

Ponencia
XVII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA.
AZUL 2 Y 3 DE NOVIEMBRE.

Lema del Congreso
“La prueba es Libertad”
Hacia un modelo de litigación eficaz y de garantías

La importancia de determinar el objeto de la prueba a los fines de confirmar eficazmente

Sebastián M. Sarde

1. Introducción

El tema que voy a desarrollar será sobre la importancia de determinar el objeto de la prueba a los fines de confirmar eficazmente.

Pensando la cuestión entendí que para cumplir con el propósito del título debía ir a las bases de la confirmación procesal¹ para poder recordar los conceptos importantes en el tema. Ello no será otra cosa que responder a dos principales interrogantes ¿Qué puede ser confirmado? y ¿Qué debe ser confirmado? Es decir, delimitar el objeto y el tema de confirmación².

2. Hechos que se deben confirmar

Debemos recordar que el objeto de la prueba será siempre un hecho susceptible de ser confirmado. Y ¿cuáles serán? En principio aquellos hechos que sean afirmados por

¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Lecciones de derecho procesal*, adaptada a la legislación civil y penal de la provincia de Buenos Aires por Gustavo CALVINHO y Gabriel H. DI GIULIO, Astrea, C.A.B.A., 2015, P. 10

² Sobre la definición de estos conceptos ver: ALVARADO VELLOSO, Adolfo: Ob. Cit. P 477; PALACIO, Lino Enrique actualizada por CAMPS, Carlos Enrique: *Derecho Procesal Civil*, 4ta. ed., Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, Tomo II, P. 239; ALSINA, Hugo: *Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2da. ed., Ediar S. A., Buenos Aires, 1958, Tomo III, P. 383; GOZAINI, Osvaldo Alfredo: *Tratado de derecho procesal Civil*, JusBaires, 2020, Tomo II, P. 327; DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1976, Tomo I, P. 142

las partes. Aquí aparece el término **pertinencia**³. En esta etapa de confirmación vamos a encontrarnos con hechos afirmados por las partes que el Juez deberá encuadrar en una norma jurídica –existente o a crear–, siempre que se encuentren confirmados por algún elemento probatorio.

También, se debe tener presente que el hecho que se debe confirmar deberá ser **controvertido**⁴, es decir, afirmado por una parte y negado por la otra. Es sabido existen hechos que, aunque las partes lo reconozcan, igualmente deberán confirmarse. Estos son los hechos de demostración necesaria o cuando en el proceso se encuentre en juego el orden público⁵. Ej. La posesión venteañal, procesos de determinación filial.

Además, para confirmar de forma eficaz, debemos analizar que los hechos sean **conducentes**⁶, recordemos que misma la norma procesal –al menos de la Provincia de Buenos Aires– lo indica⁷. Es decir, que los medios probatorios deberán recaer sobre hechos que se dirijan a resolver en conflicto (influyen en la decisión del conflicto). Aquí quedarían afuera los hechos que, si bien pueden ser controvertidos, no se relacionen con el litigio⁸. Ej. En un daños y perjuicio por un accidente de tránsito y se intente probar que el demandado es un buen padre de familia. En este sentido la norma claramente establece que deberán desecharse los medios meramente superfluos o dilatorios⁹.

Cabe hacer también una breve mención respecto de los **hechos negativos**¹⁰. Éstos son de difícil demostración puesto que no admiten medios directos de confirmación, sino se acreditarán mediante un hecho positivo que descarte el negativo.

³ Art. 362 del CPCCBA. Ver: PALACIO, Lino Enrique actualizada por CAMPS, Carlos Enrique: Ob. Cit., P. 390; GOZAINI, Osvaldo Alfredo: Ob. Cit., P. 499 y ss.

⁴ Arts. 358 y 362 CPCCBA; LOPEZ MIRO, Horacio, G.: Probar o sucumbir. Los tres grados del convencimiento judicial y la regla del onus probandi, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, P. 28

⁵ Ver: ALVARADO VELLOSO, Adolfo: Ob. Cit., P. 479; PALACIO, Lino Enrique actualizada por CAMPS, Carlos Enrique: Ob. Cit., P. 383; ALSINA, Hugo: Ob. Cit., P. 244; GOZAINI, Osvaldo Alfredo: Ob. Cit., P. 397

⁶ Cita ALVARADO VELLOSO, Adolfo: Ob. Cit., P. 479; PALACIO, Lino Enrique actualizada por CAMPS, Carlos Enrique: Ob. Cit., P. 385; ALSINA, Hugo: Ob. Cit., Tomo III, P. 243; GOZAINI, Osvaldo Alfredo: Ob. Cit., P. 349

⁷ Arts. 358 y 362 CPCCBA

⁸ Un ejemplo de esto es en el marco de un daños y perjuicio por un accidente de tránsito en una avenida uno realizó una maniobra peligrosa y solo hubo daño material en los vehículos, el actor sostiene que es buen padre de familia y el demandado lo niega. Claramente está controvertido, pero no hace a la solución del litigio.

⁹ Ver cita N° 2

¹⁰ GOZAINI, Osvaldo Alfredo: Ob. Cit., P. 414;

3. Hechos que no son necesarios confirmar

Para probar eficazmente no solo debemos tener en mente los hechos que las partes deberán confirmar para que su pretensión sea acogida en la sentencia, sino que también debemos tener presente los hechos que no tenemos que confirmar. Es que si ofrecemos de más no estamos siendo eficaces.

Primeramente, debe tenerse presente que no deben probarse los **hechos no afirmados**. El principio dispositivo y la congruencia aparecen en este punto. Es la contracara de la pertinencia

Los **hechos evidentes**¹¹, que son los conocidos por todos los integrantes de la sociedad. Ejemplo, de día se tiene mejor visión que de noche.

Los **hechos notorios**¹² que son los conocidos por muchas personas en una cultura, sociedad o medio determinado. Ej. El día 9 de julio en argentina es feriado.

En el caso de los **hechos presumidos por ley**, son los que la ley admite como ciertos. Estos se diferencian de los que admiten prueba en contrario de los que no. Sin embargo, aquí se deberá confirmar el hecho que basa la presunción.

4. Medios de prueba

Para probar eficazmente también debemos considerar la **idoneidad del medio de prueba**, esto se refiere a la relación del hecho que se intenta demostrar con el medio de prueba que se ofrece. Ej. La titularidad de un automotor intentar demostrarla por testigo y no mediante prueba informativa al Registro de la Propiedad del Automotor.

En cuanto a la **admisibilidad** del medio de prueba ofrecido, debe tenerse presente las pruebas que no se encuentran permitidas por la legislación procesal. Ej. Los testigos menores o familiares de las partes¹³.

¹¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo: Ob. Cit., P. 480;

¹² ALVARADO VELLOSO, Adolfo: Ob. Cit., P. 480; PALACIO, Lino Enrique actualizada por CAMPS, Carlos Enrique: Ob. Cit., P. 385; ALSINA, Hugo: Ob. Cit., P. 247; GOZAINI, Osvaldo Alfredo: Ob. Cit., P. 400

¹³ ARTICULO 425: Testigos excluidos. No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo que se tratase de reconocimiento de firmas

Es importante señalar que, en caso de duda, deberá estarse por el mantenimiento del medio de prueba¹⁴.

También desde el punto de vista de las partes, habrá de tenerse presente la **carga de la prueba**¹⁵, pues quien tenga que demostrar su alegación, deberá corroborar que ofreció un medio confirmatorio sobre ese hecho.

Este tema tiene otros tintes, que desde mi punto de vista completa para probar eficazmente, como es el caso de la facultad instituida en el art. 1735 del CCYC que deja en cabeza del juez el distribuir la carga de la prueba. Paso a explicarme.

Este artículo permite que el Juez en el caso que no se hubieren confirmado de hechos conducentes en el proceso, aplica las reglas generales establecidas por la normativa procesal, o bien a imponer la carga a quién está en condiciones de probar. El inconveniente en este punto es que el Juez lo hace en la sentencia. Si bien actualmente el Juez debe tener que avisar que va a usar esta facultad, no dice como lo va a usar, por ende, las partes –por si acaso– ofrecerán medios de prueba porque no saben si tienen o no la carga de probar determinado hecho.

Todo esto nos llevará a realizar un análisis interno, es decir conocerse a uno mismo de cara a los posibles medios de prueba. Debemos analizar rigurosamente los hechos, y los que sean presupuesto de la norma que se invoca, ofrecer medios referidos a ese hecho/s y por las dudas, ofrecer medios probatorios por si el juez señala al decidir sobre el fondo del asunto que una parte debió probar un hecho porque estaba en mejores condiciones de probar.

5. Plan de oralidad de la Pcia. de Bs. As. y el objeto de prueba

También, para probar eficazmente, es importante conocer el proceso. Cuando digo conocer el proceso, me refiero a lo que sucede actualmente con el funcionamiento de los Poderes judiciales, dado que el proceso se encuentra atravesado por la función legislativa de la Suprema Corte de Justicia –exacerbado en el año 2020 por la pandemia–. Es decir,

¹⁴ La SCBA ha resuelto en la línea del criterio *favor probationes* ver SCBA, “Porretti Roberto Martín c/ Consejo Deliberante de Pinamar”, Juba, 15/10/2008, B95406, citado en LOPEZ MES, Marcelo (Dirección): Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Hammurabi, 2da ed, Tomo 2, P. 717

¹⁵ LOPEZ MIRO, Horacio, G.: Probar o sucumbir. los tres grados del convencimiento judicial y la regla del onus probandi, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, P. 35

que actualmente es una realidad, que para conocer el proceso, ya no basta con solo leer el código procesal, sino que estamos inundados de acordadas y resoluciones que regulan distintos aspectos del proceso como son: el expediente judicial digital¹⁶, la notificación automática de la providencia a los domicilios electrónicos¹⁷, la notificación del traslado de la demanda al domicilio electrónico registrado¹⁸, etc.

El caso en particular de los procesos de conocimiento, tenemos el llamado “protocolo de oralidad”¹⁹ que está destinado principalmente a los Jueces de primera instancia para que “gestionen la prueba”. En los fundamentos de la resolución expresamente se refiere que para su implementación se requiere la presencia fuerte del Juez como director del proceso²⁰. Ahora voy a pasar a explicar un poco esto.

Una vez trabada la litis, el impulso deja de ser de las partes para ser del Juez. El protocolo impone plazos a cumplir, que son controlados por la estadística, recomienda proveídos y el modo de actuar.

El Juez debe fijar una audiencia preliminar –aclaro que el Código procesal bonaerense no tiene la conocida “audiencia del 360” como tiene su par de la nación–.

El mentado protocolo primero impone al Juez ofrecer formulas conciliatorias –la cual se asigna como fin primordial–. En caso de no obtener resultado positivo, deberá fijar los hechos controvertidos. Luego va a ordenar los medios probatorios que considere pertinente. Sin embargo, es importante señalar que a la audiencia se va a llegar con algunos medios probatorios producidos, porque el protocolo propone que la prueba informativa se provea en el primer despacho. Por eso vemos que los Jueces civiles ordenan en el primer despacho prueba informativa requiriendo una historia clínica, las grabaciones de las cámaras de seguridad, expedientes penales, etc. No en la etapa confirmatoria, sino con la sola afirmación del actor.

¹⁶ Ac. 3975/2020 SCBA

¹⁷ Ac. 4013/2021 SCBA

¹⁸ Ac. 3989/2020 SCBA

¹⁹ Res. 2465/19 SCBA

²⁰ “La oralidad en el proceso civil justifica plenamente la figura del juez como director del proceso, porque la misma está ligada al objetivo de la función judicial en nuestro país conforme al esquema constitucional y convencional, a partir del cual existe un interés público comprometido en el dictado de una sentencia justa. Esto impone que la intervención judicial deba ser activa en la marcha del proceso y en el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos.” (PAULETTI, Ana C. - RAMÍREZ AMABLE, María V. G.: Audiencias y prueba en clave de oralidad, Biblioteca SAIJ - Oralidad civil efectiva en Argentina, Fecha: 01-07-2019, Cita: IJ-I-XIV-70)

Lo cierto es que la práctica demuestra una fuerte desestimación de pruebas por parte de los Jueces de primera instancia. Sin dudas, es una propuesta útil porque acorta los plazos, de hecho los números fríos de la estadística la respalda. Lo que nos preguntamos es ¿Cuál es qué costo?

Como se ve, el protocolo impone al juez el deber de dialogar con las partes para intentar conciliar²¹, y en caso negativo, evaluar la prueba ofrecida y proveerlas o desecharla. Ante tanta actividad del juez al tomar la audiencia preliminar, ha generado una situación que no ocurría antes en la mayoría de los casos. El juez llega a la audiencia de prueba con una lectura pormenorizada de la causa. Todo ello me lleva a preguntar, si esta circunstancia afecta o no afecta la imparcialidad. ¿Podría ocurrir que el juez tome la audiencia teniendo una idea de cómo será el resultado del proceso?, ¿Podría influir en el proveimiento de la prueba? ¿Leída la prueba documental y los hechos, puede ser que el juez ya vaya con una idea de cómo va a dictar la sentencia?

Entiendo que existe un riesgo que se deniegue prueba que posiblemente sea útil para resolver, pero con una idea preconstituida. Un riesgo que el Juez deniegue injustamente medios de prueba porque ya sepa cómo va a ser el resultado de la sentencia. El riesgo que el Juez termine resolviendo sin imparcialidad.

Esto no se puede generalizar, pero al menos se debe señalar que existe un riesgo. Sin dudas que, si lo vemos en términos de utilidad, no hay discusión que es funcional. Acortamos el proceso, porque: el juez primero presiona para conciliar, si no concilia les purga la prueba. Por tanto, se resuelve más rápido, hacemos números y estadística, pero ¿Se resuelve con seguridad jurídica? Dejo el interrogante.

En definitiva, es claro que para confirmar eficazmente se debe tener determinado en forma adecuada el objeto de la prueba, por eso debemos considerar exactamente cuáles son los hechos afirmados por las partes, los hechos controvertidos o de demostración necesaria, los conducentes y la carga de la prueba a la hora de ofrecer la prueba o de admitirla o desecharla. Y también cuales hechos no será necesario confirmar. Sobre todo, me parece importante que se debe conocer como está implementado el proceso en particular, porque la actividad del juez influir en la confirmación de los hechos. Lo cual

²¹ CHAYER, Héctor Mario – MARCET, Juan Pablo: “Nueva gestión judicial y oralidad en los procesos civiles”, en CHAYER, Héctor Mario – MARCET, Juan Pablo: Nueva Gestión judicial oralidad en los procesos civiles, 2da. ed., SAIJ, C.A.B.A., 2017

es cierto que puede ser muy útil, lo que no garantiza que respuesta jurídica sea la adecuada.