clasificación.

---

(1178) CNCiv., sala G, 12/4/1984, “Sfriso, Roberto H. y otra c. Lisdor SA”, JA 1985-III-78, y 2/11/1984, “Bandeira, Elisa L. c. Díaz, Antonio, suc.”, JA 1986-I-691; Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1a, 5/8/1985, “Curador Definitivo de la Sra. Máxima A. Parodi de Alfonso en Míguez, Antonio c. M. Parodi Rufino s/escrituración - casación”; CNCiv., sala G, 18/8/1988, “Bonino, Silvia L. c. Monteiro, Horacio H.”, JA 1989-I-síntesis; CNFed. Cont. Adm., sala 3a, 1/6/2000, “Mara, Juan c. Banco Central de la República Argentina”, JA 2002-III-síntesis; C. Civ. y Com. Quilmes, 27/5/2008, “Herrera, Mario R. y otro c. Tropea, Osvaldo s/rendición de cuentas”, JUBA, sumario B2904105.

(1179) Arazi, Roland, “Carga de la prueba”, *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1 (Prueba I), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; Tamantini, Carlos A., “La carga de la prueba”, JA 1992-IV-783.

(1180) Palacio, Lino E., *Derecho procesal...*, cit., t. IV, p. 365.

(1181) Lazzaroni, Luis J., “El criterio de normalidad y la decisión sobre el hecho incierto”, ED 78-801.



Se dice así que al actor corresponderá acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, mientras que al contrario los extintivos, impeditivos o modificatorios que opongan a aquellos<sup>(1182)</sup>.

Son hechos constitutivos aquellos que dan vida a la relación jurídica que se hace valer puesto que son necesarios para que nazca el derecho que sirve de base a la acción ejercitada<sup>(1183)</sup>.

Los hechos impeditivos son aquellos hechos originarios o sincrónicos con el nacimiento de los hechos constitutivos que privan a estos de la facultad de desarrollar su efecto normal, esto es, impiden el nacimiento de la relación jurídica (v.gr., la ausencia de causa o su ilicitud en el contrato de compraventa o los vicios del consentimiento en las relaciones contractuales).

Mientras tanto, los hechos extintivos son aquellos hechos sobrevenidos que, sobre la base de la relación jurídica propuesta por el actor en su demanda, reconocen la validez de tal relación jurídica y el nacimiento de la consecuencia jurídica pretendida, pero oponen la extinción de esta última<sup>(1184)</sup>.

Es bien claro, en este contexto, que la atribución de la carga debería efectuarse no con base en esta clasificación, pero, aun así, la concepción aquí delineada viene tan arraigada en nuestra cultura jurídica que su vigencia (en la práctica) aún pervive.

No es, en realidad, tan nocivo pues, *en la generalidad de los casos*, aquella división mantiene todo su vigor; solo en algunos supuestos, no del todo frecuentes (donde, por ejemplo, no está en discusión la prueba

---

(1182) CNCiv., sala A, 11/10/1984, "El Porvenir SRL c. Sanym SA y otros", JA 1985-III-199; C. Civ. Com. y Min. San Juan, sala 1a, 3/12/1986, "Gramajo, Domingo P. c. Zapata, Eusebio B.", JA 1987-IV-430; CNCiv., sala F, 31/7/1986, "Álvarez, Juan C. c. Marinero, Ángel S.", JA 1987-III-328, y 18/12/1987, "Municipalidad de Buenos Aires c. Venice, Pascual", JA 1989-I-136; CNCiv., sala M, 3/5/1989, "La Nueva Soc. Coop. de Seguros Ltda. c. Pérez, Eduardo", JA 1990-II-síntesis; C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 4a, 16/3/1998, "Transportes López Hnos. SA c. Consersa SRL s/ordinario"; CNCiv., sala B, 26/4/1999, "Fernández, Antonio c. Consorcio de Propietarios Santiago del Estero 690 y otros", LL 1999-E-571; DJ 1999-3-673; C. Civ. y Com. Azul, sala 2a, 16/5/2000, "Fernández, Juan C. c. Ronicevi", LLBA 2000-1351; CNCom., sala A, 21/11/2000, "Compañía Argentina de Seguros La Estrella SA c. Irvine SA", JA 2003-I-síntesis y 26/9/2006, "Rodríguez, Francisco M. c. Banco Itaú Buen Ayre SA", Abeledo Perrot nro. 1/1016248; Sup. Corte Bs. As., 27/12/2000, "Iofreda, Mario c. Ventresca, Juan s/cobro de pesos", JUBA, sumario B25600; C. Apels. Esquel, 22/8/2001, "Fernández, Antonio c. Viguera, Juan D."; CNCom., sala B, 12/5/2003, "Telinver SA c. Rettamar, Mónica y otro".

(1183) García-Cuerva García, Silvia, "Las reglas...", cit., p. 63.

(1184) *Ibidem*, ps. 63-64.

de hechos constitutivos o el actor debe probar los impeditivos —v.gr., nulidad de acto jurídico—) su aplicación sería inviable.

Con lo cual es bueno tener en cuenta la aludida clasificación pues, insistimos, ella permanece subyacente bajo la concepción de muchos de nuestros operadores jurídicos.

Por otra parte, *la regla que venimos analizando no se modifica aun cuando una de las partes haya asumido incumbencias probatorias que no le correspondían*

Aun cuando alguna de las partes hubiera procurado producir prueba acerca de la existencia, o inexistencia de supuestos fácticos cuya acreditación estaba en cabeza de su ocasional contendiente, la regla de juicio establecida legalmente no se modifica.

Así lo han decidido nuestros tribunales<sup>(1185)</sup>.

Por otra parte, dada sus características y marco cognoscitivo, hemos visto que en los procesos de ejecución la carga de la prueba se impone al ejecutado.

En efecto: recién con su oposición se abre aquí la etapa cognoscitiva, oposición que ha de tener algún sustrato fáctico del que pretenderá deducir determinada consecuencia, con lo cual quedará gravado con la carga de la prueba.

Las voces desde el foro han venido marcando tal circunstancia<sup>(1186)</sup>.

No obstante ello, advertimos que si frente a los hechos afirmados por el ejecutado el ejecutante sustenta otros, asumirá la carga de acreditarlos so pena de, en la medida en que el ejecutado satisfaga su carga, perder el pleito.

Adviértase que al ejecutado la ley solo lo grava con la carga de la prueba de los hechos en que funde las excepciones, lo que no es más que una aplicación particularizada y adaptada a este tipo de procesos del art. 377, Cód. Proc. Civ. y Com.: el ejecutado pretende obtener determinado efecto jurídico (por lo común la repulsa del compulsorio) y, para ello, debe probar

---

(1185) CNCom., sala C, 24/10/1980, “Caja de Crédito Santos Lugares c. Catalano, Juan y otra”, LL 1981-A-264.

(1186) C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 1a, 11/11/1992, “Cooperativa de Transportes Automotores de Cuyo TAC c. López, José A. y otro s/cambiaria”; Sup. Corte Bs. As., 1/4/2004, “Rodríguez, José c. Sánchez Acosta, Enrique R. s/cobro ejecutivo”, JUBA, sumario B27306; C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 2a, 4/4/2003, “Moreno, Luis R. y otros c. Karam, Oscar L. s/rendición de cuentas - cobro de pesos”.

los hechos invocados en sustento de su defensa (recordemos que en los procesos de ejecución no hay negaciones, solo excepciones).

Llegado este punto, es hora de referirnos a otra cuestión, de suma relevancia: las cargas probatorias dinámicas.

## 10.4. Cargas probatorias dinámicas

### 10.4.1. *El nacimiento de esta teoría*

Hemos visto hasta aquí que, desde la abstracción normativa, el legislador procesal ha estatuido determinadas normas (a modo de reglas de juicio) que distribuyen entre las partes la carga de probar.

Pero bien se hace notar que esta forma de abordar el problema procede con cierta rigidez<sup>(1187)</sup>.

Es que los doctrinarios “fijaron” las reglas de la carga de la prueba de una manera demasiado rígida y sin miramientos para las circunstancias del caso las que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución<sup>(1188)</sup>.

Y, paralelamente, la praxis alertó acerca de que dichas bases resultaban bien insuficientes o bien inadecuadas<sup>(1189)</sup>.

Sigue diciendo Peyrano que la vida y el propio sentido común permitieron descubrir coyunturas en las cuales el referido apriorismo en materia de esfuerzos probatorios funcionaba mal<sup>(1190)</sup>.

Son supuestos de anormalidad que rebasan los cauces lógicos de la norma distribuidora<sup>(1191)</sup>.

Es así como nace, originalmente en el marco de los procesos por mala praxis médica y al ampliarse luego a otros supuestos<sup>(1192)</sup>, una

---

(1187) Peyrano, Jorge W., “La regla...”, cit.

(1188) Peyrano, Jorge W. - Chiappini, Julio O., “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) - Lépori White, Inés (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 15; Airasca, Ivana M., “Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LLL 2003 (mayo), 543.

(1189) Peyrano, Jorge W. - Chiappini, Julio O., “Lineamientos...”, cit., p. 15.

(1190) Peyrano, Jorge W., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LL 1991-B-1034.

(1191) Colerio, Juan P., “La relatividad de las reglas sobre la carga de la prueba”, LL 1990-B-298.

(1192) Peyrano, Jorge W., “Carga de la prueba. Conceptos clásicos y actuales”, RDPyC 13-I-110.

nueva concepción: *la de las cargas probatorias dinámicas*, en orden a flexibilizar esta rigidez y estratificación legal del reparto de esfuerzos<sup>(1193)</sup>, para adecuarlo a las circunstancias de cada caso concreto<sup>(1194)</sup> (pues cada controversia tiene su perfil, su identidad, sus propios contornos y sus dificultades o sus rebeldías<sup>(1195)</sup>) y evitar incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad<sup>(1196)</sup>.

Se tiende, entonces, a huir de toda norma genérica e inflexible, con carácter de abstracción, y se explica que las situaciones fácticas de la litis presentan una multiplicidad de casos imposibles de abarcar con una regla genérica, a lo cual se añade que lo que se trata es de suministrar al juez la plataforma doctrinaria para apartarse de la rigidez de los preceptos legales sobre distribución de la carga de la prueba y poder apreciar esta con ajuste a las singularidades del caso<sup>(1197)</sup>, y así exigir ciertas cargas probatorias de aquella parte que se halle en situación de poder cumplirlas<sup>(1198)</sup>.

Ya hace tiempo, y desde las posiciones más encumbradas de nuestra organización judicial, viene exigiéndose que las reglas atinentes a la carga de la prueba sean apreciadas en función de la índole y las características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía —por sobre la interpretación de las normas procesales— a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal<sup>(1199)</sup>.

La doctrina realza su virtualidad al expresar que esta teoría produce un verdadero salto cualitativo y un giro epistemológico fundamental en el modo de observar el fenómeno probatorio, el cual se ve desde el

---

(1193) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. 1, p. 278; Lépori White, Inés, “Cargas...”, cit.

(1194) CNCom., sala B, 13/12/2004, “Organización Mundo del Soporte LA SRL c. Strategic Merchant Bank”, cit. en Rodríguez, Claudia B., “La carga probatoria dinámica. Según la jurisprudencia”, JA 2008-II-1474.

(1195) C. 1a Civ. y Com. La Plata, sala 2a, 19/6/2001, “Brat de Peechenik, Bejla c. Lischinsky, Julio y otros s/simulación”, JUBA, sumario B101485.

(1196) Peyrano, Jorge W., “Doctrina...”, cit.; C. Civ. y Com. Mercedes, sala 2a, 22/12/2005, “Mauleón, Mariel A. c. Estancia Santa Marta SA y otro”, cit. en Rodríguez, Claudia B., “La carga probatoria dinámica. Según la jurisprudencia”, JA 2008-II-1474.

(1197) De los Santos, Mabel A., “Algo más...”, cit.

(1198) CNCom., sala D, 19/10/1987, “Banco Liniers SA c. Chirán, Julio A.”, JA 1989-I-665.

(1199) CS, Fallos 324:115 y 325:2713; CNCom., sala A, 24/3/2003, “Meiseles, Samuel M. c. Banco Francés SA”, Abeledo Perrot nro. 1/5511454, 28/3/2003, “Gunplex SCA c. Mutual del Personal de la Prefectura Naval Argentina”, Abeledo Perrot nro. 1/5511455 y 9/10/2003, “C., K. c. A., I. y otros”, JA 2004-II-615.

mirador de la finalidad del proceso y del valor justicia y no ya desde el ángulo del mero cumplimiento de formas procesales abstractas<sup>(1200)</sup>.

#### 10.4.2. Su esencia

¿En qué consiste esta nueva forma de adjudicar la carga de probar?

Lépori White lo resume en pocas palabras: esta teoría sostiene que, más allá del carácter de actor o demandado, en *determinados supuestos* la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla. Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarlas o perfeccionarlas, en virtud de flexibilizar su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad<sup>(1201)</sup>.

Es decir que en principio quien alega un hecho debe probarlo, pero puede ocurrir que en ese caso y proceso en particular a quien alegó el hecho le sea prácticamente imposible probarlo y, por lo tanto, allí se producirá un desplazamiento del *onus probandi*, y quien tendrá la carga de probar la existencia o inexistencia de ese hecho será la otra parte por encontrarse en mejores condiciones para hacerlo.

De este modo, aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en un proceso no significa dejar de lado las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba, sino que habrá que ver en el caso concreto qué reglas corresponde aplicar, y así pueden aplicarse unas, otras o ambas, cada una de ellas para distintos hechos de un mismo proceso, según las particularidades del caso<sup>(1202)</sup>.

En las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático se señaló que esta doctrina importa un desplazamiento del *onus probandi* según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer en cabeza de quien esté en mejores condiciones para producir la prueba<sup>(1203)</sup>.

A continuación, intentamos desgranar algunos conceptos para aprehender adecuadamente el fenómeno y deslindarlo de otros bien diversos.

---

(1200) Rambaldo, Juan A., "Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico", en Peyrano, Jorge W. (dir.) - Lépori White, Inés (coord.), *Cargas...*, cit., p. 33.

(1201) Lépori White, Inés, "Cargas...", cit.; Peral, Juan C., "La carga...", cit.

(1202) Airasca, Ivana M., "Reflexiones...", cit.

(1203) V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, "Conclusiones", JA 1992-IV-983.

### 10.4.3. Lo fundamental: El dinamismo

Lo advierten Peyrano y Chiappini: son cargas dinámicas porque, según fueren las circunstancias del caso, pueden desplazarse hacia una u otra de las partes<sup>(1204)</sup>.

No hay entonces preceptos rígidos sino la búsqueda de la solución según las circunstancias del caso concreto<sup>(1205)</sup>.

Justamente se llama “doctrina de las cargas probatorias dinámicas” porque el *onus probandi* se independiza de enfoques apriorísticos del sistema tradicional<sup>(1206)</sup>.

Primera, e imprescindible, delimitación: no se trata entonces de propiciar otra regla rígida de distribución de la carga de la prueba<sup>(1207)</sup>.

Las exigencias, entonces, van a desplazarse entre las partes, según fueren las circunstancias del caso y de acuerdo con determinados criterios que más adelante analizaremos.

Con base en lo dicho, Lorenzetti efectúa un interesante distingo al decir que cargas dinámicas y adjudicación a quien está en mejores condiciones probatorias son conceptos distintos<sup>(1208)</sup>.

En fundamento de la idea, explica que mientras que la distribución dinámica se opone a la fija, no hay ninguna razón para afirmar que la regla adjudicativa a quien está en mejores condiciones probatorias no vaya a ser fija.

En realidad, esta última no tiene una relación directa con el par binario estático-dinámico.

La distribución dinámica es un principio interno del proceso mientras que el de la posición probatoria es externo: se refiere a la accesibilidad que tiene un individuo respecto de la prueba que se le exige<sup>(1209)</sup>.

---

(1204) Peyrano, Jorge W. - Chiappini, Julio O., “Lineamientos...”, cit., p. 17.

(1205) CNCom., sala A, 26/9/2006, “Rodríguez, Francisco M. c. Banco Itaú Buen Ayre SA”, Abeledo Perrot nro. 1/1016249, 30/9/1996, “Frinca SRL c. Arinda de Viola, Aurora”, cit. en Rodríguez, Claudia B., “La carga...”, cit.

(1206) Airasca, Ivana M., “Reflexiones...”, cit.

(1207) Peyrano, Jorge W., “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) - Lépori White, Inés (coord.), *Cargas...*, cit., p. 25; C. Civ. y Com. Junín, 3/6/1993, “Caporale, Agustín c. La Limpia SRL y otra”, LLBA 1994-43.

(1208) Lorenzetti, Ricardo L., “Teoría general de distribución de la carga probatoria”, RDPyC 1997-13 (Prueba I).

(1209) Ídem.

#### 10.4.4. Un interrogante: ¿Siguen siendo reglas de juicio?

En anteriores trabajos<sup>(1210)</sup> nos planteamos la cuestión.

Decíamos allí que, si hablamos de carga de la prueba y tratamos de mantener el tema en su cauce natural, debemos responder afirmativamente.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia: tanto la concepción clásica de la carga de la prueba, como la moderna de la carga dinámica, determinan que aquel sobre el que la carga pesa asume el riesgo de las consecuencias desfavorables que deriven de su incumplimiento<sup>(1211)</sup>.

En igual sentido se siguen resaltando, aun ante esta nueva forma de distribución, las dos clásicas virtualidades ya enunciadas de este tipo de reglas<sup>(1212)</sup>.

Aunque las ideas, posturas, concepciones y doctrinas, se han bifurcado de un modo tal que han hecho jugar la teoría en otros campos.

Ya algunos autores, en tiempos no muy lejanos, fueron explicitando la tensión.

Se dice que antaño el sistema se satisfacía con igualar la ausencia de prueba y la inexistencia del hecho, al tiempo que sancionaba con el rechazo de su pretensión a quien debía probar —según la ley— y no probó, pero que ahora, al desestructurar el tieso andamiaje de las cargas, la nueva teoría prioriza, frente a la aplicabilidad de la regla de juicio, la efectiva incorporación de medios de convicción, al par que sustituye las imposiciones apriorísticas por un juego de reglas móviles que siguen a quien se halla mejor munido de material probatorio; la mejor disponibilidad de medios garantiza una más segura adquisición del mayor número de elementos respectivos<sup>(1213)</sup>.

Así se ha dicho que el criterio ordenador debe establecerse en vista de estimular la producción de la prueba a aquella de las partes que se encuentra en mejores condiciones de lograrla<sup>(1214)</sup>.

---

(1210) Quadri, Gabriel H., *La prueba*, cit., t. 1, p. 724.

(1211) C. Civ. y Com. Córdoba, 2a, 7/4/1998, “Verdecchia o Cocache, Exequiel y otros c. Vecchio, Jorge R. y otros”, LLC 1999-380.

(1212) CNCom., sala A, 26/9/2006, “Rodríguez, Francisco M. c. Banco Itaú Buen Ayre SA”, cit. en Rodríguez, Claudia B., “La carga...”, cit.

(1213) Sastre, María P. - Pithod, Federico, “Del levantamiento de las llamadas ‘cargas dinámicas’ o el *ars nova* de probar”, LLGran Cuyo 2002-183.

(1214) CNCom., sala C, 26/5/1995, “Bellini, Gabriel y otro c. Lee, José L.”, cit. en Rodríguez, Claudia B., “La carga...”, cit.



Se iba abandonando así, *muy de a poco*, la idea de regla de juicio.

Peyrano ha llegado a sostener que la utilización de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas persigue una aproximación a la verdad histórica<sup>(1215)</sup>.

Abiertamente se ha llegado a sostener que la carga de la prueba ha recibido modernamente un tratamiento que intenta adecuarla a ser un instrumento idóneo para el esclarecimiento de hechos controvertidos<sup>(1216)</sup>.

O, desde otro lugar, que estas reglas trasladan no tanto el *onus* como el *favor probationes* e importan sustancialmente una flexibilización en la apreciación judicial de la prueba conforme a las reglas de la lógica y del sentido común, al par que se asevera que esta creación pretoriana debe entenderse como una regla de apreciación de la prueba que permite al juzgador ajustar sus conclusiones a la justicia del caso, para evitar caer en abstracciones ajenas a la realidad<sup>(1217)</sup>.

Y, en la misma línea, que estas modernas tendencias, sintetizadas en cuanto a la apreciación de la prueba en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, merecen una interpretación adecuada y acorde con los fundamentos que las inspiran, que se traduce en evitar todo encorsetamiento legislativo en la valoración de la prueba<sup>(1218)</sup>.

Veremos, más adelante, como —según alguna interpretación— el Cód. Civ. y Com. va llevando a abandonar la idea de regla de juicio.

#### **10.4.5. Bases para la adjudicación de la carga**

Como ya lo venimos delineando, la carga de la prueba ya no se determina con base en elementos previos objetivos: ahora se lo hace en función de las posibilidades de producir la prueba<sup>(1219)</sup>, en virtud de computarse la probable disponibilidad de las fuentes de prueba y la dificultad para contar con ellas<sup>(1220)</sup>.

---

(1215) Peyrano, Jorge W., “Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo”, JA 1993-III-738.

(1216) C. Civ. Neuquén, sala 1a, 12/9/1995, “González, Carlos F. c. Cortez, Julio M. s/ordinario”, Abeledo Perrot nro. 17/1498.

(1217) De los Santos, Mabel A., “Algo más...”, cit.

(1218) Ídem.

(1219) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. 1, p. 278; Pazos Méndez, Susana, “Los criterios...”, cit., p. 83; C. Civ. Neuquén, sala 1a, 5/12/1995, “Pieroni, Enrique V. c. Aries Cía. de Seguros SA s/cumplimiento de contrato - ord.”.

(1220) Sup. Trib. Corrientes, 9/8/1996, “M., F. A. c. M. de L., M. C.”, LLL 1997-8; DJ 1997-2-535.

Se trata de una parte con dominante poder de aportación de la prueba frente a la otra que, por adolecer inferioridad, está impedida de producirla<sup>(1221)</sup>.

En realidad, la idea no es novedosa.

Ya Bentham venía señalando que en un régimen de justicia franca y simple la cara de la prueba debía ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes<sup>(1222)</sup>.

De este modo la carga es adjudicada a quien, según las circunstancias del caso y sin que interese su rol de actor o demandado, se encuentre en mejores condiciones para producir la prueba<sup>(1223)</sup>, circunstancias que pueden ser de carácter fáctico, profesional o técnico<sup>(1224)</sup>.

---

(1221) Peral, Juan C., "La carga...", cit.

(1222) Bentham, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales*, Valetta, Buenos Aires, 2002, p. 289.

(1223) CNCom., sala A, 29/7/1994, "Combal, Luis A. c. Banco Roca Coop. Ltda.", LL 1994-E-68 - DJ 1994-2-1221; 18/4/1997, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Farías, Ángel A. s/ordinario", Abeledo Perrot nro. 1/502189; 29/12/1999, "Mydlarz, Alberto c. Compañía Interamericana de Automóviles SA", Abeledo Perrot nro. 1/70006192; 21/11/2000, "Compañía Argentina de Seguros La Estrella SA c. Irvine SA", JA 2003-I-síntesis; 26/9/2006, "Rodríguez, Francisco M. c. Banco Itaú Buen Ayre SA", Abeledo Perrot nro. 1/1016249; CNCom., sala B, 7/7/1995, "Riviere de Pietranera, Lidia c. Riviere e Hijos SA", LL 1997-A-140; 15/10/1997, "Hospital Privado Modelo SA c. Centro Médico Buenos Ayres", JA 1998-II-149; 3/4/2002, "Carlos A. Fontanet y Cía. SA s/quiebra s/acción de responsabilidad", Abeledo Perrot nro. 1/505465; 28/6/2002, "Zakin, Santiago E. y otro c. Banco Río de la Plata SA", Abeledo Perrot nro. 1/505463; 30/6/2003, "Sorace, Marta M. c. Coto CICSa y otro", Abeledo Perrot nro. 1/5513362; 26/5/2005, "Riquelme, Marcelo O. c. Línea Mágica SA", Abeledo Perrot nro. 1/70019742; 27/12/2006, "Framer SA c. Obra Social de Entidades Deportivas y Civiles", Abeledo Perrot nro. 1/1030450; C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2a, 18/11/1997, "Lilli, Ma. del Carmen c. Guardamagna, Carlos A. s/ ejecución hipotecaria", JUBA, sumario B1402214; CNCom., sala C, 23/10/2000, "Pérez Segura, Juan M. c. Centro de Exportación de Libros Españoles SA", JA 2002-III-síntesis; C. Civ. y Com. Tucumán, sala 2a, 8/8/2003, "Merino, Pablo J. y R. c. Asociación Bancaria - Sociedad de Empleados Bancarios", Abeledo Perrot nro. 1/5515595, 2/10/2007, "Maderfloor SA c. HSBC Bank Argentina", Abeledo Perrot nro. 1/1025306; C. Civ. y Com. Córdoba, 6a, 20/12/2006, "Córdoba Bursátil SA c. Martínez, Juan C. y otro", Abeledo Perrot nro. 1/70042452-3; CNCom., sala E, 17/3/2008, "Bello Díaz, Nelson R. c. Fiat Argentina SA", JA 2008-IV-294.

(1224) C. Civ. y Com. Córdoba, 7a, 7/10/2003, "Pérez Puga, Osvaldo c. Montironi Automotores SA", Abeledo Perrot nro. 1/70023571-3; C. Civ. y Com. Rosario, sala 4a, 29/5/2006, "Tomasino, Guillermo c. Ford Argentina y otros", Abeledo Perrot nro. 1/70025352-6; CNCom., sala B, 26/3/2001, "García, Héctor O. y otro c. Banco de Quilmes", JA 2001-I-241; CNCom., sala E, 3/4/2008, "Soficlar SA c. Cervecería y Maltería Quilmes SA", Abeledo Perrot nro. 1/1037946 o 1/1037975; C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1a, 22/2/2007, "Troncoso, Norma C. c. Clínica de Ojos del Sur SA y otros", cit. en Rodríguez, Claudia B., "La carga...", cit.

La doctrina, en ampliación de estas pautas, nos advierte que el concepto de “mejores condiciones de producir la prueba” implica que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria reviste una posición privilegiada o destacada con relación al material probatorio y de cara a la contraparte.

Es decir que, en virtud del rol que desempeñó en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de cosa o instrumento probatorio o por ser el único que “dispone” de la prueba, se encuentra en mejor posición para revelar la verdad.

Las mejores condiciones de aportar la prueba pueden también fundarse, como ya lo indicábamos, en razones profesionales, técnicas, económicas o jurídicas<sup>(1225)</sup>.

Pero estas pautas se van afinando un poco más al indicarse que la circunstancia de ubicarse una de las partes en mejor posición de aportar la prueba no indica, necesariamente, que la otra no pueda producirla.

Si el sujeto aparentemente débil se encontraba en suficientes condiciones de producir la prueba, y podía hacerlo, no tiene caso indagar sobre la mejor posición de su contraria<sup>(1226)</sup>.

Por ello, se exige que, salvo el caso en que ello aparezca evidente de las constancias de la causa, quien pretenda beneficiarse con el desplazamiento justifique —asimismo— que él no está en condiciones de poder producir la prueba para que la parte con aparente posición de desventaja no se escude fácilmente en la mejor posición de la contraria<sup>(1227)</sup>.

De lo contrario, la comodidad o el refugio en el sistema estático que se objeta no habrá hecho más que cambiar de manos<sup>(1228)</sup>.

Así, no se admite su empleo para desplazar la comodidad de la no prueba<sup>(1229)</sup>.

La doctrina ha seguido iguales carriles argumentales<sup>(1230)</sup>.

---

(1225) Barberio, Sergio J., “Cargas probatorias dinámicas ¿qué debe probar el que no puede probar?”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) - Lépori White, Inés (coord.), *Cargas...*, cit., p. 101.

(1226) Barberio, Sergio J., “Cargas probatorias...”, cit., p. 104.

(1227) *Ibídem*, ps. 102 y 104.

(1228) *Ibídem*, p. 103.

(1229) C. Civ. y Com. Junín, 21/10/2002, “Pino, Sandra c. Hospital Municipal del Carmen de la Municipalidad de Chacabuco y otro”, Abeledo Perrot nro. 1/1036768.

(1230) Peral, Juan C., “La carga...”, cit.

Leguisamón advierte lo propio: debe adoptarse con sumo cuidado, pues la aplicación indiscriminada de la teoría de las cargas probatorias dinámicas puede llevar al otro extremo, a soluciones disvaliosas e injustas que, precisamente, son las que trata de evitar.

De aquí que deba guardarse un razonable equilibrio y no cargar con el peso de la prueba a quien no corresponde, bajo el argumento de que está en mejores condiciones, solo por favorecer al más débil y por la modernidad de la teoría<sup>(1231)</sup>.

Es decir que la sola disponibilidad o facilidad probatoria de una parte carece de significado si la contraparte se halla en idéntica posición de disponibilidad o facilidad<sup>(1232)</sup>.

Es un doble y recíproco juego: imposibilidad o extrema dificultad que debe padecer el litigante sobre el que recae la carga probatoria y simultáneamente la razonable posibilidad que debe beneficiar a su oponente, extremos estos referidos a la acreditación de un mismo y determinado hecho<sup>(1233)</sup>.

En el punto, ha sostenido la jurisprudencia bonaerense que el desplazamiento del *onus probandi*, para ponerlo a cargo de quien circunstancialmente se encuentra en mejores condiciones para acreditar los hechos que son objeto de prueba, requiere la evidencia de que una de las partes se encuentra en posición privilegiada en relación con el material probatorio y de cara a su contraparte<sup>(1234)</sup>.

Con lo cual no vale la invocación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas frente a un hecho que era de fácil comprobación para cualquiera de las partes<sup>(1235)</sup> o cuando la prueba no llega a producirse por

---

(1231) Leguisamón, Héctor E., "La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas", en Peyrano, Jorge W. (dir.) - Lépori White, Inés (coord.), *Cargas...*, cit., p. 124.

(1232) Pazos Méndez, Susana, "Los criterios...", cit., p. 85.

(1233) Ferrer, Sergio E. - De Cicco, Adriana - Varela de Vera, Isabel - Fernández, Raúl, "Delimitación de la regla según la cual las 'mejores condiciones de probar' invierten la carga de la prueba", ponencia al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, *Libro de Ponencias*, La Ley, Santiago del Estero, 1996.

(1234) C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1a, 28/2/2005, "Bodegas Norton SA c. Pires SRL", Abeledo Perrot nro. 1/1023939.

(1235) C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1a, 4/5/2000, "Belogini, Delia E. c. Presa, Hugo E. y otros", Abeledo Perrot nro. 1/1041336.

negligencia del oferente y no median motivos u obstáculos que impidan o dificulten la demostración de los hechos invocados<sup>(1236)</sup>.

Igual orientación adoptó la cimera jurisdicción tucumana al decir que la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica no encuentra asidero si la prueba es de fácil producción por ambas partes<sup>(1237)</sup>.

Así, se ha dicho que “no es de aplicación la teoría de las cargas probatorias dinámicas —que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo— si no se puede advertir cuáles fueron los obstáculos que tuvo que sortear la víctima para demostrar los extremos de su pretensión resarcitoria o cuál fue la posición en que se encontraban los codemandados para aportarle al proceso mejores elementos dilucidantes acerca del hecho controvertido”<sup>(1238)</sup>.

Será necesario entonces meritar quién se encontraba en mejores condiciones de probar un hecho controvertido y no lo hizo, así como las razones por las que quien tenía la carga de probar no probó<sup>(1239)</sup>.

Y, para cerrar el punto, debemos tener en cuenta que la mejor situación probatoria no excluye la posibilidad de que incluso la parte mejor posicionada encuentre dificultades en probar<sup>(1240)</sup>.

Así se ha sostenido que cuando las dificultades probatorias afecten a ambas partes no halla justificativo alguno la inversión de la carga probatoria<sup>(1241)</sup>.

#### 10.4.6. Fundamentos de esta nueva forma de distribución

Varios son los fundamentos que se esgrimen para justificar esta forma de asignar el *onus probandi*.

---

(1236) C. Civ. y Com. Quilmes, sala 1a, 14/7/2008, “Zago SA c. Bordón, Marta M. S. s/desalojo (excepto por falta de pago)”, JUBA, sumario B2904078.

(1237) Corte Sup. Tucumán, 31/7/2002, “HSBC Banco Roberts SA c. Cerviño, Hugo V. s/ejecución hipotecaria”, cit. en Prebisch, Dora, “Las cargas probatorias dinámicas y su aplicación por los tribunales de Tucumán”, LLNOA 2009 (junio), 503.

(1238) Sup. Corte Bs. As., 7/3/2018, “Bardengo, Carlos Luis contra García Córdoba, Alejandro David y otro. Daños y perjuicios”, JUBA, sumario B4203578.

(1239) C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 2a, 20/6/2000, “Lorenzo, José A. c. Dandan, Luis P. y otro”, LLBA 2001-241.

(1240) Sastre, María P. - Pithod, Federico, “Del levantamiento...”, cit.

(1241) Ferrer, Sergio E. - De Cicco, Adriana - Varela de Vera, Isabel - Fernández, Raúl, “Delimitación...”, cit.

Muchos sostienen que se funda en el deber de colaboración y en el principio de solidaridad para el arribo a la verdad real<sup>(1242)</sup>.

A ello se agrega el deber que tienen las partes de conducirse en el proceso con lealtad, probidad y buena fe<sup>(1243)</sup>.

La jurisprudencia bonaerense sostiene que el concepto de la carga de la prueba ha evolucionado en el derecho procesal, en el sentido de haberse aceptado un sentido más flexible y facilitador, de colaboración y buena fe del derecho a probar, en tanto el nuevo concepto de “carga probatoria compartida” es manifestación de una nueva cultura del proceso judicial caracterizada por la vigencia del principio de solidaridad y el deber de cooperación de todos en procura de un rendimiento del servicio de justicia más eficiente<sup>(1244)</sup>.

En otras ocasiones se ha invocado la búsqueda de soluciones razonables y equitativas<sup>(1245)</sup>, el principio de equidad<sup>(1246)</sup>, como así también criterios de justicia conmutativa aplicada al caso concreto<sup>(1247)</sup>.

(1242) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1a, 2/6/1995, “Barroso, Flavio M. y otro en Aves, O. E. c. Barroso y otro”, JA 1998-I-síntesis; C. Civ. y Com. Azul, sala 2a, 18/3/1996, “Lucas, Francisco c. Recchia, Domingo s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B3100010; C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 2a, 20/8/2002, “Asociación Argentina de Intérpretes y otro c. Bianchi, Susana Z., Abeledo Perrot nro. 1/5512377; C. Civ. y Com. Córdoba, 7a, 7/10/2003, “Pérez Puga, Osvaldo c. Montironi Automotores SA”, Abeledo Perrot nro. 1/70023571-3; CNCom., sala C, 2/10/2007, “Maderflor SA c. HSBC Bank Argentina”, cit. en Rodríguez, Claudia B., “La carga...”, cit.

(1243) Airasca, Ivana M., “Reflexiones...”, cit.; Corte Sup. Just. Santa Fe, 8/9/1992, “Torres, Rosalino c. Comuna de Colonia Aldao”; CNCom., sala B, 18/5/1994, “La Aseguradora Río de la Plata Compañía de Seguros SA c. Bulib SA”, JA 1995-IV-49, y 14/2/2005, “Palavecino, Mariela c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA”, JA 2006-I-576; C. Civ. y Com. Paraná, sala 2a, 13/10/1998, “Clari de Antonini, Edelmira O. c. Banco de Entre Ríos SA”, LL Litoral 2000-89.

(1244) C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 1a, 2/9/1998, “F., J. C. L., suc.”, LLBA 1999-492.

(1245) CNCom., sala E, 3/4/2008, “Soficlar SA c. Cervecería y Maltería Quilmes SA”, Abeledo Perrot nro. 1/1037946 o 1/1037975.

(1246) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1a, 11/11/1991, “Dyaz de Silva, Elena H. c. Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Mendoza s/acción procesal administrativa”.

(1247) Lépori White, Inés, “Cargas...”, cit.; C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 2a, 28/10/1994, “Bravo, Héctor H. c. Saad, Hugo”, Abeledo Perrot nro. 19/6121, 25/11/1994, “Terrera, Miguel A. c. AESYA”, Abeledo Perrot nro. 19/6144 y 15/6/2000, “G. Z., O. c. IOSEP y/u otros”, LLNOA 2001-49; C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 2a, 19/5/1995, “Banco Crédito Argentino c. Cañadas, Mónica y otro s/cobro de pesos”.



Y razones de igualdad de las partes en el proceso<sup>(1248)</sup>, de modo que factores externos como la mayor facilidad o disponibilidad de acceso a los medios de prueba de una de las partes no condicionen el resultado final del litigio<sup>(1249)</sup>.

La distribución clásica del *onus probandi* atiende al éxito o no de la prueba (quien no logra probar, sucumbirá) en tanto que la nueva doctrina atiende a las circunstancias de tiempo, modo y lugar del sujeto con relación a la prueba (sucumbirá quien pudiendo probar no lo hizo).

Se advierte el corrimiento del velo de la “igualdad formal” de los litigantes ante la jurisdicción y el reconocimiento de la disparidad real con la que suele transitarse el *iter* procesal.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas viene entonces a jugar como un factor equilibrante que propicia la igualdad real de las partes en el proceso<sup>(1250)</sup>.

El proceso, dice Eisner, no debe ser un campo de juego desaforado con aprovechamiento indebido de las ventajas que dan las circunstancias del caso<sup>(1251)</sup>.

Se invoca, en este cuadrante, la responsabilidad del juez en el proceso y se señala que hace a la esencia de la magistratura el impedir que el más fuerte o el que tiene una posición más ventajosa, ya sea económica, social o jurídica, tanto en la relación sustancial o procesal, saque provecho de ello en el proceso, en detrimento del más débil<sup>(1252)</sup>.

Se dice, entonces, que en no pocas ocasiones para acreditar el supuesto de hecho es preciso contar efectivamente con la posibilidad real de tener acceso a las fuentes de prueba y si quien lo afirma carece de ella, el juez no puede ser indiferente a la imposibilidad real de probar, al tiempo que no pueden razonablemente ser arrojadas las consecuencias de la falta de acreditación sobre quien carece de tal posibilidad, so pena de violar la tutela judicial efectiva, la defensa y la igualdad de armas en el proceso<sup>(1253)</sup>.

---

(1248) Airasca, Ivana M., “Reflexiones...”, cit.

(1249) Pazos Méndez, Susana, “Los criterios...”, cit., p. 86.

(1250) Eguren, María C., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas como exponente del binomio libertad-igualdad”, *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1 (Prueba I), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

(1251) Eisner, Isidoro, “Carga...”, cit.

(1252) Lépori White, Inés, “Cargas...”, cit.

(1253) Escribano Mora, Fernando, *La prueba en el proceso civil*, Consejo Nacional de la Judicatura - Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2002, ps. 53-54.



#### 10.4.7. *Carácter excepcional y limitado*

Ya lo ha advertido su mentor: la doctrina de las cargas probatorias dinámicas es “de excepción” y está pensada para dar adecuada solución a causas que, de lo contrario, recibirían respuestas jurisdiccionales inequívocamente inicuas<sup>(1254)</sup>.

Eisner también resaltaba la excepcionalidad de su aplicación<sup>(1255)</sup>.

En reiteradas ocasiones la jurisprudencia ha seguido esta línea de pensamiento al aseverar que la teoría de las cargas probatorias dinámicas no puede aplicarse con criterio general e indiscriminado, sino residual y que constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución de la carga de la prueba<sup>(1256)</sup> siempre que la complejidad, alta especialización, u otras circunstancias, lo hagan propicio<sup>(1257)</sup>.

En los certámenes especializados también se ha remarcado su carácter excepcional, al postularse que cabe recurrir a ellas solo cuando la aplicación de las normas legales arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas<sup>(1258)</sup>.

Por otro lado, debe advertirse que este desplazamiento atípico del *onus probandi* que importa la aplicación de las cargas probatorias dinámicas funciona, de ordinario, respecto de determinados hechos o circunstancias y no de todo el material fáctico<sup>(1259)</sup>.

(1254) Peyrano, Jorge W., “Nuevos lineamientos...”, cit., p. 25.

(1255) Eisner, Isidoro, “Carga...”, cit.

(1256) CNFed. Civ. y Com., sala 3a, 3/8/1994, “Grandes Pinturerías del Centro SA c. Transportes San Jorge SRL”, JA 1995-I-611; CNCiv., sala D, 28/2/1996, “G., F. M. y otro c. Centro Médico Lacroze y otros”, LL 1996-D-451; Corte Sup. Tucumán, 19/4/2001, “Acuña, Miguel Á. y otros c. San Bernardo SRL y otro s/cobros”, cit. en Prebisch, Dora, “Las cargas probatorias...”, cit.; C. Civ. y Com. Junín, 21/10/2002, “Pino, Sandra c. Hospital Municipal del Carmen de la Municipalidad de Chacabuco y otro”, Abeledo Perrot nro. 1/1036768; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2a, 9/4/2002, “Barbalace, Juan C. c. Jockey Club Hipódromo de San Isidro s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B1750476; C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2a, 24/10/2002, “Pellejero, Carlos D. c. Golda, Mauricio s/daños y perjuicios”, JUBA, sumario B1403863; C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 4a, 8/11/2007, “Bicare SA c. Viniterra SA”, Abeledo Perrot nro. 1/70043317-5.

(1257) CNFed. Civ. y Com., sala 3a, 3/8/1994, “Grandes Pinturerías del Centro SA c. Transportes San Jorge SRL”, JA 1995-I-611.

(1258) *XII Congreso Nacional de Derecho Procesal: Conclusiones*, Río Hondo, Santiago del Estero, 19 al 22/5/1993, JA 1993-III-931.

(1259) Peyrano, Jorge W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) - Lépori White,

No es una traslación completa, sino parcial<sup>(1260)</sup>.

Advertimos finalmente que, en alguna ocasión, se ha descartado su aplicación en el juicio ejecutivo<sup>(1261)</sup>.

#### ***10.4.8. Un gran problema: La previsibilidad, la seguridad jurídica y la defensa en juicio***

Una de las cuestiones más complejas y controvertidas relativas a la aplicación de esta forma de adjudicar el riesgo probatorio es el factor previsibilidad.

Es que, si recién al momento de sentenciar debe ponerse en juego la regla de juicio y, hasta ese estadio, las partes no saben claramente cuál de ellas será perjudicada por la ausencia de prueba, tal circunstancia puede llegar a aparejar consecuencias indeseadas y cierto grado de indefensión.

Más aún cuando el concepto de *mejor posición probatoria* es algo vago e indefinido.

De este modo, el efecto indirecto de las normas sobre carga de la prueba (sentar una regla de conducta para las partes, en virtud de señalarles cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar para evitarse las consecuencias desfavorables) va a diluirse en gran medida.

Veamos cómo la doctrina ha enfocado la cuestión:

Lorenzetti alerta acerca de la necesidad de aportar una razonable dosis de previsibilidad para los casos en que juegan las cargas probatorias dinámicas, pues las partes solo saben a quién le incumbía probar después de la sentencia dado que en ese acto el juez decide quién estaba en mejores condiciones de hacerlo y no hay un criterio claro de cómo se resuelve esta situación<sup>(1262)</sup>.

---

Inés (coord.), *Cargas...*, cit., p. 95; C. Civ. y Com. Mercedes, sala 2a, 22/12/2005, "Mauleón, Mariel A. c. Estancia Santa Marta SA y otro", C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1a, 22/2/2007, "Troncoso, Norma C. c. Clínica de Ojos del Sur SA y otros", cit. en Rodríguez, Claudia B., "La carga...", cit.; C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 4a, 8/11/2007, "Bicare SA c. Viniterra SA", Abeledo Perrot nro. 1/70043317.

(1260) C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1a, 22/2/2007, "Troncoso, Norma C. c. Clínica de Ojos del Sur SA y otros", cit. en Rodríguez, Claudia B., "La carga...", cit.

(1261) C. Civ. y Com. Rosario, sala 1a, 25/2/2004, "Brancatelli, Claudio c. Costante, José", Abeledo Perrot nro. 1/70014264.

(1262) Lorenzetti, Ricardo L., "Teoría general...", cit.

Para el encumbrado autor, sería un grave problema de seguridad jurídica que las partes conocieran quién tenía la carga de probar después de la sentencia<sup>(1263)</sup>.

Decía Eisner que el juez recién va a necesitar las normas sobre carga de la prueba en la sentencia y es entonces cuando debe saber sus alcances, pero las partes debieran conocerlas desde el comienzo para saber qué suerte llevará su pleito<sup>(1264)</sup>.

Y también apuntaba el procesalista que el litigante que organiza su estrategia judicial con base en normas expresas de la ley puede ser sorprendido y afectado por un decisorio final en el cual, por primera vez, se le atribuye el *onus probandi* por aplicación de la doctrina a la que nos venimos refiriendo<sup>(1265)</sup>.

Ya más recientemente, y en forma coincidente, nos dice Berizonce que la doctrina en cuestión trae consigo el inconveniente de que el litigante pueda ser sorprendido al adjudicársele, en la sentencia, una prueba que no estaba dentro de su carga cumplir<sup>(1266)</sup>.

Falcón opina lo propio: la carga dinámica presenta el inconveniente de que el litigante puede ser sorprendido por no rendir una prueba que no estaba dentro de su carga cumplir, por lo menos de manera explícita<sup>(1267)</sup>.

Alvarado Velloso sostiene que la ley 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 terminado.

En otras palabras y recurrentemente: cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó, de modo de convertir en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores

---

(1263) Lorenzetti, Ricardo L., "La adjudicación del riesgo probatorio", RDD 1999-II (La prueba del daño).

(1264) Eisner, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, 2a ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 69.

(1265) Eisner, Isidoro, "Carga...", cit.

(1266) Berizonce, Roberto O., "El principio del contradictorio y su operatividad en la prueba", *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1 (Prueba I), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 137.

(1267) Falcón, Enrique M., *Tratado...*, cit., t. 1, p. 279.

durante todo el desarrollo del certamen, no solo es actitud desleal, sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio<sup>(1268)</sup>.

Se advierte que las partes recién toman conocimiento en la sentencia sobre cuál de ellas recayó la carga de probar un hecho, con lo que se viola el principio de legalidad de las formas y la garantía de defensa en juicio y del debido proceso adjetivo toda vez que es necesario que las reglas conforme a las cuales debe sustanciarse el proceso estén fijadas de antemano por el legislador por lo que, en el caso de las cargas dinámicas, al no estar contempladas normativamente en los ordenamientos procesales el juez en caso de aplicarlas pretorianamente se convertiría en una especie de legislador<sup>(1269)</sup>.

Otros autores también han sostenido que la previsibilidad relativa a cómo ha de desarrollarse el proceso constituye un hito arquimédico de la seguridad jurídica y la garantía de defensa en juicio y que es materia de la legislación de fondo categorizar y normar consecuentemente las dificultades probatorias, invirtiendo las probanzas del caso por el establecimiento de figuras presuncionales que, sin relevar de la acreditación de los extremos fundamentales (v.gr., daño, autoría, etc.), desgraven la actividad de quien se atribuye la condición de agonista de los engorros, siempre dentro de los necesarios cánones de razonabilidad<sup>(1270)</sup>.

En el XII Congreso Nacional de Derecho Procesal se consideró que la invocación judicial oficiosa al momento de sentenciar de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o de concepciones afines puede *prima facie* entrañar algún riesgo para la garantía de la defensa en juicio, aunque ello se descartó por entenderse que esta doctrina es un corolario de las reglas de la sana crítica en materia de valoración de la prueba, al par que se capitalizó también la posibilidad de ponderar la conducta procesal de las partes y las advertencias a realizarse en la audiencia preliminar (tema del que luego nos ocuparemos)<sup>(1271)</sup>.

En las antípodas conceptuales se dice que no hay sorpresas porque no puede hoy ignorarse la plena vigencia de esta doctrina<sup>(1272)</sup>.

---

(1268) Alvarado Velloso, Adolfo, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Intercontinental - Juris, Rosario, 2005, p. 205.

(1269) Perrachione, Mario C., "Límites que presenta el proceso judicial para la verificación de la verdad material o histórica. Necesidad de establecer algunas reformas", LLC 2003 (octubre), p. 1040.

(1270) Sastre, María P. - Pithod, Federico, "Del levantamiento...", cit.

(1271) *XII Congreso Nacional de Derecho Procesal: Conclusiones*, Río Hondo, Santiago del Estero, 19 al 22/5/1993, JA 1993-III-931.

(1272) Barberio, Sergio J., "Cargas probatorias...", cit., p. 106.

Se argumenta que la ley no es el único medio de establecer la carga probatoria, sino que ella puede tener su fuente también en la doctrina y la jurisprudencia<sup>(1273)</sup>.

Realmente el tema es bien complejo.

Es que los litigantes, al estructurar su estrategia —y esfuerzo— procesal, deben saber a ciencia cierta qué se espera concretamente de ellos.

Sería, *al menos para nosotros*, una desagradable (*e inconstitucional*) sorpresa que, recién en la sentencia, se decidiera que una de las partes estaba en mejores condiciones de probar (con base en criterios que, como bien lo dice Lorenzetti, no son del todo claros) y que, apoyado en tal circunstancia, por no haber probado, se falle en su contra.

Ello más, aun cuando esta adjudicación se haga a espaldas de una específica previsión legal (art. 377, Cód. Proc. Civ. y Com., y normas análogas provinciales).

Y como coronación de todo esto, cuando —una vez dictada sentencia— por lo común ya no le será posible al litigante perjudicado traer nuevas pruebas para procurar levantar aquella carga que, insistimos, recién le fue adjudicada expresamente sobre el final de la instancia.

Al respecto, se ha dicho que “la doctrina de las cargas probatorias dinámicas es contraria al ordenamiento jurídico que rige la distribución del *onus probandi*, pues, por un lado, no existe ninguna norma que prevea la posibilidad de invertir la carga de la prueba por la simple razón de que el juzgador considera que una de las partes está en mejores condiciones de producirla y, por otro, al ser decidida su aplicación recién al momento de la sentencia, no resguarda debidamente el derecho de defensa en juicio”<sup>(1274)</sup>.

En cuanto a la solución de este problema, según se había analizado hace ya algunos años, podría pasar por imponer al juez el deber de anticipar su criterio en tema de distribución de la carga de la prueba de modo que el ahora cargado sepa, con seguridad, que el magistrado espera su aporte probatorio bajo pena de aceptarse la afirmación fáctica del contrario<sup>(1275)</sup>.

---

(1273) Sprovieri, Luis E., “Audiencia...”, cit.

(1274) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 19/9/2014, “F. M., C. D. c. COTO CICSA s/ daños y perjuicios”, DJ 1/4/2015, 77; AR/JUR/58028/2014.

(1275) Eisner, Isidoro, “Carga...”, cit.

Perrachione ve este expediente como de especial importancia en orden a solucionar las agudas y acertadas críticas que se formulan a esta teoría<sup>(1276)</sup>.

En su momento, Peyrano no se oponía a que con anterioridad a la producción de la prueba el tribunal interviniente advierta a las partes de que aplicará la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en aras de evitar sorpresas.

Pero considera tal proceder sobreabundante y sospecha que las sorpresas, en la hora actual, no son tales.

Añade que tal aviso no puede determinar que, fatalmente, tal o cual parte será recipiendaria del mayor esfuerzo probatorio conforme a los postulados de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en tanto puede acontecer que quien aparece en mejor condición de producir la prueba no lo esté<sup>(1277)</sup>.

En los certámenes especializados, al analizar los posibles riesgos a la defensa que ocasionaría la aplicación oficiosa de la teoría al momento del sentenciar, se había entendido que la adopción de una audiencia preliminar, oportunidad en que se advertirá a ambas partes sobre los especiales esfuerzos probatorios que deberán encarar, contribuiría a eliminar el riesgo indicado<sup>(1278)</sup>.

La solución que venimos explicitando tiene también acérrimos detractores.

Se dice que ninguna solución trae que el juez fije de antemano a cuál de las partes le corresponderá la carga probatoria, pues no se podrá arribar a tal juicio sino al sentenciar.

Aceptar aquello como solución implica darle a la dinámica probatoria un cariz de pauta *a priori* que justamente el instituto repudia.

Cualquier sesgo de encasillamiento de la doctrina apuntada que atribuya apriorísticamente y sin distinción la carga probatoria, como otra regla clásica más, provocará que la carga deje de ser dinámica para convertirse en estática<sup>(1279)</sup>.

---

(1276) Perrachione, Mario C., "Límites...", cit.

(1277) Peyrano, Jorge W., "La doctrina...", cit., ps. 96-97.

(1278) *XII Congreso Nacional de Derecho Procesal: Conclusiones*, Río Hondo, Santiago del Estero, 19 al 22/5/1993, JA 1993-III-931.

(1279) Barberio, Sergio J., "Cargas probatorias...", cit., p. 106.

Se pregunta la doctrina cómo es posible que el juez tan tempranamente avise que ha de utilizar el criterio dinámico de la prueba, si todavía las pruebas no han sido producidas y tampoco han podido ser valoradas por él.

Asimismo, se interpreta que la aplicación de esta regla de excepción únicamente puede tener lugar después —y no antes— de producidas completamente las pruebas ofrecidas por los adversarios en el pleito.

Empero el elenco de inconveniencias no concluye allí, si se repara en que imponerle esa tarea al juez podría en los hechos inducirlo a “prejuzgamiento” en el tema que nos ocupa y además se lo colocaría en un camino del que no tendría retorno o del que le resultaría difícil volver, si luego de producida totalmente la prueba reexaminara que existen pruebas para dirimir el conflicto de conformidad con las reglas tradicionales<sup>(1280)</sup>.

Para otros autores el anuncio es innecesario y peligroso.

Es innecesario por cuanto si la teoría de las cargas probatorias dinámicas es ya doctrina recibida en nuestro derecho, dice no advertirse qué sorpresa puede existir para las partes ante su aplicación oficiosa por el juzgador<sup>(1281)</sup>.

Se lo adjetiva de peligroso y se analizan los efectos que podría acarrear su incumplimiento.

¿Qué pasaría si el juez omite formular tal manifestación a las partes; si olvida hacer saber la existencia de especiales exigencias probatorias para una de ellas?

En principio, pareciera que para no burlar la garantía de defensa en juicio tal omisión debe derivar en la imposibilidad de aplicar en la sentencia la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Ni hablar del tribunal de alzada, que al producir la revisión del fallo encontraría igual impedimento.

De tal suerte, la decisión justa de la controversia quedaría sometida a una formalidad<sup>(1282)</sup>.

---

(1280) Bacarat, Edgar J., “Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada”, en Peyrano, Jorge W. (dir.) - Lépori White, Inés (coord.), *Cargas...*, cit., ps. 281-282.

(1281) Sprovieri, Luis E., “Audiencia...”, cit.

(1282) Ídem.



Se dice también que el anuncio previo resultaría —en no pocos casos— imposible en la práctica.

En múltiples supuestos concretos el juez puede verse impedido de saber en los albores del proceso que habrá de aplicar al sentenciar la teoría de las cargas probatorias dinámicas<sup>(1283)</sup>.

Realmente el tema es complejo.

La advertencia tendrá sus facetas beneficiosas (afianza la previsibilidad y deja aclarado a qué deben atenerse las partes) y perjudiciales (en los albores del proceso es bastante difícil saber quién está en mejores condiciones de probar, puede hacer incursionar al magistrado en un terreno incierto y de difícil retorno a las reglas clásicas, no queda en claro cuál sería la consecuencia de la omisión del anuncio, entre otras).

Aun así, y como luego lo veremos, algunos códigos procesales receptan un trámite como el que venimos analizando aquí.

Y en otras jurisdicciones, aun ante la inexistencia de normas expresas, se ha decidido que para la aplicación de la teoría no solo hace falta pedido de parte, sino también expreso pronunciamiento antes de abrirse la causa a prueba<sup>(1284)</sup>, al tiempo que se argumenta que su aplicación sorpresiva por parte del juez al dictar sentencia podría alterar gravemente el derecho de defensa de la parte a quien se le imputa que en su cabeza recaía la carga probatoria<sup>(1285)</sup>.

Como ya lo habrá advertido el lector, la letra del art. 1735 del Cód. Civ. y Com. ha contemplado esta posibilidad; en seguida nos referiremos a este artículo.

#### **10.4.9. Otras críticas**

Amén de lo dicho precedentemente en cuanto al grave problema de previsibilidad que acarrea el instituto, esta nueva forma de adjudicar el riesgo probatorio ha recibido más embates de parte de sus detractores.

Se sugiere estudiar hasta dónde, existiendo el principio constitucional por el cual nadie puede ser coaccionado a declarar en su contra,

---

(1283) Ídem.

(1284) C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 1a, 19/11/2007, “Herrera, Magdalena F. c. Erogas Distribuidora de Gas Cuyana SA”, Abeledo Perrot nro. 1/1026138; C. Civ. y Com. Mercedes, sala 1a, 4/5/2006, “Di Nisi, Delia E. c. Medicina Tecnológica del Oeste s/ daños y perjuicios”.

(1285) C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 4a, 8/11/2007, “Bicare SA c. Viniterra SA”, Abeledo Perrot nro. 1/70043317.

puede coexistir un instituto que obliga a las partes a probar su inocencia<sup>(1286)</sup>.

En la misma línea de pensamiento, otros autores opinan que postular en forma irrestricta el deber de colaborar con la parte cuya pretensión el mismo ordenamiento confiere facultad de resistir no es menos irrazonable (ni siquiera es distinto) que forzar a la contraparte a asumir desde un principio la pretensión de su contraria, lo cual revertiría en la conculcación franca del derecho constitucional de defensa<sup>(1287)</sup>.

Desde otro vértice, y vinculando la carga de la prueba con las presunciones del derecho de fondo, se dice que mientras que el derecho de fondo otorga —ante la duda— la presunción a favor de liberación, las reglas de forma cargan a dicha parte con la demostración de tal liberación.

O, de otro modo, que el derecho procesal carga a la parte demandada con la demostración de la liberación que el derecho de fondo presume.

Se asevera que no puede el derecho material presumir la liberación o inculpabilidad de una persona y el derecho de forma exigir a esa persona que pruebe tal liberación o inculpabilidad de modo pronosticar una desventaja en el litigio si no puede demostrar aquello que el derecho material presume.

En conclusión: se dice que las cargas probatorias dinámicas contrarían las presunciones legales de derecho, motivo suficiente para no ser aplicadas<sup>(1288)</sup>.

Se advierte también que el criterio de *insuficiencia probatoria* demanda, cuando menos, la definición de un cierto estándar que garantice a las partes la razonable oportunidad de satisfacerlo, en tanto que no puede invocarse la falta de *quantum* probatorio sino solo ante la renuencia a aportar medios conocidos (déficit en la extensión de la prueba), pero no ante la mera falta de convencimiento moral del sentenciante (déficit en la atendibilidad de la prueba)<sup>(1289)</sup>.

#### **10.4.10. Recepción normativa (en los códigos procesales) y jurisprudencial**

Si bien el Cód. Proc. Civ. y Com. carece de una norma que contemple la figura, en varias circunscripciones de nuestro territorio nacional la

---

(1286) García Grande, Maximiliano, “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”, LL 2005-C-1082.

(1287) Sastre, María P. - Pithod, Federico, “Del levantamiento...”, cit.

(1288) García Grande, Maximiliano, “Inaplicabilidad...”, cit.

(1289) Sastre, María P. - Pithod, Federico, “Del levantamiento...”, cit.

teoría en análisis ha sido receptada legalmente (art. 367, Cód. Proc. Civ. y Com. Chaco; 377, Cód. Proc. Civ. y Com. Corrientes; 374, Cód. Proc. Civ. y Com. Formosa, entre otros).

Aquí, es bueno recordar —también— que en el XII Congreso Nacional de Derecho Procesal se recomendó la regulación legal del ideario ínsito en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, aunque se advirtió que sería inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas, demasiado casuísticas y que puedan interpretarse de manera inflexible, de manera de dificultar el necesario ajuste de la decisión respectiva a las circunstancias del caso<sup>(1290)</sup>.

Amén de ello, en múltiples ocasiones, los tribunales han acudido a esta doctrina para el reparto del *onus probandi*.

Lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en votos aislados de alguno de sus integrantes<sup>(1291)</sup>.

Existe un precedente clásico que, suele decirse en doctrina, ha receptado la teoría<sup>(1292)</sup>.

De su lectura surge que, en realidad, el Dr. Vázquez sostuvo la postura mencionada en la nota precedente, parte de los miembros del tribunal consideraron inadmisibles el recurso y otro sector, si bien habló de un deber de colaboración por parte de la demandada (consid. 7º) en ningún momento hizo alusión al dinamismo en la adjudicación del *onus probandi*.

Pero, en otro caso<sup>(1293)</sup>, el dictamen del procurador general recuerda los votos del Dr. Vázquez y asevera “que V.E. tiene dicho que en materia de mala praxis, donde se trata de situaciones complejas que no resultan ser de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida, que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo”.

Y la Corte en pleno, sin ningún tipo de reparo o salvedad, remite al dictamen en cuestión.

---

(1290) XII Congreso Nacional de Derecho Procesal: Conclusiones, Río Hondo, Santiago del Estero, 19 al 22/5/1993, JA 1993-III-931.

(1291) CS, Fallos 319:2129, 320:1811, 321:667, 321:1599, votos del Dr. Vázquez y 322:3101, disidencia de los Dres. Moliné O'Connor y Vázquez.

(1292) CS, Fallos 320:2715.

(1293) CS, Fallos 324:2689.

En un fallo mucho más actual, dijo el Alto Tribunal:

“En lo atinente a las reglas que rigen la carga de la prueba esta Corte también ha advertido que ellas deben ser apreciadas en función de la índole y características del caso sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía —por sobre la interpretación de las normas procesales— a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (Fallos: 319:1577; 324:4123; 325:2713; 324:115, entre otros).

”(…)

“Resulta reprochable la valoración que el superior tribunal efectuó de la conducta adoptada por el demandado quien desde un principio se escudó en la negativa frente al relato de la actora y en el rechazo a la realización del estudio biológico, sin proporcionar ninguna aclaración sobre la conducta que se le atribuía, dar su propia versión de lo acontecido ni comparecer personalmente al proceso a los fines de desvirtuar el hecho que se le imputaba. No pudo desconocerse que la teoría de las cargas probatorias jugaba aquí un papel fundamental, pues las opciones probatorias estaban acotadas por el escenario aislado en el que se habrían desarrollado los hechos y por la ínfima posibilidad de la actora para reconstruir el hecho dadas las características personales de la presunta víctima”<sup>(1294)</sup>

También los superiores tribunales provinciales han acudido a esta doctrina, receptada en sus jurisdicciones legalmente la teoría<sup>(1295)</sup> o no<sup>(1296)</sup>.

Así, por ejemplo, ha dicho la casación bonaerense que “la flexibilización de las reglas de las cargas probatorias (art. 375, CPCC), tornándolas dinámicas, permite adjudicar el peso de la ausencia de colaboración a la parte que, poseyendo los medios para formar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos, se conforma con una pasiva negativa en los términos del art. 354 del Código Procesal Civil y

---

(1294) CS, Fallos 329:276.

(1295) Sup. Trib. Just. Corrientes, 26/11/2007, “Leiva, Bruno c. Forestal Andina SA”, Abeledo Perrot nro. 35020552.

(1296) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2a, 2/9/1994, “Revol Luque de López, Susana E. c. Municipalidad de Mendoza s/acción procesal administrativa”; Sup. Corte Bs. As., 17/9/2008, “Lucero, Osvaldo W. s/amparo”, en [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar); Corte Sup. Just. Tucumán, sala Lab. y Cont. Adm., 19/4/2001, “Acuña, Miguel Á. y otros c. San Bernardo SRL y otro s/cobros”.

Comercial”<sup>(1297)</sup>, ideas seguidas por los tribunales inferiores de esa jurisdicción<sup>(1298)</sup>.

En el mismo sentido ha dicho la Suprema Corte de la Provincia que “frente a la amplia actividad probatoria producida por la accionante y la actitud pasiva asumida por el municipio demandado, quien poseyendo la facultad de producir prueba en contrario no lo hizo, y redujo su actividad procesal a la mera negación de los hechos, es razonable aplicar los principios que permiten flexibilizar las reglas de las cargas probatorias (art. 375, CPCC), tornándolas dinámicas, permitiendo así a la judicatura adjudicar el peso de la ausencia de colaboración contra la parte que, poseyendo los medios para formar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos, se conforma con una pasiva negativa en los términos del art. 354 del Código Procesal Civil y Comercial”<sup>(1299)</sup>.

La jurisprudencia nacional también ha acudido a esta figura en múltiples ocasiones.

Así, se ha dicho que la aplicación de las cargas probatorias dinámicas implica que la prueba debe colocarse en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla, resultando ello ser un recurso útil para quien reclama, que tendrá la finalidad de alejarlo de una prueba diabólica para el mismo<sup>(1300)</sup>.

#### **10.4.11. Otra forma de ver las cosas (las líneas demarcatorias se tornan difusas). Nuevas objeciones**

La inserción de institutos modernos en un sistema acuñado a lo largo de años puede, a veces, generar enfoques imprecisos.

Es lo que, a nuestro modo de ver, acontece con la cuestión de las cargas probatorias dinámicas.

---

(1297) Sup. Corte Bs. As., 2/5/2013, “D. M., I. H. c. Hospital Privado de Comunidad - Fundación Médica Mar del Plata y otros s/daños y perjuicios”; 4/3/2015, “J., V. F. c. M. S. y o. D. y p.”, JUBA, sumario B3903655.

(1298) C. Civ. y Com. San Nicolás, 5/5/2020, “Berbel, Aldana Anahi c. Domínguez, Pablo Daniel s/alimentos”, JUBA, sumario B861888.

(1299) Sup. Corte Bs. As., 29/8/2018, “Grunewald, Marta Susana contra Municipalidad de General San Martín. Daños y perjuicios”.

(1300) CNCiv., sala I, 13/11/2020, “P. M. P. c. A. A. C. s/daños y perjuicios”, LL Online AR/JUR/56541/2020.

En ciertos casos (simulación, etc.), la penuria probatoria condiciona las exigencias y rigideces valorativas, pero sin mudanzas en el *onus*, en virtud de mantenerse siempre dentro de la dogmática del rito<sup>(1301)</sup>.

Es cuestión de valoración de la prueba, de pautas de apreciación, no de ausencia de ella: el juez forma su convicción al ponderar la prueba de acuerdo con reglas singulares vinculadas con las características específicas del caso, valiéndose de la sana crítica.

No hay aquí aplicación de regla de juicio alguna.

Por otra parte, hemos intentado, anteriormente, delimitar dos cuestiones bien diversas: la utilización, por parte del decisor, de determinadas presunciones (caso en el cual existe prueba —la de presunciones—) de aquellos supuestos en los cuales la inexistencia de elementos convictivos idóneos le obligan a aplicar la regla de juicio.

Son, ya lo dijimos, dos momentos bien diversos.

No obstante ello, vemos que —en reiteradas ocasiones— invocando expresamente la doctrina de las cargas probatorias dinámicas se hace jugar la falta de colaboración o la no producción de prueba a modo de presunción desfavorable al renuente<sup>(1302)</sup>.

En otros casos, sin hablar de dinamismo en la adjudicación del *onus*, se alude a la carga de probar, a las mejores condiciones de hacerlo y se hacen jugar presunciones en contra del renuente<sup>(1303)</sup>.

Pensamos que, si en un mismo instituto, procuramos fusionar la ponderación del indicio endoprocesal (*conducta de las partes*) y la regla de juicio (*carga de la prueba*), equivocamos el camino y desfiguramos esta última.

El problema ha sido certeramente detectado por la doctrina, al resaltar cierta tendencia muy expandida a considerar como una misma cosa a las llamadas cargas dinámicas de la prueba y a la aplicación del principio de colaboración probatoria, en virtud de verificarse la utilización indiferente de ambas instituciones, como si aplicadas a la resolución de un conflicto determinado llevaran en todos los casos a las mismas respuestas acerca de la elucidación de los hechos controvertidos, cuando

---

(1301) Bracton, “Un matiz sobre la prueba dinámica”, LL 1998-C-742.

(1302) C. Apels. Comodoro Rivadavia, sala B, 23/11/2005, “F. S., J. C. c. P. A. SA s/ cobro de pesos”.

(1303) CNFed. Cont. Adm., sala 4a, 30/3/2000, “Laurida, Tomás O. c. Lotería Nacional”, cit. en Rodríguez, Claudia B., “La carga...”, cit.; CNCom., sala A, 9/10/2003, “C., K. c. A., I. y otros”, JA 2004-II-615.

—se señala— es posible, y necesario, distinguir los alcances de ambos institutos<sup>(1304)</sup>.

En una posición más coherente, parte de la doctrina enfoca el tema desde el ángulo presuncional.

Se dice, en tal sentido, que la omisión de aportar la prueba por la parte que se hallaba en mejores condiciones de hacerlo permite al magistrado extraer argumentos de prueba en contra del infractor; y el juez no está violando la regla de juicio que grava con su carga a la otra parte porque este proceder nada tiene que ver con la carga de la prueba en tanto esta entra en aplicación cuando la fase de valoración de las pruebas se ha agotado y negativamente, mientras que con aquella valoración el juez está procurando llegar a la certeza<sup>(1305)</sup>.

El juez se guiará por indicios y presunciones, lo que no implica alterar la carga de la prueba<sup>(1306)</sup>.

Otros autores, detractores de la teoría, también observan el tema con el lente indiciario.

Se dice así que el juez, en vez de solicitar a la parte demandada la prueba de su inocencia, debe recurrir a la prueba que emana de su inactividad y presumir en contra de quien entorpece la actividad probatoria de la contraria, con lo que no habría inversión de la carga probatoria en ningún momento, en tanto que rigen principios históricos.

Se indica que si las cargas probatorias dinámicas se configuran cuando se dan los presupuestos de una presunción judicial (por ejemplo, determinada conducta reticente u obstructiva de una de las partes), no estamos hablando de nada nuevo, sino de más de lo mismo, en razón de lo cual no tiene sentido la creación de este instituto pues no nos estamos refiriendo más que a las pruebas indiciarias y a las presunciones.

Se postula que en varios casos donde se aplica la teoría de las cargas probatorias dinámicas pueden aplicarse institutos ya creados por la

---

(1304) Giannini, Leandro J., “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba”, LL 2010-E-1.

(1305) De Midón, Gladys E., “A propósito del *onus probandi*: la parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo”, ponencia al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, *Libro de Ponencias*, La Ley, Santiago del Estero, 1996.

(1306) Bermejo, Patricia, “Nueva concepción sobre la carga de la prueba”, ponencia al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, *Libro de ponencias*, La Ley, Santiago del Estero, 1996.



legislación o la doctrina, como pueden ser el abuso del proceso y el valor probatorio de la conducta de las partes<sup>(1307)</sup>.

Para otro sector de la doctrina los mismos efectos que arroja la invocación de la teoría han sido pacíficamente obtenidos por senderos menos reñidos con los principios procesales de valor axiomático.

Se dice así que esta teoría no es mucho más que la postulación de una presunción *hominis* cuya aplicabilidad al caso no releva al juez de verificar la efectiva ocurrencia del hecho que genera la presunción; que el patrón decisorio que sella la doctrina no hace más que automatizar la virtualidad indiciaria de la fuente ocultada, a la que atribuye valor incriminatorio y que nada se perdería si, en lugar de apelar directamente a la teoría, se reestructurase en el caso concreto la efectiva ocurrencia de los extremos que tornan procedente la presunción.

Más concretamente: si se constataste el ocultamiento de prueba, tal extremo *causaría per se* presunción suficiente contra su disponente, y se haría superfluo, de ser así, el recurso a la regla de juicio implícita en la doctrina de las cargas dinámicas; y si, por el contrario, no hubiere constancias de tal ocultamiento, la doctrina supondría un parámetro decisorio injustificable<sup>(1308)</sup>.

En similar lineamiento, se ha dicho que frente a la ausencia de una norma expresa que asigne la carga de la prueba simplemente a quien está en mejores condiciones de probar solo puede acudir, para supuestos en los que exista entre las partes una desigualdad de recursos materiales (económicos, de acceso a la información, etc.) al principio de colaboración procesal, pero operando no con base en la carga de la prueba, sino a la valoración de los elementos de convicción, como son las presunciones; así, la regla operaría como herramienta para la valoración de la conducta de las partes y no propiamente como un dispositivo referido al *onus probandi*<sup>(1309)</sup>.

La idea es, en realidad, seductora, pues obvia todas las objeciones que pueden efectuarse a esta controvertida teoría e incluso soslaya la aplicación de la regla de juicio, al propiciar que el decisor forme su convicción y salga del estado de incertidumbre.

Pero el problema, a nuestro modo de ver, es que no siempre la conducta procesal de quien está en mejores condiciones de probar tendrá

---

(1307) García Grande, Maximiliano, "Inaplicabilidad...", cit.

(1308) Sastre, María P. - Pithod, Federico, "Del levantamiento...", cit.

(1309) Giannini, Leandro, "Principio", cit.

esa virtualidad indiciaria, para lo cual es necesaria la convergencia de los recaudos que hemos explicitado en otro lugar.

Es más: si prescindimos de los casos paradigmáticos de ocultación u obstrucción probatoria, creemos que la sola ausencia de aporte de determinada prueba (cuando no existe regla legal que así lo imponga, ni a modo de obligación ni a título de carga) difícilmente pueda llegar a adquirir valor indiciario trascendente, lo que nuevamente nos dejaría ayunos de prueba y ante la necesidad de acudir a la regla de juicio.

Con todo, esta forma distinta de ver las cosas ha ido ganando adeptos, y más aún luego de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento.

Posteriormente volveremos sobre el tema.

#### ***10.4.12. La recepción del instituto en el Cód. Civ. y Com. Llamativas ausencias***

Haremos algunas consideraciones, muy breves, acerca de la recepción del instituto en el Cód. Civ. y Com.<sup>(1310)</sup>.

Básicamente, advertiremos que la cuestión de las cargas probatorias dinámicas parece haber sido incluida por el legislador en dos tramos diversos del Código: en el art. 710 (para los procesos de familia) como así también en el sistema de los arts. 1734 y 1735 (para los procesos de responsabilidad civil, función resarcitoria).

Con lo cual, a partir de aquí comenzaremos el análisis de estos tópicos.

Ello no sin advertir que la teoría de las cargas probatorias dinámicas ha desembarcado muy limitadamente en el Cód. Civ. y Com. solo para las situaciones precedentemente aludidas lo cual es, para nosotros, llamativo.

Ya hemos expresado al respecto nuestra sorpresa<sup>(1311)</sup> al advertir que, en materia de juicio de simulación, no se hubiera contemplado también la situación de desnivel probatorio (ver, en tal sentido, art. 336 Cód. Civ. y Com.) que invariablemente se ha venido reconociendo<sup>(1312)</sup>.

---

(1310) Si el lector quisiera ampliar al respecto puede ver nuestro aporte en AA.VV. - Quadri, Gabriel H. (dir), *Derecho procesal en el Código Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. 1, cap. XV.

(1311) Quadri, Gabriel H., "Incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación en materia probatoria (breves reflexiones a poco de su vigencia)", *Revista Código Civil y Comercial*, nro. 2, La Ley, agosto 2015.

(1312) Quadri, Gabriel H., *La prueba*, cit., t. II, p. 1578.

Lo dicho en cuanto al juicio de simulación, parecería también aplicable al variado cúmulo de circunstancias probatorias difíciles que pudieran exceder a las limitadamente contempladas en el Cód. Civ. y Com.; es que si el legislador, en un moderno cuerpo normativo, ha contemplado algunas situaciones, y no otras, no solo ha dejado con pocas herramientas al juzgador para actuar en otros supuestos, sino que lo ha colocado en situación de tener que entrar a operar en una zona en la cual la ley (como mandato abstracto) no viene en su ayuda.

Y con un peligroso silencio que, lejos de mantenerse neutral, podría intentar ser capitalizado por quien resista la aplicación del instituto, invocando —justamente— este silencio legislativo (contrastado con la regulación puntual y positiva para otras situaciones) en pos de la no vigencia, en aquel caso, de este reparto diverso de la fatiga probatoria.

Por lo demás, en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 28, 29 y 30 de septiembre de 2017 el panel de la Comisión 12, también se cuestionaron algunos aspectos relativos a la incorporación del instituto en el Cód. Civ. y Com.

Con todo, y aun mostrándose crítico de algunos aspectos de su recepción en el art. 1735, Peyrano ha considerado positiva la recepción en el Cód. Civ. y Com., señalando —además— que todo este cuerpo normativo no es sino una muestra de la inclinación por el activismo judicial<sup>(1313)</sup>.

Dejando esto atrás, vamos a referirnos a las normas que antes hemos mencionado.

Primero iremos con la del art. 710.

La misma establece que “la carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”.

En verdad, aquí la carga de la prueba no es dinámica, sino que se sienta otra regla —estática— que la adjudica a quien esté en mejores condiciones de probar; esto inserta otro problema, que es el de definir quien se encuentra en esta situación, frente a cada caso concreto.

Por otro lado, la norma no contempla la realización de aviso o advertencia alguna.

La otra norma, que sí consagra un supuesto de carga probatoria dinámica, es la del art. 1735.

---

(1313) Peyrano, Jorge W., “Las cargas probatorias dinámicas, hoy”, RCyS 2017-I-5.

El mismo establece que el juez “puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”.

La norma opera en el ámbito de la responsabilidad civil; su alcance es, en verdad, algo limitado pues solo permite esta distribución para la demostración de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida. Así, no la contempla para la acreditación misma del hecho dañoso, ni para el análisis de la vinculación causal ni mucho menos para la prueba del daño.

Por lo demás, el artículo plantea una serie de cuestiones procedimentales, al contemplar la realización de un aviso previo, que le permita a las partes ejercer su defensa cabalmente. El análisis, en profundidad, de este supuesto excede el cometido de este capítulo por lo que, si fuera de interés del lector, puede remitirse al abordaje (más exhaustivo) que hemos efectuado en otro lugar<sup>(1314)</sup>.

#### **10.4.13. En el ámbito del derecho del consumo**

El art. 53 de la ley 24.240, en su parte pertinente, establece que “los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”.

Como se ve, la norma consagra en deber de colaboración y aporte de la evidencia que obre en su poder, mas no una norma que ponga en cabeza de los proveedores la carga de la prueba, en el sentido que hemos expuesto anteriormente.

---

(1314) Nuestro aporte en AA.VV., *Derecho procesal en el Código Civil y Comercial*, cit., t. 1, cap. XV. Una visión crítica de los temas procedimentales que inserta el artículo puede verse en Guzmán Medina, Rocío, Relaciones entre el Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho procesal. Teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial de Nación. Necesidad de delimitar la facultad discrecional de los jueces, RCCyC 2018 (marzo), 32. También puede verse, profundizando en el instituto y explicitando los problemas hermenéuticos que ha generado, Iturbide, Gabriela A., Las cargas probatorias dinámicas y su alcance en el Código Civil y Comercial, LL 2017-C-718 y De Los Santos, Mabel, “Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial”, LL 2017-A-642.

El distingo es, creemos, sutil, pero a la luz de todo lo expuesto en este capítulo, el lector comprenderá a donde apuntamos: el incumplimiento de este deber podrá generar una presunción contraria al proveedor, pero ello operará en el ámbito de la reconstrucción fáctica y no como norma de clausura, o de distribución de la carga probatoria.

Con todo, y aun así, la jurisprudencia ha sostenido que en el sistema protectorio de defensa del consumidor entra a jugar de manera necesaria la teoría de las cargas dinámicas en materia probatoria<sup>(1315)</sup>, aun cuando se habla de la generación de presunciones contrarias al proveedor<sup>(1316)</sup>

Lo propio ha sostenido la doctrina<sup>(1317)</sup>.

#### ***10.4.14. Las cargas probatorias dinámicas y la evidencia digital***

Como lo hemos señalado ya, son muchos los casos en los cuales es necesario utilizar prueba electrónica y existen situaciones de desnivel probatorio.

Y, como lo señalamos también, son justamente las situaciones de desnivel probatorio las que, bajo determinadas condiciones, han disparado la aplicación del instituto de las cargas probatorias dinámicas.

Nos seguiremos preguntando, por supuesto y también en el ámbito de la prueba electrónica, si estos desniveles, y los incumplimientos por parte de quienes están en mejores condiciones de probar, generan presunciones o definición de la controversia mediante normas de clausura (carga de la prueba).

Como ya lo hemos hecho en diversas partes de este capítulo introductorio, dejamos el tema aquí. No es materia del presente desarrollo, sino que se lo abordará en la parte específica de este Tratado.

---

(1315) Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala civil y penal, 10/6/2019, “Dirección de Comercio Interior c. Telecom Argentina SA s/su denuncia (denunciante: R., L. E.)”, LL 2019-E-300; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, 17/7/2019, “Spektor, Verónica Viviana y otro/a c. Rincón Club de Los Andes s/ daños y perj. incump. contractual (exc. Estado)”, RCyS 2019-XI-166; C. Civ. y Com. Pergamino, 11/2/2020, “Pardo SA c. Coop. Elect. Serv. Anexos de Viv. y Crdto. Pergamino Ltda. s/daños y perj.”, JUBA, sumario B5065866.

(1316) C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala 3a, 12/07/2018, “García Adolfo José c. Caja de Seguros SA s/daños y perj. incump. contractual (exc. Estado)”, JUBA, sumario B356107.

(1317) Vinti, Ángela M., “La carga dinámica de la prueba en la Ley de Defensa del Consumidor. Las consecuencias de la frustración de la prueba”, LLBA 2016 (febrero), 17.

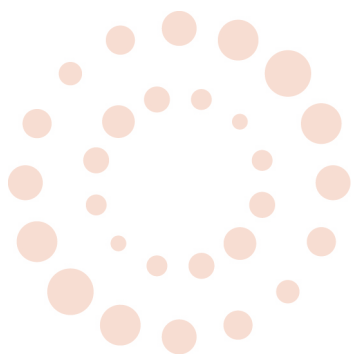
Por el momento, y así vamos cerrando, nos contentamos con llamar la atención del lector acerca de la potencial incidencia del instituto de las cargas probatorias dinámicas, cuando se trata de prueba electrónica.

## **XI. CIERRE**

Este capítulo no se ha referido a la prueba electrónica en específico, sino a la prueba, en general.

Con todo, y como ya se lo verá, la prueba electrónica es —valga la redundancia— prueba.

Por ello, creímos conveniente incluir, en los albores de este Tratado, un compendio como el presente, para acercar al lector algunas consideraciones, iniciales, sobre el fenómeno probatorio.



Thomson  
Reuters™