

PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL

DRS.: SELVA KLETT; CECILIA BALUGA; FEDERICO ÁLVAREZ; JUAN CASTILLO

Que nadie piense en orfebrería científica..., sino en artesanía práctica...

(Sentís Melendo, en presentación al libro de Döhring, La Prueba)

I. Propósito

El presente trabajo, pretende brindar merecido homenaje a la Revista Uruguay de Derecho Procesal que, en sus veinticinco años de labor ininterrumpida, ha constituido y constituye un instrumento indispensable, habiendo admitido en su seno generosamente la participación de diversas generaciones, siendo un ámbito de crecimiento personal y colectivo, ya sea en el Anuario de la Revista, en la discusión de temas científicos, o en la publicación de trabajos de diversa índole, que dan cuenta de la fecunda y plural perspectiva que la caracteriza y orienta.

La elección del tema anunciado en el título, ha tenido en cuenta que los involucrados constituyen aspectos que, por su trascendencia práctica, meritan un tratamiento sistemático y desde la óptica del derecho nacional vigente, en especial del Derecho procesal civil; desde que el mismo ha sido abordado en profundidad en obras doctrinarias extranjeras, y ligeramente examinado en el ámbito nacional¹. La jurisprudencia vernácula

¹ Así, corresponde reseñar la obra especializada en el área del Prof. H. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Ed. Zavalía, 1988, t. 1, ps. 114 y ss., y en el ámbito nacional Vescovi, E. y otros, *Código General del Proceso*, anotado, t. IV, ps. 31-32.

aplica los principios de la prueba en forma inorgánica, a veces sin identificarlos, advirtiéndose en ocasiones incorrecta resolución de los problemas planteados, por falta de consideración global de las normas, en las que debe incluirse los principios.

La importancia del tema escogido, radica entonces –como veremos seguidamente– en el papel que juegan los principios en virtud de su carácter normativo, y de su rol como instrumentos para la interpretación e integración de las normas procesales. Por su función, los principios generales de Derecho, especiales del proceso, y especiales de la prueba, serán herramientas de particular trascendencia a la hora de resolver innumerables cuestiones de frecuente presentación en el ámbito forense.

Un mero cotejo del material proporcionado por la Revista en su trayectoria da cuenta del acierto que significa examinar los derroteros de la jurisprudencia, en todos los aspectos de interés, como base de cualquier investigación, aspecto éste que ha ocupado en ella un lugar preponderante. Como decía Viera², las normas terminan siendo lo que la doctrina y jurisprudencia han establecido sobre las mismas. De manera entonces, que todos los desarrollos que proponemos se sustentan en un estudio pormenorizado de las decisiones judiciales de nuestro país.

Como se expondrá a continuación, si se logra determinar cabalmente el alcance de las normas, las situaciones jurídicas en que se encuentran los sujetos y las funciones asignadas, se llegará también a desentrañar la esencia del fenómeno probatorio, instituto del que depende –sin duda alguna– el éxito de la pretensión o defensa, como asimismo la dignidad de la Justicia. Porque un Poder Judicial que actúa de espaldas a la gente, y con temor a la verdad, mal puede ejercer la digna función que se le ha encomendado.

II. Los principios de la prueba: su consagración legal y carácter normativo

Los principios procesales, y en particular, los especiales de la prueba, conforman un plexo, una red, que otorgan marco adecuado a la interpretación y aplicación de las normas procesales, debiendo ser considerados en su interacción permanente.

² Viera, L. *Desajuste entre norma y realidad*, Cuadernos de Derecho Jurisprudencial N° 5, ps. 9 y ss.

En el presente trabajo se tratará de estudiar los principios de la prueba desde una perspectiva acotada a su aplicación práctica. Esta tarea no resultará siempre fácil, habida cuenta de los resabios que para la interpretación y aplicación de las normas se advierte en el ámbito forense³.

En relación a la consagración legal de los principios, puede establecerse –sin hesitaciones– que todos los que han sido analizados en este trabajo han sido recogidos en normas procesales vigentes. Puede sostenerse –y hasta con orgullo– que el Uruguay ha consagrado en su moderno CGP, aquellos principios que –desde siempre– ha reclamado la mejor doctrina procesal, y que diez años de vigencia y aplicación ratifican la opción legislativa realizada en el año 1989.

No obstante ello, el proceso de identificación de cada principio resultará más o menos sencillo, según refiera a aspectos que han meritado una explicitación clara, o se deba recurrir a mecanismos hermenéuticos de diversa índole para individualizarlo.

Vale recordar que en nuestro Ordenamiento Procesal existen principios que aparecen expresa y explícitamente consagrados, nominados y definidos, como el de intermediación (art. 8) o el de igualdad (art. 4). Junto a ellos, coexisten otros –como el de adquisición procesal, por ejemplo– a cuyo respecto es menester efectuar una indagación sistemática de todo el conjunto normativo a fin de establecer su vigencia, alcance y trascendencia⁴.

En función de este planteo, los objetivos trazados por los autores apuntan –en primer término– a determinar cuál o cuáles son las normas que dan cuenta de la vigencia de determinado principio en el ámbito nacional.

³ Por el contrario un buen ejemplo de aplicación de diversos principios especiales de la prueba lo constituye un fallo de TAC 4º, cuya suma se transcribe: “Toda cuestión relativa a la admisión y eficacia de la prueba interesa al *orden público*. Y si bien las partes pueden utilizar *cualquier medio de prueba* que las circunstancias pongan ocasionalmente a su alcance o deriven de situaciones especiales, parece claro que sólo pueden hacerlo cuando ello no vulnere los principios de *moral* y *buenas costumbres*. Las pruebas preconstituidas no son en sí inadmisibles, aunque debe utilizarse un criterio restrictivo, limitándolas exclusivamente a aquellos hechos no constatables *por otro medio de prueba*. Pero debe concluirse que son inadmisibles cuando ellas se apartan de los principios de *lealtad* y *buena fe* que deben primar en el proceso”. Adviértase que, sin mencionarlos en forma expresa, la sentencia aplica clara y adecuadamente varios de los principios que se trata en este trabajo (suma publicada en RUDP 3-4/98 c-757; los subrayados son de los autores).

⁴ Cf. Abal, A., *Derecho Procesal*, t. I, p. 115 y ss.

A tales efectos, se deberá tener presente que a partir de la consagración del art. 6 CGP, la doctrina mayoritaria se vuelca a favor de la naturaleza normativa de los principios procesales⁵. Tal disposición establece el poder-deber del tribunal "para *prevenir o sancionar* cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los *principios del proceso*". Ello significa que, una vez establecida la vigencia y alcance del principio, su aplicación se impone en función de su carácter de norma procesal.

Posteriormente, se procederá a su conceptualización, enfocando el análisis en la correcta determinación de los contenidos y en las consecuencias de su aplicación, por encima de definiciones dogmáticas⁶.

La investigación se centrará sobre las aplicaciones generales y particulares de los principios y los casos de aparente colisión entre los mismos, situaciones que siempre se resuelven por la natural preeminencia del de mayor jerarquía⁷.

Para lograr estos objetivos, se han agrupado los principios en función de su importancia y conexión, tomando como base la clásica obra del Prof. Devis Echandía, pero planteando las cuestiones desde la perspectiva del Derecho nacional, y, especialmente, dentro del ámbito del derecho civil; más allá de algunas particularidades en otras áreas que deban reseñarse en oportunidad de tratar algunas situaciones especiales⁸.

⁵ Véscovi, E. y otros, *Código General del Proceso*, comentado, anotado y concordado, t. 1, ps. 40 y ss.; Tarigo, E., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, FCU 3ª Ed. 1998, t. I, ps. 61 y ss.; Klett, S., Pereira, S., *Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el CGP*, RUDP 1/97, ps. 60 y ss.; Pereira Campos, S., *Fines y funciones de los principios procesales en el CGP*, Rev. Jur. del CED, N° 6 1992, ps. 40 y ss.; Abal, A., *Derecho Procesal*, t. I, ps. 113 y ss.; Barrios de Angelis, D., *El proceso civil*, t. I, ps. 21 y ss; antes de la vigencia del CGP, se había pronunciado Couture, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Ed., 1981, p. 182, ver asimismo su *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, 1945, arts. 2 a 9; en doctrina extranjera, ver especialmente, Guasp, J., *Derecho Procesal civil*, t. I, ps. 75 y ss., 4ª Ed. actualizada por Aragonese, P., Ed. Civitas 1998; Peyrano, J., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Ed. ASTREA 1978, ps. 40 y ss. En el plano normativo, ver el art. 23 lit. a) del Dec. Ley 15.524.

⁶ Como se verá al examinar los principios de adquisición, comunidad y unidad de la prueba, comparten los autores la valoración y la aplicación que efectúa en un fallo la Sala de 6º Turno de los principios antes referidos, sin perjuicio de discrepar en cuanto a la denominación de los mismos (RUDP 2/90 c. 662).

⁷ Al respecto, plantean esta problemática, Bove, M., Dufort, D., Ossano, S., "Análisis de aparentes conflictos constatados en la actividad probatoria", ponencia a las Xª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia, 1999, ps. 361 y ss.

⁸ Como se verá a lo largo de este trabajo, los procesos "típicamente civiles", difieren en algunos puntos con los denominados de "carácter social", en los que cabe incluir a los de familia (art. 350.2 y

Desde esta perspectiva, los autores reconocen que los principios pueden agruparse en función de dos grandes vertientes o líneas orientadoras, extraídas del contexto de todo el Ordenamiento Positivo, y de gran trascendencia en el ámbito específico del Derecho Procesal. Nos referimos concretamente a las nociones de *interés público del proceso* y al respeto de las garantías del *debido proceso*, las que serán analizadas desde la óptica específica del aspecto probatorio.

Hemos de destacar finalmente, que la clasificación propuesta ha sido realizada básicamente con fines didácticos y para facilitar la comprensión de este trabajo; ya que los principios se encuentran en permanente interacción, de modo tal que unos acotan o ilustran el ámbito de aplicación de otros, desdibujándose en la práctica los correspectivos límites de acción entre unos y otros, no pudiendo escindirse su funcionamiento operativo sino en forma totalmente artificial.

1º) Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez

Siguiendo a Devis Echandía⁹, puede establecerse que este principio implica la necesidad de que los hechos de la causa, sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualesquiera de los sujetos legitimados para ello¹⁰. Negándose –dice Bentham¹¹– todo mérito al conocimiento privado del juez.

3 CGP), y obviamente con los penales (y otros similares como los aduaneros y de menores); en función de los objetos involucrados, se presentan especialidades en el resto de las categorías (normas, situaciones, funciones, estructuras, actos); Cf. Barrios de Angelis, *Teoría del proceso*, ps. 35 y ss.; en este sentido, el art. 350.5 previene que “el tribunal dispondrá de todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los tribunales del orden penal en el sumario del proceso penal, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y a los propios de debido proceso legal”; con invocación expresa de esta norma, alude a “facultades acentuadas” en este tipo de procesos, TAT 2º en sent. 155/98.

⁹ Devis Echandía, H., t. 1, p. 115.

¹⁰ Este aserto sin perjuicio de las situaciones en que el Ordenamiento Procesal vigente prevé la posibilidad de asentar una decisión judicial sobre la base de la configuración de hipótesis de “admisión de hechos”, expresa o tácita, precisamente, porque en dichos casos, la prueba ya no es *necesaria*. Ver al respecto, Vescovi, E., y otros “Enfoque sistemático de las cargas de comparecencia y contradicción y su incidencia en el objeto de la prueba”, ponencia colectiva a las VIIIª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, La Paloma 1995, ps. 211 y ss.; sobre el tema específico de la actualización de la carga de la contradicción, ver además, Álvarez, F., “La carga de la contradicción...”, RUDP 4/99 ps. 633 y ss.

¹¹ Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, Vol. II EJEJA 1971, p. 95 y ss.

Al respecto, no puede soslayarse que son –en principio– las partes las que aportan el material probatorio, sin perjuicio de la iniciativa del juez, consagrada expresamente en nuestro Código en los arts. 24 y 25. Debe tenerse presente la vigencia general del adagio *da mihi factum dabo tibi jus*, en función del cual son los sujetos interesados (parciales) quienes –en principio– conocen los hechos relevantes para la decisión del conflicto; encontrándose, por ende, en mejores condiciones para realizar el aporte probatorio. Este aspecto hace esencialmente distintas las situaciones jurídicas de los sujetos del proceso y determina el natural acotamiento de los poderes del tribunal en relación a su iniciativa probatoria, en tanto el órgano judicial –además– aparece vinculado al relato fáctico de las partes.

No es del caso abordar en este trabajo la “aparición” de hechos nuevos en el proceso (se emplea la palabra *ex profeso*), ni las hipótesis de fraude o de ausencia de presupuestos procesales, o la existencia de hechos secundarios o circunstancias de crítica de los medios probatorios no alegados por las partes, en los que el rol del tribunal puede llegar a ser diferente¹². Empero, esta situación no altera la vigencia del postulado de la *necesidad de la prueba*, que estamos examinando, como veremos a continuación.

Dada la inevitable vinculación entre el objeto y la carga de la prueba, debe establecerse que la naturaleza del hecho a probar determina a su respecto la actualización de la situación jurídica correspondiente: carga, de las partes o interesados, poder-deber, del tribunal. Así, habrá hechos cuya prueba corresponda realizar sólo a las partes; a veces a éstas y al tribunal en forma concurrente; en ocasiones, en forma preponderante al tribunal, como cuando el proceso en curso es fraudulento con la connivencia de ambas partes, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 54 CGP¹³.

¹² Cf. Vescovi, E. y otros, *Código General del Proceso*, anotado, t. IV, p. 42. Ya Stein, en su señero trabajo aborda la incorporación de hechos nuevos relevantes para resolver una excepción, cuando el juez lo indica y si la parte lo pide expresamente, señalando en relación a este supuesto y al de los hechos auxiliares de la prueba, que “en estos dos casos no tiene validez la tesis de que todos los hechos que el juez puede aplicar tienen que haber salido de la boca de las partes”; *El conocimiento privado del juez*, 2ª Ed. Temis, 1999, ps. 108-109.

¹³ Sobre situaciones jurídicas, ver Barrios de Angelis, D., *Teoría del Proceso*, ps. 141 y ss., *El proceso civil*, t. 1, ps. 76 y ss., “*Las situaciones jurídicas*”, RUDP 1/98 p. 31 y ss., “*Acción, excepción y jurisdicción*”, RUDP 4/99 ps. 579 y ss.; Abal, A., *Derecho Procesal*, t. II, ps. 195 y ss.

Entienden los autores que en materia de presupuestos procesales o en casos de fraude, no existe duda alguna de la necesidad de ejercicio del poder-deber consagrado en el art. 25 CGP; y ello en función del Orden Público involucrado, aspectos éstos que justifican la solución adoptada —a texto expreso— en el art. 133 in fine¹⁴.

Por otra parte, existen circunstancias que en el proceso de valoración de la prueba deben tomarse en cuenta, aunque las partes no las hayan puesto de relieve, porque apuntan al examen crítico de los medios probatorios o a situaciones gravitantes en su validez, regularidad o eficacia¹⁵.

De los desarrollos precedentes emerge —a manera de consecuencia— que con independencia de quien sea el sujeto legitimado para probar determinado hecho, siempre el ingreso de la prueba al proceso debe realizarse en forma *oficial* para poder fundarse en ella la sentencia; es decir, mediante la incorporación por las partes de las fuentes de prueba o su derivación de algún acto del proceso¹⁶. Dicho en otros términos: la prueba como resultado, sólo podrá utilizarse para fundar la decisión que culmine el proceso respectivo, siempre y cuando haya sido producida o incorporada mediante actos procesales. De esta forma, se inhibe el uso por parte del magistrado de elementos extra-procesales, en relación al material fáctico del proceso concreto. Por ello, los hechos no pueden fijarse en el proceso en función del conocimiento privado del juez, sin que exista medio de prueba que los demuestre; consecuentemente, la iniciativa probatoria del tribunal tampoco puede basarse en datos obtenidos privadamente.

¹⁴ Barrios define al presupuesto procesal como “un dato de orden público cuya trascendencia supera la mera condición de elemento del acto...; su presencia está exigida por el orden público; su falta inficiona no sólo un acto concreto sino toda la serie que continúa al acto que carece de él como elemento o antecedente; no puede ser subsanado por un consentimiento posterior sino por la reiteración *ex novo* y con su presencia...”, *Teoría*, p. 183; ver además, Stein, F. ob. cit. p. 112.

¹⁵ Así podrían citarse como ejemplos, circunstancias que dicen relación con la credibilidad de los testigos y que emergen en el curso de la declaración, como por ejemplo que el testigo necesita lentes para ver de lejos, o cuando la respuesta fue invariable y sugestivamente idéntica en todos los testimonios; Stein, F., refiere a hechos que tornan inválida la declaración, como cuando el testigo fue castigado con anterioridad a la declaración, ob. cit., p. 109.

¹⁶ Sobre el punto, cabe recordar las nociones de fuentes, órganos y medios de prueba de Devis Echandía, H., *Teoría*, t. I, ps. 270-271, 278 y 550-551 y Viera, L., *Curso de Derecho Procesal*, T. II, p. 68. Sobre la promiscuidad de la utilización de los conceptos “en el lenguaje de las leyes”, ver Barbosa Moreira, J., “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, RUDP 3-4/98 p. 214.

El principio en examen representa una inderogable garantía para las partes, debiéndose fundar las decisiones judiciales en lo alegado y probado, porque para el magistrado "lo que no consta en el proceso no está en el mundo"¹⁷. Lo que se pretende evitar mediante la aplicación de este postulado es que el juez vulnere elementales principios de la prueba, como el de publicidad y contradicción, indudablemente vinculados al debido proceso, sobre la base de actuaciones y resultados privados, que no pudieron ser controlados por los interesados.

Por ello, no se advierte inconveniente alguno para la introducción en un proceso de elementos probatorios radicados en otro, cuando el conocimiento de esta circunstancia se obtuvo de manera oficial, y la incorporación se produjo de acuerdo con las formalidades establecidas en la ley, situación ésta que habilita el control de las partes.

En tal sentido, se considera totalmente ajustado el criterio empleado en un fallo judicial, al relevar de oficio la cosa juzgada, con base en el conocimiento que de la existencia de otro proceso culminado, proporcionó al magistrado interviniente en el segundo, la dada cuenta de la Oficina Actuarial; que por funcionar para las dos sedes, sabía por razón del ejercicio de su competencia, de la promoción del proceso anterior. En efecto, previa agregación de los autos respectivos el fallo rechazó liminarmente el recurso de amparo, que pretendía reproponer un tema ya fallado, en otro proceso de amparo¹⁸.

Situaciones similares pueden plantearse, en aquellos Juzgados del interior del país que tienen competencia en diversas materias y que funcionan con una misma oficina. No existe duda –para los autores– que en la medida en que el tribunal se encuentra en situación de poder-deber respecto al relevamiento de los presupuestos procesales (art. 133 in fine CGP), el juez se encuentra –instrumental y consecuentemente– habilitado para ejercer su iniciativa probatoria, con el fin de dilucidar el tema; a tal efecto, deberá ordenar –y esto con el conocimiento y control de las partes– la agregación del expediente que utilizará como prueba de la ausencia del presupuesto, ya esté radicado en su propia sede o en otra¹⁹.

¹⁷ Cf. Devis Echandía, H., *Teoría...* cit. p.116.

¹⁸ Ver la suma de la sentencia inter. N° 427/90 del Juzgado L. en lo Civil de 23° Turno, en Viera, L., Klett, S., Bello, G., Berro, G., Ley de amparo c. 42 y 81, donde se plantea el –también– interesante tema del alcance de la cosa juzgada en el amparo (cosa juzgada formal y material limitada).

¹⁹ Así, podría ser el caso del conocimiento de la falta de capacidad de algún sujeto del proceso, por haber sido competente en el respectivo proceso de incapacidad. Stein aceptaba este conocimiento

El mismo fundamento del orden público involucrado puede utilizarse en materia de prueba de los hechos de la causa, cuando el magistrado conoce de la existencia de elementos de prueba emergentes de otras piezas, a cuyo conocimiento accedió *oficialmente*; es decir, en el ámbito de su competencia, por razón de su cargo, y siempre que se incorporen al proceso, como medios de prueba, en la forma que establece la ley.

El principio en examen tiene origen en el temor de abandono de la imparcialidad que debe caracterizar la figura del magistrado²⁰.

Ha dicho Stein al respecto²¹: “La verdadera causa de la referida prohibición... radica primeramente en la imposibilidad psicológica de enjuiciar imparcialmente la propia testificación, en la incapacidad del hombre para salir de sí mismo y, aunque solo sea con objetividad aproximada, juzgar el valor o la carencia de valor de la propia percepción de la misma forma en que el juez ha de valorar las declaraciones de los testigos teniendo en cuenta el hecho experimental de que al testificar se toma partido inconscientemente”.

Por ello, conviene plantearse la situación de un magistrado que presenció el accidente en el que luego le toca intervenir por razones de competencia; en particular, si existe o no causa de impedimento para actuar. El art. 325 señala al efecto que “será causa de recusación toda circunstancia comprobable que pueda afectar la *imparcialidad* del juez...”.

Entendemos con Stein²² que existe una “intrínseca incompatibilidad de las situaciones de testigo y juez... ya que el juez pudiera llegar a la situación de juzgar y decidir por sí mismo sobre la credibilidad de su testimonio...”. En consecuencia, el magistrado que se encontrare en situación de actuar en un supuesto como el descrito, deberá declararse impedido; en tanto es harto dudoso pueda despojarse –al entender en el caso– del subjetivismo

oficial, en materia de presupuestos, en particular, el atinente a la capacidad, “si el mismo juez ha nombrado un tutor”; señalaba por el contrario, que “el conseguirse conocimientos de hechos procesales mediante un estudio *privado* de los autos debe considerarse necesariamente como algo inadmisibile cuando se trate de autos de otros jueces...”. Ob. cit., ps. 201 y 207 respectivamente (el destacado nos pertenece).

²⁰ Cf. Stein, F., ob. cit. p. 103.

²¹ Cf. Stein, F., ob. cit. p. 4.

²² Stein, F., ob. cit. p. 103; Arazi, R., *La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica*, Ed. La Rocca, 1986 p. 58.

propio del testigo y de aportar a la causa elementos extra-proceso, que no pueden ser pasibles de control por las partes. Para el fin que persigue el proceso, es evidente que no conviene que se reúnan en un mismo sujeto las figuras del juez y la del testigo. En opinión de los autores, constituye una garantía del proceso la disociación entre el medio de prueba (órgano, portador, testigo) y aquél a quien el Ordenamiento le impone la función de juzgar a partir de la prueba colectada. Pues, el magistrado estaría "juzgando" su propia percepción del hecho, la credibilidad de su testimonio, arriesgándose así la quiebra del deber de imparcialidad²³.

Similar cuestión podría plantearse en el ámbito de los conocimientos técnicos del juez y la consecuente *necesidad* o no de ordenar la asistencia de peritos.

Así, en primer lugar, se plantean los autores la situación de un testigo que no comprende o no habla el idioma castellano. El CGP a diferencia del CPC nada dice al respecto en el ámbito específico de la prueba testimonial como lo hacía el art. 398 del Código derogado, aunque establece sí el principio general en la materia en el art. 65 y su régimen de excepción. Cabe cuestionarse si el magistrado podría utilizar para comunicarse con el testigo el idioma de éste, o si necesariamente debe recurrir al intérprete o traductor, dada la redacción del inc. 2º de la norma antes mencionada. Entienden los autores que siempre que no se afecte de algún modo el derecho de defensa, podrá el juez utilizar sus conocimientos para comunicarse con el testigo, solución que efectiviza la intermediación en la asunción del medio probatorio; desde luego, que las partes podrán actuar en el acto respectivo asistidas por traductores o intérpretes, a efectos de controlar la fidedignidad de la traducción, puesto que esta situación se regula por las normas de la prueba pericial (arts. 177 y 181 CGP)²⁴.

²³ Como caso límite, podría plantearse el de un juez que, habiendo sido "testigo presencial", interviniera en "competencia de urgencia"; luego, y por esta razón, se declarara impedido de actuar en el proceso penal respectivo, y fuera citado como testigo por el tribunal a la postre competente. Podría sostenerse que se trata de un testigo "sospechoso" en la medida en que puede tener interés en defender su actuación de urgencia y el contenido y fundamentación de las medidas adoptadas en tal virtud. Cf. Barbosa Moreira, J., "Observaciones...", p. 213.

²⁴ Cf. Vescovi, E., y otros, *Código Anotado*, t. II, ps. 290-291; ver asimismo, la norma del art. 8.2 lit. a) del Pacto de San José de Costa Rica que prevé el "derecho del inculcado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal"; Cf. Stein, F., ob. cit., p. 98.

Otro problema de interés, lo constituye la cuestión de si puede el juez prescindir de la prueba pericial si él es idóneo en la materia, por ejemplo, por haber cursado estudios universitarios que lo acrediten como psicólogo o arquitecto, y el objeto de prueba verse sobre hechos en relación a los cuales son necesarios *conocimientos científicos especiales* (art. 177 CGP).

Es opinión de los autores que el juez no puede prescindir de la realización de la pericia, utilizando como único sustento de su fallo los conocimientos adquiridos por él en una materia determinada. Pueden reiterarse al respecto, los peligros que señalamos al tratar la confusión de las calidades de "juez" y "testigo"²⁵, imposibilitando la ecuánime consideración de su apreciación sobre el tema. Como establece Sentís Melendo²⁶, "el peligro no está en que el juez posea los conocimientos científicos, sino en que con un criterio optimista crea poseerlos y prescinda de utilizar los de quien efectivamente los posee". Además, la actuación del perito-juez escaparía al necesario control de las partes. Al respecto, el art. 177 parece objetivar la necesidad de prueba pericial cuando se trate de hechos de determinada naturaleza; lo que no impide que el magistrado que posee tales conocimientos científicos, se sirva de ellos a la hora de valorar la prueba pericial. En efecto, la propia norma del art. 184 CGP, establece que el dictamen se apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debiendo consignar en el fallo los motivos que tenga para apartarse de aquél. En consecuencia, de la misma manera, que la fundamentación del apartamiento de las conclusiones del peritaje pueden provenir de un profundo estudio bibliográfico, nada impide que la misma se origine en sus conocimientos científicos. Empero, debe recordarse que la fundamentación debe ser explicitada, como manera de permitir el control de la sentencia en su integralidad.

En otro orden de ideas y sin ánimo de agotar el tema, es evidente que no constituyen "conocimiento privado del juez", y por ende quedan exiliadas del enunciado que se trata en este número, las normas de Derecho (ya sea nacional o extranjero, arts. 143, 198, 525.3 CGP), los hechos notorios, cuando están eximidos de prueba (art. 138 CGP), las máximas de experiencia (art. 141 CGP) y el bagaje cultural del juez²⁷.

²⁵ Cf. Stein, F., ob. cit. p. 103.

²⁶ Sentís Melendo, S., *Teoría y práctica del proceso*, Ed. EJE, t. III, p. 327.

²⁷ Al respecto, ver Viera, L., *Curso ...*, T. II, ps. 76 y ss.; Vescovi, E. y otros, *Código...* cit. comentario a los arts. 137 y 138, t. IV, ps. 35 y ss.; Cf. Barbosa, J., "*Observaciones...*" cit. p. 213.

En relación a los aspectos mencionados, Carneluffi²⁸ afirma que “lo que el juez no puede procurarse fuera del proceso y sin iniciativa de las partes es el conocimiento de los hechos del pleito; pero ningún vínculo de este tipo se le impone en cuanto a las reglas de derecho ni en cuanto a las de la experiencia”. En sentido similar se ha pronunciado Arazi²⁹ señalando que “las máximas de la experiencia forman parte del caudal cultural del juez y no es necesario alegarlas o probarlas, ya que el juez las aplicará en su sentencia. No se trata de introducir elementos probatorios emanados del propio juez (conocimiento particular del hecho), sino de datos experimentales que si no estuvieran introducidos en el proceso, imposibilitarían prácticamente la sentencia”.

Caso especial ha planteado la temática laboral, en relación al conocimiento del juez, obtenido en su actuación funcional, de hechos que se alegan de reiterado acontecimiento, como sustento principal de la defensa. Es el caso de los empleados de taxímetros, en procesos de reclamación de rubros laborales (tanto salariales cuanto indemnizatorios), a quienes se les opone defensa de pago fundada en recibos que los reclamantes dicen haber firmado en blanco³⁰.

Esta situación plantea la cuestión de si el magistrado puede utilizar el conocimiento derivado de su actuación en otros procesos similares, en los cuales se ha invocado, se ha presentado y se ha fallado sobre la misma defensa y la misma prueba.

En un fallo se dijo al respecto: “la proveyente no puede dejar de señalar que los recaudos en cuestión le ofrecen serias dudas. Y ello por cuanto cuenta con la experiencia de casi seis años en la sede que le ha permitido observar cómo invariablemente en todas las acciones entabladas por choferes de taxi se denuncia la firma en blanco de recibos. Sin embargo admite que tal bagaje de conocimientos experimentales desconectado de medios probatorios reunidos en cada causa no basta para acoger la falsedad ideológica esgrimida”³¹.

²⁸ Carnelutti, F., citado por Sentís Melendo, S., Teoría t. III, p. 326.

²⁹ Arazi, R., ob. cit. p. 57.

³⁰ El texto se limita a describir el problema en términos generales, sin ingresar en las particularidades de los casos, que se desconoce. Posteriormente, esta situación comienza a plantearse en el gremio de los baristas.

³¹ Juzgado Letrado del Trabajo de 8° Turno, Anuario Der. Lab. año 98, c. 903 p. 385 y sent. 34/99; también, y por similares razones, TAT 1° sent. 393/99; en el mismo sentido y refiriendo a “procesos en serie”, ver Stein, ob. cit. ps. 91-92.

La cuestión pasa —a criterio de los autores— por distinguir dos conceptos que pueden suscitar confusión, pero que determinan indudables diferencias en su tratamiento, en el ámbito de la *necesidad de la prueba*. Nos referimos a las máximas de experiencia y a los hechos notorios.

Sin profundizar en un tema tan conocido, más que a los efectos del encuadre del caso presentado, coincidimos con Viera³² en que “entran dentro de las máximas las reglas de experiencia común o vulgar aquellas que forman parte del saber de cualquier hombre de mediana cultura. Por eso estas reglas de experiencia común son notorias. Se distinguen del hecho notorio, con las que frecuentemente se las confunde porque aquellas son reglas, generalizaciones, principios, preceptos con la pretensión de necesarias en cuanto a la verdad que expresan, mientras que el hecho notorio es concreto y contingente, ocurrió pero pudo haber sucedido de otra manera”. Desde el punto de vista del objeto de prueba, las máximas se encuentran exiliadas del mismo, y los hechos notorios están necesitados de prueba, si constituyen el fundamento de la pretensión (o defensa) y son controvertidos por las partes (art. 138 CGP)³³.

En consecuencia, aunque pudiera reconocerse la existencia de numerosos procesos en los cuales la falsedad fue argüida y acreditada, tal conclusión no es trasladable a otro proceso concreto en el cual deberá producirse la prueba idónea atinente a la falsedad invocada para destruir el valor probatorio de los documentos de pago. Y ello porque, si bien se podría llegar a reconocerle una *notoriedad restringida*, al ser fundamento de la defensa y estar controvertido, automáticamente se genera la necesidad de la prueba respectiva.

Claro está, que dada la materia involucrada, y en función de un criterio que atienda cabalmente a las particulares coordinadas del objeto involucrado, en el área de la valoración de situaciones que se dicen fraudulentas, la solución podrá encontrarse en el examen unitario del cúmulo probatorio y en especial, de los indicios de la falsedad alegada³⁴. Con

³² Viera, L., *Curso ...* T. II, ps. 82; Stein, ob. cit. p. 27.

³³ Viera, L., *Curso ...* T. II p. 88.

³⁴ Acerca de la valoración probatoria, en casos especiales, ver en general, Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia, 1999; en especial, Pereira, S., “La valoración de la prueba”, que, además de consideraciones generales muy acertadas, aborda el caso del proceso laboral, p. 518. La consulta de repertorios de la Justicia Civil, da cuenta acabada de un criterio de valoración *acorde con el objeto* en materia de negocios simulados o en fraude a la ley.

benéplácito, se advierte en la jurisprudencia, una interpretación del complejo probatorio acorde a las pautas antes referidas, que consulta adecuadamente los principios de la prueba que se estudian en este opúsculo³⁵.

La consagración normativa del principio que se estudia, se encuentra en dos grandes grupos de disposiciones, que se ubican en los textos de los arts. 137, 140 inc. 2 y 197 inc. 3 CGP.

En el primero, cuyo *nomen juris* es precisamente el de “necesidad de la prueba”, se establece el principio de que todo hecho alegado *debe* ser probado³⁶. En consecuencia, podría enunciarse como regla básica, que deberán acreditarse todos y cada uno de los hechos que conforman la plataforma (fáctica) de una petición. Esta regla adquiere particular trascendencia en lo que respecta a los actos de proposición (demanda, contestación, reconvención) y resulta aplicable a todo tipo de proceso. Se extiende –además– a todas aquellas situaciones en las que se formula una petición sustentada en una circunstancia fáctica; en otros términos, cada vez que un hecho es alegado por un sujeto (cualquiera sea su participación en el proceso) como presupuesto de aplicación de alguna norma, debe éste cumplir con la regla en estudio³⁷.

En el segundo grupo de normas (arts. 140 inc. 2 y 197 inc. 3), se establece que la sentencia debe explicitar los medios de prueba en que se fundó la decisión. El primero de los textos señalados edicta que “el tribunal, indicará, *concretamente*, cuáles medios de prueba fundan *principalmente*

³⁵ Ver al respecto, TAT 1º sent. 300/99. Manteniendo su jurisprudencia sobre la falsedad de los recibos, ver del J. del Trabajo de 8º turno, sent. 13/99 (revocada por la Sala de 2º turno, sent. 302/99), 47/98.

³⁶ Sobre objeto, tema y necesidad de la prueba, controversia de hechos, régimen de admisión de hechos y sus excepciones, ver Vescovi, E. y otros, *Código...* t. IV, ps. 35 y ss.; Viera, L., *Curso...* t. II, ps. 76 y ss.; Devis Echandía, H., *Teoría*, Capítulos VII y VIII.

³⁷ Desde un enfoque normativo, ver en el proceso incidental, la remisión del art. 321 al 118 CGP, la previsión del art. 328.1 en el de recusación, el ofrecimiento de prueba superveniente de conformidad con el art. 118.3, el régimen de prueba en segunda instancia que requiere la prueba de la superveniencia invocada. Como aplicación práctica de este enunciado se propone: a) la situación del testigo que no pudo concurrir a la audiencia fijada para su deposición, torna necesario la acreditación de tal circunstancia para que no se le aplique la conducción prevista en el art. 160.3 CGP; b) la hipótesis en la cual es la parte quien no puede hacerse presente en la audiencia establecida para su declaración, para evitar que su inasistencia se considere confesión ficta, de conformidad con lo preceptuado por el art. 153 CGP; c) la propia solicitud de prórroga de audiencia, debe contener la justificación de la causa invocada, para que pueda ser concedida.

su decisión". Esta solución permite –consecuentemente– el cumplimiento de la garantía del debido proceso, al habilitar el control de las partes respecto de las decisiones judiciales y sus fundamentos; o mejor dicho, de la eventual falta de los mismos, lo que podría implicar –en algún caso– la intención de ocultar una decisión arbitraria o con desviación de poder. Vale decir que, el derecho a recurrir, sobre la base de la obligatoria fundamentación de la sentencia, forma parte del debido proceso³⁸.

Cabe recordar, que el sistema normativo uruguayo, desde la propia Constitución³⁹ y en sus dos Códigos procesales, ha dedicado especial atención al proceso de formación de la sentencia, exigiendo la adecuada explicitación de sus fundamentos. Así, en relación a los hechos, el art. 197 refiere a aquellos "que se *tienen por ciertos*" y los que "*han sido probados*".

En consecuencia, el proceso de incorporación del material fáctico a la sentencia debe ser realizado no sólo en forma *oficial* (con prohibición de utilizar el conocimiento privado), sino de conformidad con las reglas que rigen el procedimiento probatorio en todas sus etapas (principio de legalidad, art. 18 de la Constitución). Dicho en otros términos: la forma de la sentencia garantiza su contenido, de manera de permitir el adecuado control por las partes y su eventual revisión por otros tribunales (art. 270 inc. 1)⁴⁰.

La explicitación reclamada por las normas mencionadas, se vincula con el sistema de valoración de la prueba. Será –desde luego– más fácil controlar la falta o inadecuada valoración, cuando se trata de prueba tasada; porque en este supuesto, el contraste resulta más patente al consistir en un apartamiento de la valoración legalmente impuesta.

³⁸ Ver la detallada formulación de este concepto, en el art. 8 del denominado Pacto de San José de Costa Rica; asimismo, Couture, E., cuando al examinar el tema, refiere a los denominados actos de obtención, de alegación, de aportación de pruebas, de conclusión, de apelación; *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Ediar, t. I. ps. 23 y 60-61.

³⁹ El art. 12 refiere a "sentencia *legal*"; y Couture ve la sentencia "como la parte más importante de todo el sistema constitucional de la justicia", *Estudios...*, cit. p. 69.

⁴⁰ Cf. Couture, E., *Estudios...*, ps 75 a 80. Así se ha sostenido reiteradamente por parte de nuestra jurisprudencia. "La expresión de los motivos fácticos y jurídicos soportes de la sentencia... es un deber funcional y una exigencia estructural de dicho acto procesal, por cuanto una sentencia sin motivación priva a las partes del más elemental de sus poderes de fiscalización, repercutiendo directamente en la aplicación del principio de congruencia", RUDP 3/96 c. 843 p. 587. En sentido similar, se ha pronunciado el TAT 2° señalando que el proceso valorativo debe ser "adecuadamente explicitado de modo de permitir el control de su lógica", RUDP 3/99 c. 677, ver además, LJU c. 12.304.

A juicio de los autores tal exigencia se torna aún más necesaria cuando la actividad goza de cierto margen de discrecionalidad, como acontece con aquellos medios que deben valorarse según las reglas de la sana crítica (sistema de principio, art. 140 CGP). Ello, porque el propio sistema de valoración *racional* supone un espectro mayor de opciones de entre las cuales el magistrado debe escoger la que adoptará en el caso concreto. Esto determina que –como contrapeso– deba realizarse un mayor esfuerzo para objetivar el acierto del procedimiento desarrollado para otorgar determinado valor a la prueba examinada⁴¹.

En sentido coincidente, Gorphe⁴² manifiesta que “la preocupación de motivar con exactitud sus fallos obliga al juez a exponer las razones de su opinión, luego de haber comprobado su solidez en contacto con la de sus colegas durante el curso de la deliberación...”. Couture, al respecto, sostenía⁴³: “La motivación del fallo constituye un deber administrativo del magistrado. La ley se lo impone como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria”. Stein⁴⁴ señalaba por su parte que “la libertad del juez en la utilización del propio saber tiene según lo expuesto un amplísimo campo de aplicación, tan amplio que ha llenado de temor y preocupación a quienes con base en antiguas situaciones jurídicas han mantenido la desconfianza en la actitud y buen sentido de nuestros jueces. El sistema entero de la teoría legal de la prueba no fue sino la expresión de esa

⁴¹ Es trascendente entonces el fallo en casación de nuestro máximo órgano jurisdiccional, con comentario de Barrios de Angelis, D. (RUDP 4/97 ps. 547 y ss.). Pone de relieve la Corporación “... la distinta reacción del legislador en cuanto a admitir la revisión en sede de casación. En principio, con respecto a las reglas legales de admisión y valoración de la prueba tal posibilidad es clara: es posible cuando se violan los criterios que estatuye la propia norma; así, por ejemplo cuando no se da valor de plena prueba a un documento público. No es el mismo caso cuando se trata del quebrantamiento de la regla de la sana crítica. Por cuanto en la especie existe discrecionalidad y en principio en tal hipótesis se está fuera del campo de la revisión casatoria. En ese sentido, se debe ser muy preciso para admitir que exista una infracción a dicha regla: la hay en algunos supuestos graves en que hay una violación grosera de los elementos que forman su concepto. Dicho de otro modo: no en cualquier caso de falta de razonabilidad. Sólo cuando hay una violación arbitraria o extrema de los mismos”; ver además del mismo órgano, sent. 4/90 en la que, pese a manejarse el concepto de valoración absurda o arbitraria de la prueba, el Cuerpo, por otras razones no hace lugar a la casación.

⁴² Gorphe, F., *Apreciación judicial de las pruebas*, 1998, p. 4.

⁴³ Couture, E., *Fundamentos...* p. 286.

⁴⁴ Stein, F. ob. cit. p. 122.

desconfianza que quería evitar que el hombre hiciera su aparición en el juez. La liberación de esta carga impone al juez ciertamente deberes mucho más serios que el simple calcular resultados de prueba según la tarifa establecida”.

El proceso valorativo de la prueba se encuentra al servicio de la sentencia, la que debe(ría) reflejar la “verdad” (humana) obtenida en el proceso; porque al decir de Couture⁴⁵ “la sentencia no es, pues, la ley del caso concreto, sino la justicia del caso concreto, dictada de acuerdo con las previsiones de la ley”.

Por ello, este proceso –trascendente a la hora de juzgar– se somete a estrictas reglas de logicidad, coherencia, exactitud, que pongan de manifiesto la propia regularidad de la sentencia y permitan el control de los interesados y de otros órganos –eventualmente– llamados a entender.

2º) Principio de legalidad

Este principio –de raigambre constitucional, art. 18 de la Constitución– adquiere especial relevancia en materia probatoria. Como veremos a continuación, en aplicación del mandato antes mencionado, la actividad probatoria se halla precisa y exhaustivamente regulada por la ley, tanto en los requisitos de los actos respectivos, como en las diversas etapas integrantes del proceso, que pueden denominarse –como lo ha hecho desde siempre la doctrina vernácula– ofrecimiento, admisión, ordenación, producción, y valoración⁴⁶.

Tan es así que nuestro Ordenamiento Jurídico-Procesal considera que la infracción de las normas respectivas –entre las que deben incluirse los principios de la prueba–, puede constituir la causal de casación prevista en el art. 270, que refiere a las reglas *legales* de admisibilidad o valoración de la prueba. Por consiguiente, si se permite el ingreso al proceso de un medio inadmisibles (en sentido amplio) o se incurre en supuesto de valoración ilegal o absurda, por violentar algún principio correspondiente a estas etapas, puede llegarse a la casación de la sentencia, que resulta inficionada por la errónea incorporación o valoración de un medio.

⁴⁵ Couture, E., *Estudios...* cit. p. 80.

⁴⁶ Para el concepto de estructuras y funciones como categorías procesales, ver por todos, Barrios de Angelis, *Teoría*, Capítulos 9 y 10, ps. 217 y ss. y 263 y ss. respectivamente; en cuanto a los momentos de la prueba, Klett, S., *Relato General*, RUDP 1/99, ps. 63 y ss.

El establecimiento de las formalidades mencionadas encuentra su fundamentación en el respeto a las garantías del debido proceso: éstas no valen por sí mismas, sino como mecanismo tendiente a garantizar su vigencia. Vale recordar, tal como se ha sostenido tradicionalmente, que uno de los componentes esenciales del concepto de debido proceso legal, es la posibilidad de acreditar debidamente los hechos sustentativos de la pretensión o defensa.

La legalidad analizada desde esta óptica, se vincula ideológicamente con el principio de libertad, ya que sólo un marco de estas condiciones asegura o garantiza el funcionamiento de toda la estructura procesal. No obstante, como además toda la materia probatoria se encuentra fuertemente teñida de orden público, el proceso aparece sometido al principio de legalidad, legalidad que debe ser entendida *al servicio de la libertad*, siempre que se adicione la buena fe del litigante, como se verá exhaustivamente en el número siguiente.

“Estas formalidades –enseña Devis Echandía⁴⁷– permiten que las pruebas gocen de publicidad, que se conozcan en oportunidad, que no se lleven subrepticamente y, en fin, que ofrezcan garantías de probidad y veracidad”, lo que significa que la prueba debe ingresar al proceso con los requisitos establecidos, deben utilizarse medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para ello.

En función de lo expuesto, para que cada medio de prueba individualmente considerado pueda incorporarse y permanecer como acto del proceso en el cual se inserta, deberá cumplir con todos los requisitos generales establecidos en nuestro Ordenamiento para la existencia de un acto procesal, así como con los requisitos específicos que se establezcan para cada caso.

El acto probatorio deberá contener –desde luego– todos sus elementos intrínsecos (subjeto, objetivo y causal), y a su vez cumplir con los requisitos de lugar, de tiempo, de forma, legalmente previstos.

Así, en lo concerniente al elemento *causal*, y en consonancia con lo dispuesto por el art. 63 del CGP, la prueba extemporánea puede llegar a ser catalogada como *incausada* por dilatoria. En efecto, si bien el sistema

⁴⁷ Devis Echandía, H., *Teoría...* p. 125.

se caracteriza por la libertad en materia probatoria, es evidente que la misma se halla acotada por otros principios, como el de lealtad, que ilustra acerca de los elementos del acto, entre los cuales debe existir una causa amparada por la ley⁴⁸.

En otro orden y en relación al elemento *subjetivo* del acto procesal, este examen va estar enderezado a detectar la existencia de legitimación en materia probatoria. En términos generales puede afirmarse que, todo aquel sujeto que en el proceso alega un hecho cuya prueba es necesaria, tal como se vio en el número anterior está legitimado para efectuar los actos probatorios concernientes a su interés (arts. 137 y 139 CGP).

Este aspecto, encarado desde la perspectiva de las partes implicará evitar el ingreso al proceso de actos provenientes de un sujeto incapaz, en los que no exista voluntad o ésta se encuentre viciada, como sería la hipótesis de una confesión provocada por violencia, dolo o error⁴⁹.

El mismo tema, estudiado desde la óptica del tribunal implica –en primer término– la consideración de su legitimación; es decir, si el funcionario que la practique o disponga está habilitado para ello⁵⁰.

Por un lado entonces, veremos que nuestro sistema impide la delegación de las diligencias probatorias, salvo en casos excepcionales (art. 8 CGP)⁵¹. Por otro, desde la iniciativa probatoria del tribunal, significa que éste no podrá disponer la producción de un medio que la normativa legal preceptúa corresponda impetrar a la parte; como la declaración de parte mediante la absolución de posiciones, ya que la

⁴⁸ En este sentido, Stein hablaba de “pruebas carentes de sinceridad y destinadas solo, tanto subjetiva como objetivamente a entorpecer el proceso; Prieto Castro en “nota del traductor” invoca preceptos que hacen posible rechazar la declaración de nuevos testigos o la prueba documental, si el tribunal tiene la convicción que la parte no ha designado ante esos medios con la finalidad de retrasar el proceso o por negligencia grave; ob. cit., p. 122; en el ámbito nacional ver sobre causa el señero trabajo de Viera, L., “Teoría General del acto jurídico y los presupuestos procesales”, Libro de Homenaje a Eduardo J. Couture, ps. 891 y ss.

⁴⁹ Cf. Viera, L., “Teoría General...”, ps. 906 y 912.

⁵⁰ Devis Echandía, H., *Teoría...* cit. p. 126, Viera, L., p. 911.

⁵¹ En su mérito, no podría admitirse, salvo en los casos autorizados expresamente la delegación de inspecciones judiciales en la jurisdicción territorial del tribunal; tampoco podría considerarse “declaración” de parte la no recibida por un magistrado, ni tampoco declaraciones testimoniales las tomadas por la autoridad administrativa (Cf. TAC 5º, sent. 46/96).

propia redacción del pliego en términos asertivos supone la pérdida de imparcialidad del magistrado⁵².

Los ejemplos señalados están orientados a poner de relieve la importancia de aplicar la construcción del modelo legal de acto procesal al ámbito específico de la prueba. Cabe recordar que el legislador prevé modelos generales e ideales a los cuales pretende se ajuste todo acto real y concreto que se realice en un proceso⁵³. En consecuencia, los medios probatorios, considerados en sí mismos, en su carácter de actos, deberán adecuarse a este modelo ideal, a los efectos de poder ingresar y permanecer válidamente al proceso.

Se propone entonces a través de este principio la realización por parte del magistrado de la operación mental de valoración de cada medio probatorio en su carácter de acto procesal, evaluando si posee aptitud para incorporarse definitivamente al proceso. Ello no debe de ninguna forma confundirse con la etapa de valoración de la prueba, la cual en virtud de la aplicación del art. 140 se realiza en ocasión del dictado de la sentencia definitiva. Así, recordando el concepto de valoración de actos procesales enunciado por Barrios de Angelis⁵⁴ se advierte que esta operación implica "la acción y efecto de someterlo a comparación con su modelo jurídico", o bien de dotar al acto procesal de determinado contenido de eficacia.

Se aprecia que aquel acto poseedor de todos sus elementos estructurales y que cumpla con los específicos que determine la ley, coincidirá con el modelo legal y consecuentemente estará dotado de una cubierta de regularidad, esto es, de compatibilidad con el Ordenamiento Jurídico. Como contrapartida, si realizado el cotejo entre acto y modelo estos no coinciden, el acto será valorado negativamente y contemplado como irregular, siendo las consecuencias variables, desde la tolerancia del sistema determinante de su mantenimiento en el proceso, hasta la privación total de validez o eficacia.

La operación antes enunciada en el ámbito específico, comporta la calificación de la admisibilidad, conducencia, pertinencia y necesidad de

⁵² Klett, S., Estudio comparativo de las modalidades legales de la declaración de parte RUDP 2/96 p. 204; Abal, A., *Iniciativa probatoria del tribunal*, Estudios del CGP, t. I, p. 194.

⁵³ Cf. Vescovi, E., ob. cit. t. II, p. 277.

⁵⁴ Barrios de Angelis, *El proceso civil*, t. I p. 121.

la prueba, consagrada en forma expresa en los arts. 24 num. 6, 144 y 341 num. 6) CGP.

La *admisibilidad de la prueba* en su sentido más amplio, significa la compatibilidad del medio probatorio con el Ordenamiento Jurídico en general. Corresponde analizar –en primer término por su trascendencia– aquellos medios que contradicen normas o principios esenciales de aquél, ya sea en forma expresa o tácita y que, por ende, resultan inadmisibles.

La legalidad analizada desde esta óptica, sería al mismo tiempo guardiana de distintos principios fundamentales: el de debido proceso, el de respeto por la persona humana y los derechos inherentes a la misma, o a la forma republicana de gobierno, aspectos éstos vinculados a la licitud y consagrados en normas supralegales⁵⁵.

En un segundo sentido, la inadmisibilidad puede resultar de previsiones legales expresas y generales, como las atinentes a las cartas misivas dirigidas a terceros (arts. 1590 CC y 175.2 CGP), o pueden resultar aplicables a un hecho concreto (arts. 1594, 1597 CC)⁵⁶.

Finalmente, las inadmisibilidades también refieren al cumplimiento de los requisitos de tiempo, forma y lugar del medio probatorio.

⁵⁵ Como ejemplos de este enunciado deben relevarse aquellos medios considerados inadmisibles por ilícitos, usualmente estudiados por la doctrina: confesión bajo efectos de la tortura o sustancias químicas, grabación de una conversación cuyo registro fue obtenido sin conocimiento ni consentimiento del actor (por violentar la intimidad), el clásico propuesto por Devis de la prohibición de la reconstrucción de un delito sexual (por atentar contra la integridad física y psíquica de la persona), prohibición de obtener juramento con base en determinado credo, en función de la existencia de libertad de cultos; Ver Vescovi, E. y otros., ob. cit. t. IV, ps. 272-273; Minvielle, B., *La prueba ilícita y el debido proceso penal*, Mdeo. 1988, ps. 113 y ss.; Devis Echandía, H., ob. cit. 126; sobre rechazo de prueba documental (cassette) fundada en la ilicitud, ver sent. 2082/99 del J. Letrado de 1ª Inst. en lo Civil de 14º Turno; asimismo, ver sent. TAC 4º 90/97, en particular, porque pese a que la grabación fue reconocida e invocada al alegar, el Tribunal la consideró inadmisibile, con apoyo en los arts. 146.2 y 24 num. 6 CGP.

⁵⁶ Acerca de la discrepancia de si se trata de un tema de admisibilidad o conducencia, sufraga por la primera, Klett, S. *Estudio comparativo de las modalidades...*, p. 229; en la otra posición, Marabotto, J., *Curso sobre el CGP*, t. I, ps. 144-145; con anterioridad, la autora se había pronunciado sobre el tema en ponencia conjunta con Uriarte, G., a las Vª Jornadas Nacionales de Colonia, 1989, "Facultades del tribunal en el Código General del Proceso respecto de la fijación del objeto de la prueba, iniciativa probatoria y sus controles", ps. 315 y ss. En régimen similar al del CC, TAC 6º (sent. 206/98) aplica el art. 193 C. de Com., según el cual resulta inadmisibile la prueba testimonial para probar obligaciones de determinado valor.

En cuanto al cumplimiento de los *requisitos de forma*, cabe plantearse si la omisión en la individualización de los datos del testigo prevista en el art. 159 del CGP tendría la relevancia necesaria para provocar el rechazo del medio. Entienden los autores que, –en principio– la mera irregularidad no provoca su nulidad; en aplicación del principio de conservación del acto y de libertad de la prueba, debe sustentarse un criterio de flexibilidad, antes de eliminar del proceso un medio probatorio ofrecido, si sus deficiencias no impiden los controles de la contraria.

No obstante, cabe llamar la atención sobre el intento de violentar algunas normas y principios subyacentes en materia probatoria que se advierte al impetrar que un testigo deponga sobre aspectos extraños a los indicados al momento de su ofrecimiento (art. 159). El tribunal deberá examinar, antes de aceptar su declaración sobre un tema no propuesto en el acto de ofrecimiento, que no se violente la norma del art. 159 inc. 2 en relación al número de testigos admisibles, y a su vez que no se trate del supuesto excepcional previsto en la norma. Tampoco puede conculcarse el derecho de la contraparte al control del medio probatorio ofrecido, que “aparece” sorpresivamente, haciendo quizás más difícil el examen de las eventuales tachas en los dichos de los declarantes⁵⁷.

En definitiva, si bien en función del principio de libertad de la prueba cabe postular un criterio restrictivo para el rechazo de los medios, debe llamarse la atención sobre prácticas que por frecuentes no adquieren visos de legalidad, si se violenta alguno de los principios mencionados.

En lo relativo al *requisito temporal*, cabe poner especial atención en la aplicación del principio de preclusión en materia probatoria, el que rige respecto de todos los sujetos del proceso, aunque en menor grado para el juez⁵⁸.

Las estructuras procesales han sido organizadas por el legislador para lograr que el devenir del proceso se conduzca de la mejor manera posible

⁵⁷ Cf. Devis Echandía, H., *Teoría...* cit. p. 127.

⁵⁸ En el sistema procesal vigente, y respecto de la iniciativa probatoria del tribunal, ha entendido el legislador que existen momentos más adecuados para el ejercicio de tal poder-deber; por ello, el art. 193.2 CGP establece la necesidad de que el magistrado, que va a disponer diligencias para mejor proveer, deje “expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso su diligenciamiento de oficio, durante el trámite del proceso”. En función de lo dispuesto por esta norma y por el art. 194, se controla que la medida no persiga un fin espúreo, al regular los efectos de la misma, sobre los plazos para dictar sentencia.

a su desenlace final: la decisión judicial. Por ello, no se comparte la tesis sostenida en las Xª Jornadas de Colonia de 1999, acerca de un régimen de preclusiones elásticas que eche por tierra toda la construcción que puede efectuarse a partir de la lectura sistemática de todos los principios en juego⁵⁹.

En efecto, como ha sostenido TAC 5^o⁶⁰, no puede solicitarse la intervención del tribunal al amparo del art. 25 CGP, en violación a lo dispuesto por el art. 118.3, "por cuanto, por amplias que se consideren tales facultades no pueden superar la valla infranqueable que erige la preclusión o caducidad emergente de la inobservancia de una carga de categórica recepción legal".

De todas maneras, esta forma "temporal" de regular el desenvolvimiento del proceso tiene múltiples excepciones, entre las cuales cabe destacar –por su trascendencia– la previsión del art. 118.3 CGP. Cabe advertir, que las circunstancias excepcionales previstas en ese texto legal deben ser acreditadas⁶¹.

En otro orden de ideas y como contenido de este principio se había señalado la calificación de la *pertinencia* del medio, nota que en su sentido más amplio implica determinar si la prueba *pertenece al proceso*. Esta operación valorativa impone la comparación del medio probatorio ofrecido con el objeto del proceso y de la prueba en el cual pretende ser ingresado, calificación que –de regla– es controlable en la sentencia definitiva⁶².

Por otra parte, la *conducencia* refiere –en primer término– a la operación intelectual que realiza el magistrado al comparar el medio concreto que se ha ofrecido con las previsiones legales respecto del modo de acreditar el hecho a probar⁶³. Esta instancia valorativa se vincula con

⁵⁹ Garderes, S., "La proposición de pruebas en el proceso civil. Un sistema de preclusiones elásticas", ps. 397 y ss.

⁶⁰ RUDP 3/96 c. 767, sent. 134/95; de la misma Sala, ver RUDP 2-3/94 c.876 ps. 341; en sentido coincidente, del TAC 6º RUDP 3/96 c. 772, 1/92 c. 656.

⁶¹ A manera de ejemplo, corresponde mencionar el rechazo de prueba documental, cuando no emerge del propio medio la nota de superveniencia (J. Letrado Civil 14º sent. 655/96). En el mismo sentido, TAC 2º (sent. 185/95) entendió que no resulta suficiente la sola invocación de que se trata de un hecho nuevo, en tanto que recién conocido.

⁶² Cf. Vescovi, E. ob. cit. t. IV p. 280; en sentido similar TAC 2º, RUDP 3/89 c. 824 p. 439; TAC 3º sent. 178/93; TAC 1º, sent. 9/93, TAC 4º, sent. 95/94. Sobre las calificaciones ver también, Klett, S. y Uriarte, G., "Facultades del ...", ps. 315 y ss.

⁶³ Cf. Vescovi, E., ob. cit. t. IV p. 276.

los requisitos de idoneidad y posibilidad del acto probatorio que apuntan –a su vez– a determinar que el medio sea apto para acreditar el supuesto de hecho para el cual fue propuesto. Esto implica que –en términos generales– el acto probatorio debe ser adecuado para cumplir con el fin que el Ordenamiento Jurídico prevé a su respecto.

Es menester aclarar que la idoneidad del medio, esto es, su relación con el hecho a probar, puede derivar de normas legales o de la *naturaleza de los propios hechos*. En estos últimos casos, en ausencia de previsiones legales, rige a plenitud el principio de libertad de la prueba, en virtud del cual pueden utilizarse todos aquellos medios probatorios no prohibidos. Luego, la cuestión de la conducencia se reduce a examinar –en cada caso– si dada la naturaleza del hecho, corresponde hacer uso de un medio o de otro en virtud de su idoneidad probatoria (arts. 64 y 110 CGP). En síntesis, cuando existe –sobre un tema probatorio– libertad de medios, la conducencia debe apreciarse en función del hecho a probar y su relación (de aptitud) con el medio concreto ofrecido a ese efecto⁶⁴.

En este aspecto, cobra vigor la prohibición de utilizar el denominado “sucedáneo de prueba”, tantas veces descalificado por nuestra jurisprudencia. La idea que subyace en este tema radica en que si existe un medio adecuado y directo para probar un hecho, no se lo debe sustituir por otro indirecto. En consecuencia, la elección siempre debe recaer sobre el medio de prueba que sea más apto y directo para demostrar la verdad del hecho controvertido⁶⁵. Este aspecto tiene consagración expresa en nuestro Ordenamiento Procesal en el art. 190.2 CGP que no admite el pedido de informe “que manifiestamente tienda a sustituir o ampliar otro

⁶⁴ Cf. Devis Echandía, H., *Teoría...* t. I p. 537; Véscovi, E., ob. cit. t. IV p. 277; en el ámbito académico y judicial se ha manejado como ejemplo, la solicitud de información a una entidad que –por su esfera competencial– no es la apropiada para hacerlo. En otro sentido, TAC 4º, ha manejado el criterio de la falta de “utilidad” de volver a confrontar opiniones técnicas; se resolvió en la especie una apelación diferida de la providencia denegatoria de realización de audiencia a efectos de confrontar a los peritos con el asesor técnico de la parte, quien produjera un informe adjunto a la demanda, asistió a la parte en oportunidad del interrogatorio a los peritos, y además declaró como testigo.

⁶⁵ Cf. Arazi, R. ob. cit. p. 301. En este sentido, es convocable la opinión de Barbosa Moreira, al sostener que “donde sea posible el acceso a una información por medio de una prueba típica debe el juez preferir ese camino a la alternativa de recurrir a una prueba atípica, sobre todo cuando sean menores en ésta la garantía para las partes”; ob. cit. p. 221.

medio de prueba que específicamente corresponda por la ley o por la naturaleza del hecho a probar⁶⁶.

Desde otra óptica, puede sostenerse que no pueden incorporarse al proceso, bajo la apariencia de constituir “medios de prueba”, elementos que ontológicamente no lo son. En tal sentido, corresponde refrendar las conclusiones propuestas por Klett y Cardinal, en punto a la denominada “pericia de parte”. La propia formulación del presunto medio de prueba, da cuenta de la imposibilidad objetiva de considerarlo tal; en tanto, por su esencia la pericia constituye una prueba que se atribuye a un sujeto, en condiciones de imparcialidad, mediante encargo judicial (principio de oficialidad), que se efectúa en determinadas condiciones legales (principio de legalidad), bajo determinadas reglas en el área de la producción (principio de contradicción y publicidad de la prueba), y que culmina con un dictamen cuyo examen se efectúa en audiencia⁶⁷.

⁶⁶ Como aplicación práctica de esta problemática la jurisprudencia ha manejado los siguientes supuestos. Así, en sentencia del TCA (RUDP, 3/89 c. 684 p. 437, y con expresa invocación de la inidoneidad de la prueba, se rechaza la prueba por informes dirigida “a ciertas y determinadas personas”, que pretende sustituir la prueba testimonial. La sent. 1368/2000 del J. L. de 1ª I. en lo Civil de 18º Turno, señala que el pedido de estimación de velocidades a la Policía Técnica excede el contenido de la prueba por informes. En otro supuesto, TAC 5º (RUDP 1/92 c. 684 p. 198) señala que “la prueba de posiciones no puede operar como sucedáneo de la incorporación de prueba documental que debió ofrecerse y agregarse en la etapa de prueba; tratándose de documentos que estaban a disposición de la parte en dicha etapa procesal, su conducta omisa en la producción de dicha probanza no puede ser subsanada por vía oblicua agregándolos extemporáneamente como punto de referencia de una posición, en abierta transgresión de los principios que regulan la recepción de la prueba documental tardía y desnaturalizando, el contenido propio de la absolución de posiciones”. Tampoco se admitió la incorporación de un fax que recogía declaraciones de una persona que se domiciliaba en el exterior; consideró el TAC 5º que “una información de naturaleza indudablemente testimonial, cual es la versión de los hechos relevantes de la causa aportada por una persona que los percibió sensorialmente” no puede pretender introducirse mediante la incorporación en un documento (sent. 58/94). Como se advierte en todos estos casos se aprecia una *finalidad diversa* a la que corresponde al medio propuesto, es decir, la alteración de algunos de los elementos del acto probatorio. Sobre un tema, aún en elaboración, atinente a la posibilidad de recibir “información de terceros” mediante “forma” distinta a la declaración testimonial, ver reciente aporte de Barbosa Moreira, J., *Observaciones...* ps. 216-217-218.

⁶⁷ Cardinal, F., Klett, S., “*El informe del asesor técnico de la parte: su naturaleza jurídica y valoración*”; Cf. Berro, G., Dáttole, A., Lucas, H., “*La peritación médico-legal y otros medios probatorios*”, ponencias a las IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Rivera, 1997 (ps. 209 y ss. y 195 y ss. respectivamente). En el mismo sentido, la jurisprudencia tiene resuelto que no constituyen medios probatorios las consultas y/o sentencias que comúnmente se adjuntan con los actos de proposición, alegación final e impugnaciones; no resultando —por ende— acorde a derecho su rechazo como prueba documental.

En síntesis, la legalidad consiste en un examen de la adecuación del acto al modelo legal, a través de un proceso continuo en el cual se advierten varias etapas, ordenadas en relación de antecedente-consecuente, y orientadas al objetivo final que es la incorporación del acto al proceso; es lo que el Prof. Barrios de Angelis denomina los cinco momentos de la valoración del acto⁶⁸.

Los autores advierten que una vez sorteados los exámenes de admisibilidad (en sentido propio), conducencia y pertinencia y antes del ingreso al estudio de la fundabilidad, corresponde al tribunal una última calificación. Se trata del procedimiento tendiente a establecer si el acto es válido y si no se encuentra inficionado por ningún elemento que afecte su fidedignidad, su esencia como medio probatorio, o su immaculación, en la terminología de Devis Echandía⁶⁹. Ello implica que antes de efectuar el proceso de valoración de la prueba, ahora sí como momento o etapa de la prueba en general (tanto de cada medio, como de todo el cúmulo probatorio, art. 140 CGP), el tribunal debe examinar si los medios incorporados lo fueron en condiciones de legalidad, lo que comporta el de su legitimidad formal, situación que alcanza también a su contenido⁷⁰.

En tal sentido, existen una serie de institutos que tienden a preservar el contenido, la fidedignidad del medio, su naturalidad, espontaneidad, incolumidad, su peso original, descartando todo elemento que afecte su esencia. Así, la querrela de falsedad que se tramita como un incidente previo, las tachas de los testigos, la invalidación de la declaración de un testigo amenazado, la orden de incomunicación respecto de testigos entre sí o con las partes, la orden de incomunicación de la parte con su abogado al tiempo de la declaración, ambas a efectos de conservar la espontaneidad y autenticidad del relato⁷¹, la recusación de los peritos

⁶⁸ Barrios de Angelis, D. *Teoría del proceso*, ps. 180-181.

⁶⁹ Devis Echandía describe al principio mencionado en estos términos: "debe procurarse que los medios allegados al proceso estén libres de vicios intrínsecos y extrínsecos que los hagan ineficaces o nulos", *Teoría...* cit. p. 137.

⁷⁰ Barrios de Angelis, ocurre a estos ejemplos para identificar el examen previo al de la fundabilidad del acto probatorio, como la demostración de haberse obtenido recientemente el documento que se aporta fuera del período probatorio, o si la ley establece limitación al número de testigos, o la pertinencia de la prueba; *Teoría*, p. 181; en sentido similar, ver Devis Echandía, H., ob. cit. ps. 134, 135 y 137.

⁷¹ En sede de prueba testimonial se advierte la existencia de diversos institutos tendientes a preservar la espontaneidad de la prueba testimonial; el acápite del art. 161 prevé que el interrogatorio

para salvaguardar la esencia del medio, su imparcialidad, la orden de guardar el documento rechazado en la Caja Fuerte del Juzgado, para asegurar su identidad, cuando la decisión puede llegar a ser revisada en otra instancia, etc.

En síntesis: todo el sistema legal apunta a que la prueba pueda desenvolverse en condiciones de lograr el mayor grado de eficacia, en un régimen garantista, de previsiones claras, en el que la libertad y la lealtad dan marco adecuado para la recta interpretación del *sentido* de la legalidad: un régimen estructurado en base a las garantías, pero no de formas vacías que a nada conducen⁷².

3º) Libertad de la prueba

El principio de libertad de la prueba debe vincularse fundamentalmente con el *debido proceso*: debe consagrarse con la mayor amplitud, la posibilidad de las partes de ejercer cabalmente sus derechos en el proceso (art. 11 CGP). Lo que se logra cuando se encuentran en condiciones de aportar argumentos y pruebas que respalden su posición.

Analizando este postulado desde la perspectiva de la jurisdicción, se advierte que ésta debe ser garante del debido proceso, y por ende de la libertad de que deben gozar en un proceso los interesados; sin olvidar que además, se encuentra en condiciones de ejercer –en el marco legal respectivo– su iniciativa probatoria⁷³.

Gelsi Bidart señalaba que “el juez actuará como los restantes sujetos del proceso, tratando de reconstruir los hechos ocurridos, tratando de saber, simplemente, qué ocurrió en la realidad y no teniendo ya únicamente el relato de las partes y las pruebas que del mismo practique cada una”;

se llevará a cabo a cada uno de los testigos, “*separadamente*”; se prohíben las preguntas sugestivas, y aquellas que se consideren perjudiciales o agraviantes para el testigo. Se trata de disposiciones que tienden a evitar que el testigo sea de alguna manera influenciado y no logre declarar realmente lo que conoce, ya porque se limita a contestar “sí” o “no”, ya porque luego de haber sido agraviado difícilmente mantendrá el ánimo conveniente para continuar declarando. En relación a las “declaraciones sugeridas”, ver sent. del TCA 393/91 que refiere al “escaso o nulo valor probatorio”; también ver Tarigo, E. *Curso de Derecho Procesal*, t. II, p. 200.

⁷² Manresa, J., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1856, t. I p. VIII.

⁷³ Así, invoca un criterio amplio para disponer medidas para mejor proveer, TAC 1º, sent. 185/97, siempre que se respeten las garantías del contradictorio.

afirmaba además que, "en el plano de la averiguación se aplica el principio de igualdad de las partes y el juez"⁷⁴.

Este enunciado no implica confundir las situaciones diversas en que se encuentran los sujetos procesales respecto de los hechos a probar: las partes en situación de carga, y el tribunal en situación de poder-deber, obviamente determinadas por su particular relación con el objeto del proceso; las partes actúan impulsadas por un interés privado; el juez encarna un interés público, el del Estado en la Administración de Justicia.

El principio en examen abarca tanto la libertad de objeto como la libertad de medios, con las naturales limitaciones derivadas de la aplicación del principio de legalidad, que impone en ese sentido controles que pueden derivar en la imposibilidad de probar algunos hechos⁷⁵, o en la imposibilidad de utilizar determinados medios⁷⁶.

No obstante, se aprecia un proceso de limitación progresiva de la libertad inicial de aportación de medios (arts. 117, 118, 130, 131 CGP), de conformidad con las etapas e instancias en las que se desenvuelve el fenómeno procesal, esencialmente vinculado al principio de buena fe y lealtad procesal y la ideología del nuevo sistema que impone un *fair play* a cartas vistas. Existen excepciones a esta limitación derivadas de la naturaleza del hecho (nuevo), del desconocimiento que podría tenerse del hecho o del medio, de la necesidad superveniente de defenderse (sobre los hechos alegados en la contestación) o de la eficacia que el Ordenamiento Procesal atribuye a determinados medios de prueba, como la documental o la confesión⁷⁷.

⁷⁴ Gelsi Bidart, A., "Protección judicial o garantía procesal en el CGP", RUDP 4/88 ps. 471 y 478.

⁷⁵ A vía de ejemplo puede citarse el caso de las presunciones legales absolutas, la limitación de defensas en algunos procesos de la que deriva consecuentemente la limitación del objeto de prueba, como en la investigación de paternidad del C. del Niño (art. 184), en el juicio ejecutivo cambiario (art. 108 Dec. Ley 14.701 y art. 45 Dec. Ley 14.412) y fiscal (art. 91 CT).

⁷⁶ En algunos casos el Ordenamiento Procesal impone determinado medio para probar determinado hecho; de manera que otros resultan inadmisibles o inconducentes (según la posición que se sostenga) para el proceso concreto; por ej., las normas de Derecho sustantivo que imponen la prueba instrumental respecto de la prueba de obligaciones en que la ley requiera consignación por escrito; a veces se impide utilizar la confesión para probar determinados hechos (Cf. Vescovi, E., y otros *Código anotado*, t. IV ps. 273 y ss., y 407 y ss.; ver también, tomo V ps. 40 y ss.).

⁷⁷ Sobre el tema debe tenerse presente: el régimen de hechos nuevos (art. 121), el sistema de incorporación ulterior de prueba (art. 118), la potestad de presentación de prueba en segunda instancia (arts. 253, 254, 346 CGP.).

En otro orden, el art. 146 CGP resulta una aplicación del principio en examen, en tanto habilita la admisión de medios no previstos, siempre y cuando no resulten prohibidos por una norma de Derecho.

La cabal comprensión del principio, justifica el criterio judicial que debe mediar al examinar la admisibilidad de los medios de prueba. La calificación que se efectúa –de regla– en la audiencia preliminar u otro acto similar⁷⁸, concerniente a su admisibilidad, conducencia, pertinencia y necesidad (arts. 24 num. 6, 144 y 341 num. 6 CGP) debe ser respetuosa del principio en examen. El rechazo liminar debe ser estricto porque puede afectar la defensa en juicio y se corre riesgo de prejuzgamiento⁷⁹. Por ende, en caso de duda, y en estricta aplicación del principio de libertad de la prueba, corresponde admitir el medio probatorio, y –en todo caso– volver a examinar el tema en el momento del dictado de la sentencia definitiva, situación habilitada por el art. 216 CGP⁸⁰.

En función de los mismos argumentos, se han pronunciado los autores en favor de un criterio restrictivo en relación a la posibilidad de prescindir –por propia iniciativa del tribunal– del diligenciamiento de prueba en etapa de su producción. Con invocación de un acotado marco legal y de los principios que se mencionan en la ponencia respectiva (debido proceso, adecuada fundamentación de la sentencia, unidad y comunidad de la prueba)⁸¹, se sostiene que sólo en casos excepcionales, podría el tribunal prescindir de medios cuyo diligenciamiento ya había sido ordenado.

⁷⁸ Como en los procesos extraordinarios e incidentales; Cf. Elizalde, L., González, C., ponencia a las Xª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia 1999, “*Análisis comparativo de las etapas de la prueba en el proceso ordinario y extraordinario*”, ps. 385 y ss.

⁷⁹ Cf. TAC 5º, RUDP 1/93 c. 1028 p. 201, sent. 257/92; la Sala sostuvo que no puede rechazarse un medio propuesto por la parte, con el argumento de que existía un medio de prueba más eficaz; Cf. Stein, F. ob. cit. p. 121.

⁸⁰ Ver Viera, Curso del IUDP, t. II p. 103; ver RUDP 3/97 c. 715; sent. TAC 4º 90/97.

⁸¹ Ponencia a las Xª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia 1999, “*La posibilidad de prescindir del diligenciamiento de prueba en el CGP*”, ps. 327 y ss.; Cf. Stein quien expresa al respecto: “El principio de la libre valoración de la prueba no encierra en sí la facultad de rechazar pruebas por el simple hecho de que no arrojarían un resultado digno de ser creído o porque el asunto ya hubiera sido suficientemente demostrado mediante la prueba practicada hasta el momento. Esto significaría una valoración a priori de la prueba que, dada la nunca descartable posibilidad de error, sería tanto más temeraria cuanto que la impresión individual y personal es el factor más importante en la valoración del medio de prueba”; ob cit. p. 121.

Por el contrario, se estima que debe manejarse un criterio flexible en el tema de la *necesidad superviniente* de la prueba, en los términos que se expresa a continuación.

En general, se ha utilizado para el rechazo del medio probatorio ofrecido en estas circunstancias, el argumento basado en el principio de preclusión y de legalidad, que impone a la parte el ofrecimiento en determinados actos y momentos procesales de la prueba que habrá de utilizar en la instancia. No obstante, los mentados principios deben encontrar adecuada dimensión en el contexto de otros de mayor jerarquía, como el de libertad, vinculado esencialmente al debido proceso y el de buena fe y lealtad, que actúan como un verdadero sistema de frenos y contrapesos.

Cabe entonces admitir la incorporación oficial, mediante la producción del medio de prueba respectivo, de las cosas o sujetos (portadores de prueba) cuyo conocimiento o indicación de su existencia, se obtuvo con posterioridad a las oportunidades en que normalmente corresponde el ofrecimiento; y siempre y cuando, esta circunstancia fluya también razonablemente probada. Si bien debe utilizarse un criterio flexible que consulte el principio de libertad de la prueba en examen, también debe tenerse presente que las partes y el tribunal se encuentran vinculados en su actuación a los cánones que impone la ley; lo que implica que deben agotarse razonablemente todos los recursos para el ofrecimiento de todos los medios en la etapa inicial y legalmente indicada. En consecuencia, si se actuó de buena fe y en forma diligente (presupuesto indispensable para que el proceso se realice "a cartas vistas") y el medio no se conoció hasta ese momento, debe admitirse su incorporación posterior.

En definitiva, entienden los autores que la preclusión no constituye un fenómeno totalmente objetivo, sino también teñido de consideraciones subjetivas; así, podría decirse que si nunca se conoció la fuente de prueba, mal pudo el litigante interesado actualizar la carga respectiva antes de ese momento, porque tal situación no había nacido. Cuando la ley establece una oportunidad para ejercer un acto, es porque presupone que de hecho el sujeto estaba en condiciones de hacerlo; y sólo puede ofrecerse un medio probatorio *si se conoce* su existencia⁸². Podría invocarse en favor de la

⁸² Esta consideración no implica adherir, como se vio en nota 59, a la denominada tesis de las preclusiones elásticas.

tesis amplia, el art. 253 CGP que regula la prueba documental en segunda instancia, cuyo *conocimiento* fue posterior⁸³, como se verá seguidamente.

La propia ley admite diversas hipótesis en que una prueba puede devenir necesaria en el curso de la instrucción. Así, el caso del careo, cuya *necesidad* aparece para despejar contradicciones emergentes de las declaraciones de testigos o partes (art. 162); por ello, es evidente para los autores que no debe impetrarse *ad eventum* en los escritos iniciales. A su vez, el art. 151.4, al regular la declaración de la persona jurídica y la carga respectiva de designar a la persona física que habrá de comparecer al acto, prevé la posibilidad de que la contraparte solicite y el tribunal disponga de oficio, el interrogatorio de otra persona en calidad de testigo⁸⁴. Otro ejemplo resulta del art. 253.2 num. 2) que admite la presentación de documentos anteriores “cuando se afirmare bajo juramento *no haber tenido antes conocimiento* de los mismos”. El texto legal citado agrega –además– que el tribunal “podrá requerir o recabar la información sumaria” que acredita la circunstancia habilitante de la agregación, esto es, la ausencia de conocimiento previo⁸⁵.

En la práctica forense, y en sede de prueba testimonial podemos encontrar como ejemplos los siguientes: 1º) la necesidad de interrogar a una persona que fue citada por un testigo en su declaración⁸⁶; 2º) el testigo en el curso de cuya declaración surge que conoce otros hechos relevantes de la causa que aquellos por los que fue convocado a declarar, cuando la parte que lo propuso desconocía esta circunstancia⁸⁷; 3º) el

⁸³ En estricta aplicación de esta norma, se rechazó el medio probatorio por no haber jurado la parte no haber tenido conocimiento del mismo, cuando además surgía que lo conocía con antelación, TAT 2º 221/98.

⁸⁴ Ver de la co-autora, Klett, S., *Modalidades...* cit. p. 205.

⁸⁵ Por ello se comparte la invocación del principio de buena fe como fundamento de la limitación de la introducción de prueba en segunda instancia (art. 253), consagrando un criterio flexible –y en base al mismo sustento normativo– al admitir el juramento en sustitución de la prueba sumaria que reclamaba el régimen anterior; Klett, S. y Uriarte, G. “*Facultades del tribunal...*”, ps. 322 y 331. Asimismo, en sede del recurso de revisión, el art. 283 num. 3 prevé como causal la imposibilidad de aportar documentos decisivos por maniobra fraudulenta de la parte contraria; la exigencia de fraude en esta situación, se justifica habida cuenta del efecto de la revisión en relación a la cosa juzgada.

⁸⁶ Ponencia a las Xª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia 1999, “*Aspectos prácticos en materia de prueba*”, ps. 307 y ss.; en especial, p. 317.

⁸⁷ En un proceso llevado a cabo en el Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Civil de 24º Turno (actualmente 16º), en el curso de la declaración de un testigo que fue ofrecida por el actor para

caso del testigo espontáneo, cuya admisibilidad fuera tratado anteriormente por los autores⁸⁸.

Por similares razones, los autores no comparten la tesis restrictiva que no admite la prueba propuesta en forma extemporánea, aunque haya aquiescencia de ambas partes⁸⁹. Parece una solución excesiva, porque resulta atentatoria de varios principios esenciales en materia de prueba: el de libertad de la prueba, vinculado como vimos al debido proceso, el principio de la función pública de la prueba, con su consecuencial el de averiguación de la verdad material (las partes quieren se averigüe y ofrecen de común acuerdo el medio que consideran idóneo), y el principio dispositivo.

Examinado el principio de libertad en sus manifestaciones más relevantes, corresponde establecer la vigencia de otros principios, que –en definitiva como en todos los restantes– colabora para su recta delimitación. Nos referimos a los principios de legalidad, lealtad y de auto-responsabilidad de la parte en toda la actividad probatoria. Ello implica que en virtud del principio de legalidad el aporte probatorio debe realizarse dando cumplimiento a todos los demás requisitos del acto procesal respectivo (de tiempo, de lugar, de forma), seleccionando el medio idóneo (conducencia) y colaborando activamente en la producción de los medios ofrecidos.

Este aspecto se conoce como la carga probatoria en sus dos sentidos (subjetivo y objetivo); esto es, por un lado, en el interés que motiva al litigante para ejercer los actos conducentes y necesarios para que la prueba llegue

acreditar las bases del lucro cesante, surgió –con total claridad para todos los concurrentes a la audiencia– que el actor desconocía que la vecina citada, también había sido testigo presencial del accidente; con la conformidad de las partes, se la interrogó –además– sobre las circunstancias del hecho ilícito.

⁸⁸ “Aspectos prácticos... en materia de prueba”, ps. 307 y ss.; Ver, Tarigo, E., “Inadmisibilidad de la declaración de testigos no propuestos por las partes ni convocados por el tribunal”, RUDP 4/94, ps. 525 y ss. Se ha esgrimido en contra de la recepción del testigo espontáneo, así como para enervar la fuerza probatoria de un testimonio, la circunstancia de no figurar en el parte policial; tal aspecto no puede constituir elemento determinante para descartar el medio, sino en todo caso para apreciar su valor convictivo; será necesario, en cada caso, examinar con precisión por qué razón no se conocía la existencia de este testigo; se propugna entonces, efectuar control de admisibilidad (mínima) que justifique –prima facie– existencia de buena fe en el hecho del desconocimiento; debe además respetarse el principio de contradicción, y tomarse declaración en audiencia; ello sin perjuicio de que en la sentencia se vuelva a controlar la admisibilidad del testimonio.

⁸⁹ Ver disidencias de algunos concurrentes y las conclusiones –en mayoría– de las Xª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia 1999, en la RUDP 1/99, p. 164 y ss.

a su fin, logre su resultado; por otro, en la regla establecida en el Ordenamiento Procesal, para sentenciar en casos de *non liquet*.

En consecuencia, al amparo del principio de libertad, no se podría cohonestar actuaciones tendientes a tergiversar la función del proceso, pretendiendo –por ejemplo– dilatar su curso mediante la petición de prueba que persiga claramente una finalidad dilatoria. Así, en el ámbito legal, el art. 74 del Dec. Ley 15.524, prevé la potestad del rechazo *in limine de* “aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, o *notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del juicio* o que resulten no ser pertinentes a la materia litigiosa”; a su vez, el tribunal actuando en proceso del CGP posee idéntica potestad, en tanto –de comprobarse la finalidad dilatoria– se trataría de un acto procesal ilícito, por incumplir con los requisitos generales de todo acto procesal, en tanto no posee causa legal (art. 62 CGP)⁹⁰.

Estas consideraciones permiten sostener que la libertad –como en todo orden de la vida– no admite su utilización desviada, o con fines aviesos, contrarios a la finalidad que anima el proceso. Por ello, habrá de considerarse más adelante, en el ámbito específico de otros principios, las consecuencias desfavorables que apareja el incumplimiento de las cargas y deberes que impone el Ordenamiento, y en especial, todo uso abusivo de la libertad⁹¹.

4º) Principio de interés público de la función de la prueba

El objetivo de que el juez falle conforme a Derecho (y también a la Justicia) al que se encamina la actividad probatoria, encarna no sólo un interés privado de las partes, sino asimismo un interés público y general del Estado, que delinea el propio proceso y justifica todas sus categorías. Decía Calamandrei⁹² en este sentido que litigar puede significar tener fe en

⁹⁰ A veces se advierte tal finalidad al reclamar prueba por exhortos en el extranjero, o prueba testimonial solicitando su producción por tribunal comisionado, o prueba por informe que busca sustituir la que debió aportar la parte, en aplicación de los arts. 166 y 190.5, o prueba que emana de Registros Públicos, cuando bastaría la agregación del certificado respectivo; ello sin perjuicio de las justificaciones que en cada caso pueda corresponder en atención a las circunstancias específicas, como por ejemplo, ante la negativa del órgano de proporcionar el documento en cuestión.

⁹¹ Se tratará al examinar el principio de lealtad, el incumplimiento de las cargas de ofrecimiento y de urgimiento y el deber de colaboración, en la práctica de la prueba.

⁹² Calamandrei, P., *Elogio de los jueces*, Librería El Foro, Bs. As. p. 142.

la seriedad del Estado, y hasta prestarle un servicio, porque éste halla en la defensa del derecho, su más alta expresión, de modo que cuando el ciudadano le pide justicia, le ofrece la oportunidad de ratificar, defendiendo el derecho, su razón de ser más esencial.

En virtud de tal premisa puede sostenerse que la prueba no persigue un interés exclusivamente privado, aunque éste sea su motor (principio dispositivo). Una vez puesto en movimiento el instrumento jurisdiccional, se involucra el referido interés público, de tal manera que la prueba no puede ser ajena al mismo. Este debe considerarse *preeminente*, determinando este aspecto, una serie de consecuencias en el ámbito práctico, que se desarrollará a continuación.

En tal sentido, cabe recordar la opinión de la doctrina nacional en dos de sus máximos exponentes. Barrios de Angelis, al considerar los caracteres de las normas procesales, entiende que, "la asignación de estas normas al *derecho público* significa que sus problemas de interpretación deberán regirse por principios de derecho público antes que por los del derecho privado"⁹³. Gelsi Bidart⁹⁴ por su parte enseña que, "en definitiva, no es cada norma procesal, sino la existencia del proceso para asegurar cada derecho (principio de la necesidad del proceso), la reglamentación del proceso prefijada legalmente (principio de la prefijación legal del procedimiento) y de manera que permita efectivamente la defensa del derecho (principio del debido proceso), lo que básicamente abarcaría la aplicación del principio de orden público al ámbito del proceso"⁹⁵.

Es precisamente ese interés público lo que ha determinado que las normas procesales tengan naturaleza de orden público, de modo tal que no queden libradas a la voluntad de las partes. Por otro lado, hay en el Ordenamiento diferentes manifestaciones de ese interés que va más allá del que privadamente tienen las partes y lo trasciende.

⁹³ *Teoría*, ob. cit..., p. 79.

⁹⁴ *Estudio del proceso, Iniciación*, Mdeo, 1985 t. I, p. 77.

⁹⁵ Desde que el Estado se apropió de la función de juzgar, la que integra uno de sus cometidos esenciales, en tanto la Constitución dedicó múltiples normas a la consideración del proceso, no puede dudarse del interés público preponderante; debe reseñarse los arts. 12, 18, 19, 23, 30, 32, 332, la Sección XV, y las normas que regulan procesos especiales (verbi gratia, conciliación previa ante la Justicia de Paz, inconstitucionalidad de la ley, aspectos del proceso de anulación de actos administrativos), y ámbitos de competencia de los órganos judiciales.

Así, es en función de este interés –que se adiciona al privado de las partes– que el CGP ha consagrado la iniciativa probatoria del tribunal para la averiguación de la verdad material (arts. 24 y 25, 350 CGP).

No se abundará en un tema tan específico, sobre el cual la literatura es profusa⁹⁶. Simplemente corresponde destacar que no existe obra moderna de Derecho Procesal, ni proyecto de ley que no enfatice la necesidad imperiosa de consagrar la solución que para nuestro país es Derecho Positivo. Asimismo, parafraseando al eminente jurista Barbosa Moreira, cabe alentar a los magistrados a utilizar las potestades consagradas legalmente, sin temor a la pérdida de imparcialidad. Expresa el autor citado: "... la imparcialidad no significa indiferencia del juez respecto al resultado del proceso. El juez no puede dejar de tener interés en que su sentencia sea justa y, por consiguiente, en que la actividad procesal le suministre, cuanto posible, los medios necesarios para decidir bien. No sería razonable acusarlo de parcial por el solo hecho de que, ejerciendo los poderes otorgados por la ley, y respetando las garantías de la defensa, tome las iniciativas que le parezcan indispensables en miras a la aclaración de los hechos, aunque el éxito de las providencias de instrucción por él ordenadas vengan a beneficiar, en definitiva, uno de los litigantes. De lo contrario, también la abstención del órgano judicial, al fin y al cabo, comprometería su imparcialidad, en tanto y en cuanto resultaría benéfica para la otra parte. Lo que se opondrá a la exigencia de igualdad es que el juez se ciña a tomar la iniciativa únicamente cuando existan razones objetivas, serias para suponer que la prueba favorezca a una de ellas"⁹⁷.

La experiencia nacional ha demostrado un uso ponderado de la iniciativa probatoria, y hasta quizás excesiva cautela en la consideración de que se ha configurado el supuesto que habilita su intervención⁹⁸.

⁹⁶ Sobre este tema, véanse las ponencias en VIª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Paysandú, 1991; Van Rompaey, L., "Alcance del deber de averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes en el CGP", *Judicatura*, N° 29 ps. 4 y ss; Abal, A., *Estudios del CGP*, t. I ps. 189 y ss; Tarigo, E., ob. cit. T. II p. 19.

⁹⁷ Barbosa Moreira, J., "La igualdad de las partes en el proceso civil", RUDP 2/87 p. 118; sobre el concepto de imparcialidad, estructural y funcional, véase Barrios de Angelis, *Teoría del proceso*, p. 117.

⁹⁸ Basta al efecto consultar los repertorios de jurisprudencia para verificar que no se ha registrado ningún caso de actuación judicial excesiva en relación a las potestades consagradas en la ley.

Asimismo, y en función de este principio, puede sostenerse que el procedimiento probatorio y sus resultados tienen un *valor ínsito* que el Ordenamiento Procesal reconoce de manera clara; por ello se justifica la consagración legal de determinadas soluciones que trasuntan esta directriz teleológica.

Es el caso de la *supervivencia de la prueba producida*, como tal, como resultado, en hipótesis de nulidad de las actuaciones; se trata del principio de conservación de los actos, evitando la nulidad en cascada de todas las actuaciones y dejando a salvo aquéllas que no dependan –directa e inmediatamente– de las afectadas por el vicio invalidante (art. 113 CGP)⁹⁹. Con idéntico fundamento, en sede de perención de la instancia el art. 239 inc. 3, hace caudal del principio al establecer que “... las pruebas producidas en un proceso extinguido por perención *conservarán su validez en cualquier otro proceso posterior*, conforme con lo dispuesto por el art. 145”; el instituto de la *prueba trasladada*, al que remite el art. 239, constituye otra clara manifestación del principio en examen¹⁰⁰. La solución legislativa –dice Falcón–¹⁰¹ está de acuerdo con el hecho de que las pruebas legítimamente producidas son actividades cumplidas “objetivamente” bajo el control de las partes y de la jurisdicción. Asimismo, y con mayor razón puede citarse la solución prevista en el ámbito del incidente de recusación, en el que se establece la validez de lo actuado, aún en los casos en que el magistrado resulte apartado del proceso, por ser fundada la causal que dio origen a la incidencia (art. 328.4)^{102 - 103}.

Como principio consecuencial, debe abordarse el de *obtención coactiva de los medios* que significa que deben ponerse a disposición de la Justicia

⁹⁹ Ver Código General del proceso anotado, t. II ps. 449 y ss.

¹⁰⁰ Ver por todos, comentario al art. 145 en Código del Proceso, anotado, t. IV, ps. 291 y ss.

¹⁰¹ Falcón, E., *Caducidad o perención de instancia*, Bs. As. 1989, p. 241.

¹⁰² Cabría plantearse si la solución legal debe mantenerse aún en hipótesis en que el magistrado interviniente sea apartado de la causa, por haberse comprobado violación a su deber de imparcialidad, cuando la prueba se ha producido bajo esta perspectiva irregular.

¹⁰³ Problema similar se plantea respecto de las diligencias para mejor proveer que hayan sido adoptadas en grave violación del principio de igualdad de las partes en el proceso y del derecho de defensa (art. 193.2); establece la norma que el tribunal de segunda instancia “podrá disponer las medidas complementarias que entienda adecuadas...; la doctrina –en cambio– no es unánime respecto de la validez o nulidad de las actuaciones que hayan conculcado tales principios; ver, Véscovi, E. y otros *Código anotado*, t. V ps. 562-563 y Gelsi Bidart, A., “*Carga de la prueba. Ubicación procesal*”, RUDP 1/98 p. 17.

aquellos elementos de convicción que permitan acceder a la solución del caso concreto. Este principio se vincula –desde luego– con el de lealtad procesal, en la medida en que –sin desmedro del derecho de defensa– los litigantes y los terceros están constreñidos a colaborar activamente en la dilucidación del caso, no admitiéndoseles conductas oclusivas, evasivas, prescindentes.

La regulación legal de los distintos medios de prueba da cuenta cabal de esta afirmación, delimitando adecuadamente las situaciones jurídicas de las partes y terceros.

Básicamente, las partes se encuentran en situación de *carga* procesal y así lo ha reconocido expresamente nuestra jurisprudencia, en sede de prueba documental¹⁰⁴.

No obstante, la normativa legal analizada sistemáticamente, y a la luz de los principios especiales de la prueba en estudio, pone de manifiesto situaciones generales de *deber*, como la del art. 189.1 y 3; más allá de las que pueden surgir en algún proceso concreto, como se verá seguidamente. La norma del art. 183.3 sienta el principio general en la materia al establecer que debe interpretarse la negativa a colaborar en la prueba “como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se quiere probar...”¹⁰⁵.

Por su parte, debe establecerse que los terceros, partícipes de la prueba, por ej., testigo, perito, informante, se encuentran en situación de *deber* (arts. 160, 182, 189.1, 191).

¹⁰⁴ Así TAC 6° (RUDP 3/89 c. 851 p. 442 y 2/90 c. 689 p. 326) distingue respecto de las partes y terceros las diversas situaciones jurídicas: carga para las primeras, deber para los segundos; lo que determina la imposibilidad de hacerse efectivas medidas de coerción sobre la parte que se niega a la entrega de un documento, derivando tal conducta en la configuración de una presunción en su contra. A juicio de los autores, a partir de la regulación legal del tema (art. 168) la consecuencia procesal atribuible a la falta de colaboración de la parte se hace más concreta: la negativa a su presentación puede derivar en que se tenga por reconocido el contenido del documento cuya existencia y contenido resultare manifiestamente verosímil de otros elementos de juicio; sobre el tema, ver Vescovi, E. y otros, t. V, comentario al art. 168.

¹⁰⁵ En tal sentido, la jurisprudencia nacional ha aplicado la regla en el ámbito de la valoración probatoria, en procesos de investigación de paternidad en los cuales se utiliza como presunción contraria al presunto padre, su negativa a practicarse los exámenes hematológicos, de histocompatibilidad.

En el sistema procesal civil, respecto de las partes, puede decirse que las mismas se encuentran en un entramado de *cargas procesales*, cuyo cumplimiento se encuentra incentivado por la normativa específica. Dado que el interés público subyace en el proceso y determina las opciones legislativas, existen determinadas conductas cuya observancia el legislador estima conveniente. Para incentivar el cumplimiento de estas conductas que el legislador considera necesarias, establece un sistema de cargas, previendo determinadas consecuencias (en general desfavorables) para el caso de incumplimiento¹⁰⁶.

Este planteo significa que el sistema de cargas de las partes deba ser analizado desde dos perspectivas temporales. Al momento de su consagración, el legislador consideró el *interés público* preeminente, al que se adiciona el interés privado del litigante; en atención a que el proceso debe ser impulsado hacia su finalización, mediante los actos conducentes a la consecución de una sentencia adecuada (supuesto de la norma). En la etapa de su operatividad, el principio de buena fe constituiría el fundamento de la consecuencia (adversa); de manera que todo apartamiento al modelo legal (*standard del buen litigante*¹⁰⁷ signifique una medida –generalmente– desfavorable para el interés de la parte que no actualiza debidamente la situación prevista.

De regla, cabe observar que el sistema es autosuficiente, de manera que la valoración de los incumplimientos de las cargas previstas determina la posibilidad de extraer consecuencias que logren una adecuada fundamentación de la decisión. En otros términos: en general, puede decirse que en presencia de un demandado renuente, que no comparece, no contesta la demanda, no asiste a la audiencia preliminar, y si se trata de una cuestión de derecho disponible, el tribunal se encontrará en condiciones de dictar una sentencia definitiva, siempre que la calificación jurídica así lo permita (lectura sistemática de los arts. 130, 137, 139, 140, 339, 340, 198 CGP).

No obstante, cuando el sistema de cargas se muestra insuficiente para lograr el resultado, en casos excepcionales, podrá recurrirse al uso de la

¹⁰⁶ Tratándose de aspectos vinculados con el principio de lealtad y buena procesal, todo apartamiento del patrón establecido determinará, –en general– una valoración negativa, con proyecciones indudables en el proceso de apreciación de la prueba (arts. 139.2, 140 y 141 CGP).

¹⁰⁷ Klett, S. y Pereira, S., *Valor de la conducta procesal*, ps. 68 y ss.

coacción, a efectos de lograr obtener el esclarecimiento de hechos que no puedan averiguarse de otra manera y cuando los intereses en juego así lo habiliten¹⁰⁸. Ello además, siempre que no se conculquen principios superiores¹⁰⁹.

En cambio, respecto de terceros, la situación de deber aparece claramente consagrada, no sólo en los arts. 21.3 y 189.1 CGP, sino en la preceptiva concerniente a cada medio de prueba (ver régimen de los arts. 160, 166, 167, 182, 191 CGP); y más allá de algunas situaciones en que tienen primacía otros derechos involucrados¹¹⁰.

En este caso, desde la perspectiva de los medios probatorios, debe establecerse que el art. 160 prevé tres deberes para el testigo cuyo

¹⁰⁸ En cuanto a la posibilidad de utilizar conminaciones ver, Bello, J., Rodríguez, M^a y Rodríguez, L., *“El art. 168 a la luz de los principios generales y especiales del proceso”*, ponencia a las X^a Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia 1999, ps. 345 y ss.; y disidencia de los Dres. Torello y Simón, a la conclusión del plenario en el sentido de que no se puede utilizar ninguna forma de coacción sobre la parte, admitiendo éstos la posibilidad de conminaciones económicas (RUDP 1/99 ps. 164-166). Se comparte esta solución, como forma de incentivar el cumplimiento del deber de colaboración y la posibilidad de averiguar la verdad. En relación a las conminaciones personales, ver ponencia Bregani, M., García, F. a las X^a Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia 1999 *“Cargas procesales y posibilidad de coacción sobre personas en el CGP”*, ps. 377 y ss., en la que se plantea prudentemente el uso excepcional de la coerción en materia de familia, en proceso de alimentos de menores, cuando el sistema de cargas deviene inoperante y el interés involucrado puede considerarse superior (art. 350 CGP). También podría plantearse la posibilidad de conducción de un tercerista a los efectos de su interrogatorio, cuando se invoca hipótesis de fraude como defensa frente a la tercería. Desde luego, que toda vez que se aduce fraude, la situación objeto del litigio reviste un matiz diferente respecto de los procesos típicamente dispositivos, lo que meritaria también una solución diversa, tal como se plantea en trabajo de Klett, S. y Cardinal, F., *“Tercerías en procesos de ejecución, ejecutivos y cautelares”*, en *Judicatura* N° 41 (en prensa).

¹⁰⁹ Así, se comparte solución de la sentencia del TAF 2°, cuya suma aparece en RUDP 2-3/94 C.937, en tanto la solución contraria afectaría principios constitucionales inherentes a la persona humana (integridad, intimidad); dice el mencionado fallo: *“No es acorde a derecho el practicar en la persona de un menor de edad una prueba pericial compulsiva mediante maniobra ejercida en su físico a los efectos de recabar información cuyos resultados puedan ser de interés del mismo (se trata de un menor que se niega a someterse a los exámenes hematológicos, de histocompatibilidad y síquicos a los efectos de determinar su verdadera filiación). Por fundamentos similares, en el ámbito penal, ver L.J.U. c. 13.127.*

¹¹⁰ Al respecto ver sent. 878/97 del TCA, en la que se acogió la oposición de una empresa a que se realizara un peritaje contable; se señaló que se trataba de un tercero respecto de la litis, y que la pericia resultaba inadmisibile al versar sobre información propia, resultando la misma violatoria del secreto comercial y de la confidencialidad de la información. En cambio, este órgano (sent. 1030/94) relevó del secreto comercial invocado por el BSE, dado que *“la información revestiría particular importancia sobre el tema en cuestión”*.

incumplimiento apareja diversas consecuencias. Se trata del deber de comparecer, de declarar y de decir la verdad, con su correlato del poder-deber del tribunal de ordenar su conducción, su detención, su puesta a disposición de la Justicia Penal, y la eventual incursión en delitos de desacato y falso testimonio.

En el caso del perito, se trata de un *encargo judicial*, que deberá cumplir fielmente y con la debida imparcialidad. El apartamiento de estos deberes, puede implicar responsabilidad tanto desde el punto de vista civil como disciplinario (art. 182.2). Asimismo, y en virtud de lo dispuesto en el art. 179 CGP, éste sólo puede apartarse del conocimiento que se le encomienda, cuando existe causal legal de excusación. En consecuencia, y en virtud del interés público subyacente, sólo se encuentra habilitado a no prestar colaboración con el proceso, cuando media justa causa.

Por su parte, el régimen legal atinente a los documentos en poder de terceros, prevé la posibilidad de su obtención a través de la orden de entrega prevista en la normativa aplicable (arts. 166, 167 y 386.2). Es evidente a juicio de los autores la primacía definida del principio de función pública de la prueba conectado ineludiblemente con la averiguación de la verdad. Así lo pone de manifiesto la redacción de los incs. 2º de los arts. 166 y 167 CGP en relación a la discrecionalidad que parece reconocerse al tribunal para "apreciar" las causas de reserva o de perjuicio que pudieren invocar los interesados para negarse a su entrega. En otros términos, ante el eventual conflicto de intereses de los terceros en posesión de los documentos y los involucrados en el proceso, la norma opta por los segundos¹¹¹.

Consideración especial merece el tema de los documentos en poder de la Administración, ya sea como parte, ya sea como tercero. Puede interpretarse que en virtud de la función pública de la prueba y la ubicación institucional del Estado, no puede éste argüir ninguna razón para no proporcionar alguna prueba que se encuentra en su poder, salvo los casos de excepción que la ley establece¹¹².

¹¹¹ Sin pretender extenderse sobre un tema específico, entienden los suscritos que el art. 386.2 debe interpretarse a la luz de la normativa general también aplicable.

¹¹² Merece particular destaque la posición del TAC 6º, RUDP 3/89 c. 849 p. 442, que establece: "Tratándose de documentos en poder de la Administración, ya sea ésta parte o tercero en juicio, no puede ella alegar un derecho de propiedad sobre los mismos por lo que no corresponde rehusar su exhibición en juicio salvo que se trate de documentos que requieren reserva". Ya decía Giorgi que

El régimen legal relativo al proceso de anulación de actos administrativos, consagra una carga –muy cercana al deber por su fundamento y el rol del Estado– de adjuntar los antecedentes administrativos con la contestación de la demanda, bajo apercibimiento de presunción contraria favorable a los dichos del actor¹¹³.

Finalmente, y sin que sea un aspecto determinante, puede citarse en el ámbito del interés público de la prueba, todo intento de consagrar la gratuidad o abaratamiento en la producción de los medios de prueba. En tal sentido, puede mencionarse en el ámbito de la cooperación internacional los Tratados de Igualdad de Trato Procesal y Exhortos¹¹⁴, donde se establece el criterio de la gratuidad en el cumplimiento de las diligencias de mero trámite y probatorias.

A su vez, en sede de prueba pericial el art. 185.3 inc. 2 prevé la posibilidad de exonerar de la consignación previa de los honorarios provisorios de los peritos, a la parte que justifique que carece de medios para solventarlos, pudiendo inclusive encargar la pericia a un técnico en la materia funcionario de un organismo estatal, quien no podrá excusarse. *La imposibilidad de excusarse* es clara manifestación del principio enunciado, en la medida en que el legislador prioriza la realización del medio probatorio, al derecho constitucional a percibir honorarios por el desempeño de la tarea encomendada¹¹⁵.

5º) *Lealtad, probidad y buena fe*

Desde que se asiste a una progresiva decadencia de la ideología liberal en el ámbito procesal, unida a una nueva conciencia social que se resiste

la Administración debe poner a disposición de la Justicia la documentación que se halle en su poder y producir la información que le sea requerida, pues rige en esta materia el principio de la publicidad, no pudiendo invocar el principio *nemo tenetur edere contra se*; *El Contencioso Administrativo de anulación*, Mdeo., 1958, p. 265 y ss.

¹¹³ Ver régimen de los arts. 63, 64, 65 del Dec. Ley N° 15.524.

¹¹⁴ Véase a título de ejemplo, Convenciones de Igualdad de Trato procesal y Exhortos con Argentina y Chile (art. 10). Sobre la posibilidad de tratamiento conjunto, en materia de cooperación, de las medidas de mero trámite y probatorias, ver Véscovi, Eduardo, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Idea, 2000 p. 126.

¹¹⁵ Así, lo recoge expresamente el Convenio sobre Servicio de Peritaje celebrado por el Poder Judicial y la Universidad de la República, comunicado por la Circular N° 16/99 de la Suprema Corte de Justicia.

a que lo que es intrínsecamente injusto se resguarde en lo formalmente lícito, ha cobrado pleno vigor el principio de lealtad y probidad.

Expresan Klett y Pereira en términos totalmente compartibles que: "... la libertad de la conducta reservada a las partes no puede ir tan lejos como para permitirse la violación de la buena fe y la ética y el empleo deliberado del dolo y del fraude en el proceso". Más adelante añaden, citando a Díaz, que "la formulación del principio de moralidad presupone el triunfo constructivo de la orientación publicista del Derecho Procesal, con el consiguiente abandono de las concepciones simplemente utilitario-hedonísticas e incluso belicistas, imbricadas en la tendencia privatística del liberal-individualismo"¹¹⁶.

Como se señalara en el número 4º), la interacción entre los principios de la prueba determinan su razonable acotamiento, en la medida en que el reconocimiento de la libertad de probar, encuentra su natural límite en el modo en que debe ejercerse la actividad probatoria. No puede concebirse al proceso como un ámbito de tolerancia o indiferencia para las conductas violatorias del deber de lealtad y colaboración. Es que el fundamento del deber de lealtad, deriva ontológicamente de la naturaleza pública del proceso, y su manifestación ostensible, esto es, la sentencia –que encarna la voluntad estatal sobre el conflicto– se vincula inexorablemente con la actividad probatoria (arts. 140 y 197 CGP).

En términos generales Couture¹¹⁷ ha definido la buena fe procesal como la "calidad jurídica de la conducta legalmente exigida, de actuar en el proceso con probidad, en el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón".

En el Derecho Positivo, la regla moral recibe consagración expresa en el art. 5 CGP, al disponer que todos los partícipes del proceso deben ajustar "su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes, y a la lealtad y buena fe".

En el ámbito de los actos procesales, debe citarse por su vocación de aplicación general el art. 63 que establece sus requisitos, al señalar que

¹¹⁶ Cf. Klett, S. y Pereira, S. ob. cit. p. 63; Cappelletti, M., alude a la publicización del proceso, vinculando la noción a la dirección procesal del juez y los deberes de lealtad, probidad y de verdad de las partes, "Ideologías en el Derecho procesal", en RDJA T. 58 Mº 4, p. 95.

¹¹⁷ Couture, E., *Vocabulario Jurídico*, Bs. As. 1988, p. 127.

los actos “habrán de ser realizados con veracidad y buena fe y tener por causa un interés legítimo”.

Las afirmaciones precedentes analizadas desde la óptica de la prueba, significan que ésta no deba utilizarse como medio para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaño, sin interesar que la recepción del medio provenga de la iniciativa de las partes o de actividad del tribunal¹¹⁸.

Como veremos a continuación, en el aspecto probatorio son múltiples las normas que recepcionan el principio en estudio, pudiendo señalarse liminarmente que en todas las etapas de la prueba existen manifestaciones concretas.

Así, en ocasiones puede vislumbrarse en forma preliminar un afán meramente dilatorio en el propio ofrecimiento del medio de prueba, situación que corresponde analizar caso a caso, a fin de conjurar todo intento de utilización desviada de los instrumentos procesales. Otras veces, esta intención se hace ostensible recién en la etapa de diligenciamiento.

Se trata de la aplicación del principio de legalidad respecto de la forma y contenido de los actos probatorios, en tanto el Ordenamiento Procesal no admite que el acto no tenga “*por causa un interés legítimo*” (art. 63).

En relación a este aspecto enseñaba Couture¹¹⁹ que la causa era lícita cuando “la voluntad del acto procesal está dirigida a la obtención de una ventaja consentida por la ley”. En ese sentido puede decirse que el acto se cumple “*secundum lege*” y los provechos que de él derivan deben considerarse legítimamente conquistados. En sentido contrario opera la causa ilícita la que funciona “*contra lege*”. Afirma asimismo que “tiene causa ilícita el petitorio de ampliación del término de prueba fuera del departamento cuando ese petitorio es sólo un pretexto para poder continuar produciendo prueba dentro del departamento”; incluye en esta hipótesis la solicitud de declaración del testigo fuera del lugar del juicio, cuando éste no llega a prestar su declaración.

Estas conclusiones refieren al régimen del CPC, y deberán refrendarse a la luz de los principios consagrados en el CGP. Tal como se señalara, el

¹¹⁸ Devis Echandía, H., ob. cit. p. 120.

¹¹⁹ Couture, E. “*La noción de causa de los actos procesales*”, Rev. de Der. Público y Privado, t. 1 Secc. Doct. 1938, ps. 135-136.

acto probatorio realizado con evidente finalidad dilatoria es ilegítimo por incausado, o por tener causa ilícita, como enseña Couture. Este apartamiento del modelo legal, resulta además lesivo del deber de moralidad, ya que como se advirtiera los actos *habrán de ser realizados con veracidad y buena fe*.

En consecuencia, pese a que en la mayoría de los casos, será difícil *advertir prima facie* este apartamiento, si se configura este supuesto, el tribunal tiene el poder-deber de repeler el ingreso del acto probatorio al proceso, porque el acto que carece de causa legítima es inadmisibles (art. 341 num. 6 CGP).

No obstante, es en la etapa de producción de la prueba en la que el principio se torna absolutamente indispensable como orientador de toda actuación, tendiente a obtener el resultado perseguido. Como sostiene Silva Melero, citado por Devis Echandía¹²⁰, "la prueba debe tender a la reconstrucción de los hechos y de la situación jurídica, *tal como efectivamente ocurrieron o están ocurriendo las cosas* (los subrayados son nuestros). Las partes deben colaborar a la obtención de la voluntad de la ley, subordinando el interés individual a una sentencia justa".

A tal efecto, se encaminan las normas que tienen como finalidad la protección de la naturalidad, espontaneidad y licitud de la prueba. En efecto, en vistas a la función pública de la prueba y al valor ínsito que cabe reconocerle, determinante del fallo, debe partirse de la premisa insoslayable de que la prueba fue obtenida y producida *legítimamente* para que pueda desplegar su eficacia. De donde, el sistema legal consagra una serie de mecanismos que tratan de preservar el contenido original de la prueba, su naturalidad o espontaneidad. De ahí la prohibición de alterar documentos o cosas, la querrela para impugnar documentos, la prohibición de presionar testigos o peritos, la sanción del falso testimonio, las tachas de los testigos, las causas de recusación de los peritos¹²¹.

¹²⁰ *Teoría*, ob. cit. p. 121.

¹²¹ Como se vio al abordar el tema de la legalidad y legitimidad de la prueba, cabe citar por ej., la orden de incomunicación de testigos entre sí, o con la parte; la orden de incomunicación del litigante con su abogado en el acto de declaración, la eventual inadmisibilidad del testigo que fue ofrecido por la parte y presencia la audiencia anterior a su deposición; por idénticas razones, el documento cuya agregación no se admite, debe permanecer en el tribunal, aunque no incorporado materialmente al expediente. En consecuencia, en casos en que se rechace la agregación de prueba documental, a fin de preservar la identidad del medio, cabe disponer que permanezca en la sede del

De otra parte, el diligente cumplimiento de la carga de urgimiento, aparece como una clara demostración de que la solicitud del medio, no perseguía un afán meramente dilatorio; por el contrario, el abandono de un medio, o la demora injustificada en su producción (cuando depende de la actividad de la parte), pone de manifiesto la ausencia de *causa* del acto, e implica un apartamiento de la finalidad querida en la norma. Ello ha determinado a la jurisprudencia a adoptar soluciones altamente técnicas; así, se ordena la producción de un medio (por ej. prueba por informes), en determinado plazo, bajo apercibimiento de que –si no se cumple dentro del plazo conferido– se tendrá por desistido del medio; además, tal conducta es pasible de ser apreciada en la etapa respectiva¹²².

Como se advierte, es en sede de valoración de la prueba, donde se presentan los ejemplos más salientes de aplicación de la regla moral¹²³.

En efecto, la moderna teoría de las cargas probatorias dinámicas, ha merecido –mayoritariamente– el apoyo de la doctrina y jurisprudencia nacional¹²⁴.

tribunal, en la Caja Fuerte, o agregado por cuerda en sobre cerrado; ello posibilita que el tribunal de alzada pueda examinar la causa por la cual fue rechazado, y por otra parte que no puedan consultarse medios que no fueron formalmente admitidos.

¹²² Tal ha sido la posición sustentada por el TAC 5° en sent. 73/93 en la cual el diligenciamiento de dos oficios, pese a su reiteración por parte del a quo, fue considerado como un descuido negligente de la carga probatoria que gravitaba sobre el proponente, verificándose un supuesto de caducidad de la prueba. Adviértase además que el Tribunal no libera de la carga de instar al oferente, aun cuando la demora sea atribuible al órgano judicial, o contingencia ajena a la actividad de la parte interesada.

¹²³ Así se sostenía en un fallo con apoyo en la opinión de Viera: Respecto del valor liberatorio del certificado notarial erróneo, existe acuerdo en doctrina y jurisprudencia sobre que debe tomarse en cuenta la buena fe del que pretende ampararse en él: quien conocía o no conocía pudiendo hacerlo, no puede invocar buena fe (TAC 6°, RUDP 3/89 c. 846, ps. 441; ver también en la misma revista c. 848). En un caso en que el apelante no utilizó el mecanismo de la recusación aduciendo la eventual parcialidad de la perito dijo TAC 2°: “no parece ajustado a derecho que por una vía oblicua se pretenda impugnar una pericia cuando sus conclusiones resultan desfavorables” (sent. 137/98; en sentido similar, ver de TAF 2ª L.J.U. c.). La misma Sala (sent. 80/96) entendió que el incumplimiento de una intimación a exhibir libros en forma parcial efectuada como medida preparatoria, será valorada en el proceso principal.

¹²⁴ Ver conclusiones de las Xª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal sobre el tema, Colonia, 1999, Van Rompaey, L., “La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo”, LJU t. 111 ps. 447 y ss. y jurisprudencia allí citada; de los autores, ponencia a las IXª Jornadas de Derecho Procesal de Rivera, 1997, “La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores”, ps. 235 y ss; Cf. TAC 4°, en RUDP 1/92 c. 650, p. 194; TAC 1°, en RUDP 3/97 c. 706 p. 424.

Por su parte, desde el invaluable aporte de Couture, seguido calurosamente por nuestros juristas, es una constante la no aplicación del adagio *nemo tenetur aedere contra se*¹²⁵, en tanto al litigante no se le requiere para que ayude a su adversario, sino a la Justicia; no se lo obliga a suicidarse desde el punto de vista de la estrategia del proceso, sino que se le reclama que ilustre y aclare la información del juez.

Es evidente entonces, que el deber de colaboración y lealtad que consagra la ley para todo litigante, deviene en instrumento de suma utilidad en la etapa de valoración de la prueba. Es así, que toda conducta endoprocesal debe ser examinada y eventualmente puede ser interpretada en sentido desfavorable al incumplidor del *standard* debido¹²⁶.

En tal sentido, se pone de relieve la norma del art. 189.3 CGP, en virtud de la cual cuando la parte se niega *injustificadamente* a colaborar en la práctica de una medida probatoria el Oficio debe interpretar dicha negativa en contra de ésta; esta solución implica el abandono de la vieja máxima de

¹²⁵ Couture, E., "Sobre el precepto 'nemo tenetur edere contra se', *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. II, ps. 129 y ss.; ver como aplicación práctica y con invocación expresa del abandono del adagio mencionado, los casos referidos en RUDP 3/95 c. 821 p. 469 (TAC 4º) y RUDP 2/90 c. 690, p. 326 (TAC 6º), en los que además se extrajo una consecuencia procesal desfavorable a quien no colaboró con el proceso; para el caso del art. 168 CGP, de TAC 6º sent. 74/95. En sentido coincidente se ha manifestado el TAC 4º en sent. 225/96, interpretando la negativa a colaborar edictada en el art. 189.3 CGP como "una confirmación de la exactitud de las afirmaciones respecto del hecho que se quiere probar, salvo prueba en contrario". Considera asimismo que "se substituyó así definitivamente en nuestro Derecho Procesal la vieja máxima de que nadie puede ser obligado a suministrar pruebas contra sí mismo por una regla civilizadora que atiende a la lealtad y buena fe del litigante". Ver además de la misma Sede la sentencia Nº 32/94, así como la Nº 99/94 del TAC 5º.

¹²⁶ En este sentido se comparte la base argumental y las conclusiones del trabajo de Klett y Pereira, "La conducta... cit. ps. 77 y ss., y especialmente, p. 95, debiéndose consultar la jurisprudencia allí reseñada. Ver también, sentencias de TAC 3º Nº 92/98, 26/98, 115/00, 165/00; en la primera se valoró negativamente la respuesta evasiva o no categórica; en la segunda, con invocación de los principios de buena fe y comunidad de la prueba, y la teoría del acto propio, se descartó el intento de la Administración demandada de desconocer actuaciones probatorias que habían sido llevadas a cabo con su directa y activa participación; en la tercera, se valoró negativamente y de conformidad con el cúmulo probatorio, la conducta endoprocesal del actor que presentó un documento contrario a su interés, sin haber dado las explicaciones pertinentes para pretender desconocer su contenido, y tampoco haber citado al médico que lo otorgó; en la cuarta se estableció que no pueden pasarse por alto que los indicadores tenidos en cuenta en la sentencia fluyen en su mayoría de los propios dichos del ejecutante, que ofrecieron incoherencia y "visus" de mendacidad, a lo que corresponde adicionar su proceder no colaboracionista con el proceso (mediante respuestas incompletas, falta de explicación razonable a determinadas conductas...), sobre todo si se tiene en cuenta que se le atribuía mala fe; también de la misma Sala sent. 96/00.

que nadie puede estar obligado a suministrar pruebas contra sí mismo por una regla civilizadora que atiende a la lealtad y buena fe del litigante, “ya que cabe suponer que quien no presenta una probanza en su poder es porque ella favorece al adversario”¹²⁷.

Finalmente, la jurisprudencia patria, ha interpretado la omisión a los deberes procesales como caducidad o desistimiento del acto probatorio¹²⁸; y a su vez, ha valorado el desistimiento, haya éste operado en forma expresa o tácita, en contra de los intereses del oferente¹²⁹.

6º) Contradicción y publicidad

El principio de contradicción de la prueba, es aquel según el cual las partes del proceso deben disponer, en todos los casos, de la posibilidad de conocer, participar, fiscalizar y discutir la prueba en todas sus etapas¹³⁰, incluido el ofrecimiento y producción de contraprueba.

Se trata de una formulación más específica de un principio más amplio que, con la misma denominación, impera en todas las etapas del proceso. Es de toda lógica entonces que, como señalaba Couture¹³¹, ese principio se traslade también al ámbito de la prueba y rija todas sus fases. En ese sentido, debe tenerse presente que la contradicción no sería una garantía

¹²⁷ TAC 4º, RUDP 1/92 c. 651 con invocación expresa del art. 189 CGP y de principios cardinales en materia probatoria.

¹²⁸ Refiere TAC 5º (sent. 73/93) a que “la parte interesada en su producción descuidó negligentemente la carga procuratoria que sobre ella gravitaba, verificándose un supuesto de caducidad de la prueba; TAC 4º (RUDP 2-3/94 c. 969) reseñando los diversos incumplimientos de requisitos de admisibilidad de prueba testimonial, señaló que “todo esto debe interpretarse como desistimiento de la declaración por continuas omisiones a los deberes procesales”; en el mismo sentido, respecto de prueba no diligenciada en término, ver sent. TAC 2º (RUDP 3/89 c. 823).

¹²⁹ TAC 3º ha señalado en un caso de tercería que la renuncia a una inspección solicitada en la etapa respectiva a efectos de identificar los bienes objeto de la tercería, podría sugerir que el proponente presumía que los resultados de la misma le iban a ser adversos (sent. 152/99); el TAC 5º (sent. 133/92) dice que la renuncia de la parte al testimonio es una “decisión de relevante contenido significativo por cuanto puede presumirse, por así indicarlo las máximas de la experiencia y el curso ordinario de los acontecimientos, que la parte sólo renuncia al medio probatorio que constituye el respaldo más firme de su pretensión cuando de antemano puede prever que el resultado de la diligencia le será adverso”.

¹³⁰ RUDP 2-3/94 c. 883.

¹³¹ Couture, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, EDIAR, 1948, t. 1, p. 109; *La acción declarativa de prescripción*, en Revista del CED, tomo XVIII, junio 1951, N° 82, p. 232.

cabal si su radio de acción se limitara al campo de las meras alegaciones, por lo que debe abarcar también aquellos aspectos propios de la prueba que sustenta dichas alegaciones. Es sin duda con ese sentido amplio, que en el art. 11 CGP se hace alusión al derecho de ejercer "... todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal...".

Por otra parte, debe hacerse notar que este principio guarda estrechos vínculos con otras pautas de similar naturaleza, algunas de las cuales ya han sido objeto de referencia en este mismo trabajo.

En tal sentido, debe ponerse de relieve que, este principio constituye una necesidad impuesta por el principio de igualdad¹³², a la vez que representa un requisito indispensable del derecho al debido proceso legal y constituye una de las premisas básicas del proceso democrático¹³³.

Couture¹³⁴ al conceptualizar el "debido proceso" consagrado en nuestra Constitución, indicaba los siguientes componentes: 1) "que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita, de la promoción de los procedimientos con los cuales el derecho puede ser afectado; 2) que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el derecho de declarar por sí mismo, de suministrar testigos, de introducir documentos relevantes y otras pruebas; 3) que el tribunal ante el cual los derechos son cuestionados esté constituido de tal manera que dé una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; 4) que sea un tribunal de la jurisdicción adecuada".

Como se advierte el *debido proceso legal* comporta diversos aspectos entre los cuales cabe indicar los atinentes al *juez natural* (art. 19 Constitución), y los relativos a la *forma de proceso* (art. 18 *ejusdem*). Las garantías de la petición, afirmación y prueba a las que refiere Couture, deben conectarse necesariamente con el principio de igualdad que sirve de sustento a su estructura: "la garantía de defensa se desenvuelve sólo en el proceso y no fuera de él". Por ello puede concluirse con el autor de la

¹³² Consagrado en el art. 8 de la Constitución y 4 del CGP; Devis Echandía, H., *Teoría*, cit. p. 124.

¹³³ Véscovi, E. y otros, *Código, anotado*, t. I, p. 94; así, Couture, expresaba que "el proceso escrito que domina la casi totalidad de los países de origen hispano-americanos, restringe de modo extraordinario el principio de publicidad, que forma la esencia del sistema democrático de gobierno", *Estudios...* t. I p. 21.

¹³⁴ Couture, E., *Estudios...* cit. ps. 59-60.

cita en el sentido de que "dentro de las necesidades técnicas del debate, la ley procesal primero y el juez luego, deben propender a que actor y demandado actúen en el proceso en un plano de igualdad"¹³⁵.

Por otra parte, el principio en examen guarda relación con los de unidad y comunidad de la prueba, dado que si la prueba debe valorarse en su globalidad y si sus resultancias pueden beneficiar indistintamente a cualquiera de las partes, con independencia de cuál de ellas la haya ofrecido, es natural que ambas puedan intervenir en su práctica¹³⁶.

La doctrina ha destacado también la relación existente entre el principio de contradicción y el de lealtad de la prueba, señalando que no puede haber lealtad de la prueba si, al mismo tiempo, no existe posibilidad de contradecirla¹³⁷. Dicho principio, que también representa una reformulación específica de un principio general aplicable a todo el proceso, determina que la prueba no debe usarse con la finalidad de ocultar la verdad, ni con el propósito de deformarla, ni para inducir en engaño al juez, sino tendiendo a reconstruir la realidad pasada o presente de la manera más fiel posible.

Debe hacerse notar, asimismo, que la contradicción de la prueba necesariamente requiere la existencia de una noticia oportuna de la misma, porque mal se podría contradecir aquello que se ignora o de lo que no se tiene noticia. En este sentido, es insoslayable la relación que existe entre este principio y el de publicidad de la prueba, que se erige en piedra angular de las garantías que en todos sus aspectos representa el mecanismo dialéctico del contradictorio.

Es que la publicidad de la actividad estatal es un derecho inherente a la forma republicana de gobierno y elemento fundamental del Estado de Derecho¹³⁸, que exige la explicitación de las razones del juzgador, lo que al mismo tiempo permite el control de la actividad estatal por las partes del proceso en particular y por la sociedad en general. El ejercicio de la función jurisdiccional no debe ser ajeno a los valores que encarna la sociedad en

¹³⁵ Cf. Couture, E., *Estudios*, ps. 59 y 66.

¹³⁶ Devis Echandía, H., *Teoría*, cit. p. 123.

¹³⁷ Devis Echandía, H., *Teoría*, cit. p. 123.

¹³⁸ Casinelli Muñoz, H., RDJA t. 58 p. 162; Sánchez Carnelli, L., Cuadernos de Derecho Público, III N° p; Pirán, C., La prueba en el ámbito de la Administración, FCU Mdeo, 1973, ps. 57 y 59; Véscovi, E. y otros, Código anotado t. I.

cuyo seno se administra Justicia. Es por ello que las sentencias deben poner de manifiesto, en su fundamentación, la valoración que el sentenciante ha hecho de las pruebas allegadas al proceso, dotándolas de tal grado de publicidad que permita analizar y eventualmente cuestionar en vía recursiva la valoración de la prueba realizada por el órgano jurisdiccional.

Según se ha visto anteriormente, la eventual contradicción de la prueba debe estar precedida de la oportuna noticia de la misma. Por eso, en principio las diligencias probatorias están precedidas de una convocatoria oportuna a los sujetos interesados, que haga posible su intervención en la misma.

Sin perjuicio de ello, existen supuestos en los cuales la noticia previa de la prueba a todos los interesados puede desvirtuar el propio resultado de la diligencia probatoria. En virtud de eso, excepcionalmente, la ley permite que la misma se lleve a cabo sin noticia de la contraparte del peticionante, como acontece en los casos previstos por el art. 307.3 CGP, que establece que las medidas preparatorias se deben tramitar en principio con citación de la contraparte, especialmente cuando se trata de medios de prueba, "salvo si esa comunicación pudiere frustrar la finalidad y eficacia de la medida"¹³⁹.

En tales casos, como no podría prescindirse totalmente de la publicidad de la prueba y de la garantía que ofrece el principio de contradicción, tanto la noticia de la prueba como la correspondiente oportunidad de discutirla y de contraprobar, se llevan a cabo con posterioridad a la realización de la misma. Esta es, precisamente, la hipótesis regulada en el párrafo final del art. 307.3 que viene de mencionarse.

Lo dicho no implica, naturalmente, que el orden de los actos pueda alterarse en tales términos si la situación no se ajusta claramente a la hipótesis normativa. Aquí juegan un papel preponderante los principios de lealtad y legalidad de la prueba; el primero, porque en ningún caso debe permitirse obtener sin previa noticia y posibilidad de control de la contraparte, una prueba que no sea estricta y lealmente necesario llevar a cabo de esa manera¹⁴⁰; el segundo, porque las formalidades procesales que corresponde

¹³⁹ Cf. sent. interl. 5698/94 del J. Letr. de 1ª Inst. en lo Civil de 1º Turno.

¹⁴⁰ Por decisión del J. Letr. de 1ª Inst. en lo Civil de 1º Turno (Nº 2/95), se anuló una diligencia para mejor proveer dispuesta el mismo día del dictado de sentencia, sin haberse notificado previamente a

observar como solución de principio, solamente pueden ser dejadas de lado en aquellos casos en que estén dados todos los requisitos exigidos por la norma que habilita tal excepción.

La indebida alteración de estas formalidades puede ser causa de nulidad¹⁴¹, si bien la misma puede convalidarse expresa o tácitamente¹⁴². Sin perjuicio de ello, la inobservancia de las formalidades debidas puede desembocar en situaciones de irregularidad irreparable, como sucedería en todos aquellos casos en que la reconstrucción de los actos probatorios viciados aparejara una irremediable pérdida de espontaneidad de la prueba que determinara una pérdida de su fidelidad.

En ese sentido podría mencionarse el caso en que los testigos declaran indebidamente sin audiencia de una de las partes, pues en ese caso la misma no sólo habrá perdido la posibilidad de controlar tales declaraciones por medio de la formulación de repreguntas, sino que además, como se ha señalado en alguna ocasión "... la posibilidad de volver a llamar a los testigos posteriormente es ya inútil, pues el daño y la deformación de su deposición ya están consumados, y la "reiteración del procedimiento probatorio se torna ilusoria..."¹⁴³.

Nuestro Ordenamiento Jurídico, en diversas disposiciones, no solamente reconoce en toda su plenitud el principio de contradicción y publicidad de la prueba que el mismo presupone, sino que incluso instrumenta las medidas procesales tendientes a facilitar o asegurar que se realice dicha publicidad y se asegure la incolumidad del principio de contradicción¹⁴⁴.

las partes, como asimismo se consideró –erróneamente– incorporada la prueba documental "que no se sabe cómo llegó al expediente". En otro caso, no se anuló una decisión de similar naturaleza por la convalidación operada (sent. 7/95). En cambio, no se comparte la tesis de TAT 1º que parece convalidar actuaciones realizadas fuera del objeto natural de una inspección (262/94).

¹⁴¹ Se declaró la inadmisibilidad de pruebas ilícitas, al haber sido practicadas sin conocimiento de la otra parte, porque se afecta el debido proceso (RUDP 3/89 c. 783).

¹⁴² Ver L.J.U. c.; en dicho fallo, pese a reconocer la ilegalidad de la declaración recibida en ocasión de realizarse una inspección ocular, como medida preparatoria y sin noticia previa de la contraparte, el Tribunal consideró operada convalidación, al haberse impugnado fuera de término.

¹⁴³ Pirán, C. ob. cit., p. 58 nota. 91 citando al Prof. Gordillo, *Procedimiento y recursos administrativos*, p. 138 nota. 10.

¹⁴⁴ Ver en tal sentido Acordada de la Suprema Corte de Justicia, N° 7167 del 7/12/92, que ordena transcribir toda actuación judicial, permitiendo preservar el contenido del medio (por ej. el acta de inspección ocular labrada de puño y letra del magistrado) y la realización del contralor del órgano de alzada.

En tal sentido, los autores ponen de manifiesto dos temas trascendentes: la prueba preconstituida y el denominado sucedáneo de prueba. Este último aspecto ya fue abordado al tratar el principio de legalidad. No obstante, desde la perspectiva del principio en estudio, es dable destacar las situaciones en que la jurisprudencia ha descartado la utilización de un medio probatorio, sustitutivo del naturalmente procedente, entre otras razones, por haberse violentado las reglas de la contradicción y el debido proceso. Así, por ejemplo se establece que las declaraciones vertidas en el parte policial no son tales por no haber sido tomadas por autoridad judicial ni haber sido sometidas al debido contralor de los interesados¹⁴⁵. En el mismo sentido, se ha descartado como prueba testimonial aquella “declaración” de persona domiciliada en el extranjero que consta en un fax, por haberse violentado las garantías, ante la imposibilidad de formular repreguntas¹⁴⁶.

En otro sentido, tampoco la jurisprudencia admite la prueba preconstituida, por entender que se alteran las garantías del debido proceso, al impedir que la parte contraria fiscalice la medida¹⁴⁷.

Merece un tratamiento más específico la cuestión de la prueba emergente de actuaciones notariales, no pudiendo adoptarse *a priori* una solución general al respecto. Los autores comparten –en términos generales– la jurisprudencia nacional en cuanto no permite que las mismas

¹⁴⁵ Cf. TAC 4° 181/93.

¹⁴⁶ TAC 5° sent. 58/94; el TCA (RUDP 3/93 c. 1061 p. 206), desestima la prueba por informes, que pretende sustituir la testimonial, invocando la alteración de las garantías del cross examination. Asimismo, (sent. 541/91) rechazó las “declaraciones testimoniales” recogidas en actas notariales por no haber sido recepcionadas en juicio con el contralor de la contraparte. Por su parte, TAC 6° (sent. 87/92) ratifica lo que denomina “incanjeabilidad de los medios probatorios” de prueba testimonial o pericial solicitada en forma oblicua mediante “prueba por informe”, cercenando las garantías de fiscalización e impugnación que asisten a la contraparte. Tampoco se admite la sustitución –sin causa justificada– de la inspección judicial con asistencia de perito, rendida con las garantías del contralor de la otra parte mediante actuaciones notariales (TAC 6°, RUDP 2-3/94 c. 926 p. 348).

¹⁴⁷ Dijo TAC 4° (RUDP 3-4/98 C. 757): Las pruebas preconstituidas no son en sí inadmisibles, aunque debe utilizarse un criterio restrictivo, limitándolas exclusivamente a aquellos hechos no constatables *por otro medio de prueba*. Pero debe concluirse que son inadmisibles cuando ellos se apartan de los principios de *lealtad* y *buena fe* que deben primar en el proceso”. Con la misma base argumental, se descarta la admisibilidad de la denominada “pericia de parte”, por no haberse practicado respetando el principio de contradicción (art. 181 CGP); Cf. Cardinal, F., Klett, S., ob. cit. “*El informe del asesor técnico...*”, ps. 209 y ss.

sustituyan indebidamente los medios de prueba conducentes; como por ejemplo, cuando se pretende sustituir la prueba de inspección ocular o la testimonial, por acta notarial¹⁴⁸.

No obstante, en algunas hipótesis excepcionales, por temor a que la prueba se pierda, puede recurrirse a este procedimiento, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por la reglamentación para su validez¹⁴⁹.

En otro orden, cabe mencionar una decisión judicial¹⁵⁰, atinente a la declaración de la parte en sede de diligencia preparatoria, cuando las posiciones versan sobre hechos personales en lugar de sobre hechos de la personalidad; el punto ya fue tratado por los autores¹⁵¹, en discrepancia con la solución de la prestigiosa Sala. En efecto, entienden que ninguna actitud de la parte puede ser indiferente al proceso. Si en el acto de declaración, el juez no efectúa la calificación de la posición o pregunta para rechazarla, el abogado del declarante puede objetar la admisibilidad y su cliente estaría habilitado –bajo su responsabilidad– a no contestar; quedando para la instancia del proceso principal la calificación definitiva de la conducta de la parte. En cambio, si la parte contesta –en contra del consejo profesional– y admite un hecho *personal* contrario a su interés, no podría restársele valor probatorio en base a que la medida no se adecuó a su objeto. Se trata de una solución que se sustenta en diversos principios ya examinados: el de función pública del fin de la prueba, y su valor ínsito, el de legalidad, entendida siempre al servicio del proceso, y el de buena fe y lealtad, en tanto no pueden desconocerse actuaciones propias, sin un vicio de entidad que así lo determine, como se concluyó respecto de pruebas ilícitas por contravención de principios superiores.

7º) Principio de inmediación concentración y dirección

El art. 8 CGP consagra el principio de inmediación en los siguientes términos: “Tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo

¹⁴⁸ Cf. TAC 6º, en RUDP 2-3/94 c. 926.

¹⁴⁹ Así, sería en el caso que fuera requerida la actuación del Escribano, para constatar la presencia de goteras en un día de lluvia.

¹⁵⁰ Sent 166/96 del TAC 1º.

¹⁵¹ “Aspectos prácticos en materia de prueba”, Xª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia, 1999, ps. 313-315.

permitan deben realizarse por el tribunal, no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta, salvo cuando la diligencia debe celebrarse en territorio distinto al de su competencia". Pese al tenor de esta formulación, se trata de un principio general del proceso, vinculado a otros consagrados en nuestro sistema procesal, lo que determina su tratamiento conjunto, aunque su importancia se acrecienta en relación con la prueba¹⁵².

Por su parte, el principio de concentración determina que "... los actos procesales deberán realizarse... tratando ... de concentrar en un mismo acto todas las diligencias que sea menester realizar" (art. 10). En sede de audiencias, el principio rector es que se fijarán "con la mayor contigüidad posible, a los efectos de procurar la continuidad del proceso y la identidad del titular del órgano jurisdiccional" (art. 101). Esta norma se ve refrendada por otras disposiciones en dos ámbitos conexos. En materia de plazos para el dictado de la sentencia¹⁵³, donde la regulación legal pone de manifiesto la intención legislativa: la concentración facilita la adopción de la decisión y la redacción de la sentencia, en la medida en que el proceso de valoración probatoria fue realizado paulatinamente. Asimismo, respecto de traslados y ascensos de magistrados, con la finalidad de mantener la identidad del titular, el sujeto que asumió directamente la prueba debe ser quien dicte la sentencia, puesto que es el que se encuentra en mejores condiciones para hacerlo¹⁵⁴.

A su vez, el principio de dirección del proceso (art. 2 CGP) constituye una pauta de buena Administración de Justicia, que naturalmente debe ser confiado al sujeto procesal que ostenta autoridad, independencia e imparcialidad en el proceso (art. 21). En el ámbito de la prueba, el art. 142 preceptúa que "todas las pruebas deben ser producidas en audiencia...", solución ratificada expresamente en sede diligencias preparatorias (art. 310.1 CGP).

¹⁵² Barrios de Angelis, denomina intermediación "al hecho de que los actos de parte se comuniquen al juez y viceversa, sin la intermediación de persona o cosa alguna, es decir, por percepción directa de la expresión oral, los gestos y actitudes de los interesados". Y continúa: "Intermediación es sinónimo de oralidad, pero no la inversa", estableciendo la conexión con otros principios, lo que Cappelletti ha llamado "sistema de la oralidad", *Introducción al proceso*, Ed. Idea, 1981 p. 96; Cf. Devis Echandía, H., *Teoría...*, p. 128; Cappelletti, M., "Ideologías en el Derecho procesal", en RDJA T. 58 N° 4, ps. 88-89.

¹⁵³ El principio general es que la sentencia se dicte al término de la audiencia final (arts. 18.3 y 203 CGP) y en un plazo no mayor a treinta días; Cf. Devis Echandía, H., *Teoría...*, p. 129.

¹⁵⁴ Ver Vescovi, E., *Código anotado*, comentario al art. 18 t. I.

Estas manifestaciones de los principios en examen garantizan simultáneamente la vigencia del principio de unidad, que se estudiará más adelante, que básicamente refiere a la etapa de valoración de la prueba. La necesidad de concentrar en el menor tiempo posible el desarrollo de toda la etapa de producción de la prueba, como asimismo de preservar la identidad física de quien participó en la instrucción, es determinante para propiciar la efectividad del principio de unidad de la prueba, marco necesario de un proceso valorativo adecuado (art. 140).

El principio de inmediación es derivado de uno de mayor jerarquía, el de la indelegabilidad de la función jurisdiccional, uno de cuyos aspectos trascendentes, como se analizó antes, es el de la asunción directa de la actividad probatoria. La indelegabilidad de la función jurisdiccional es de la esencia del concepto del poder-deber en examen, y recibe en nuestro Derecho Positivo, recepción constitucional (art. 19). En el CGP, se establece al respecto: "sólo el tribunal es titular de la potestad jurisdiccional en su integridad". En nuestro sistema, no se admite la delegación, sino en casos excepcionales y en funcionarios con aptitud técnica (arts. 18.1 y 1, 23, 100, 197 inc. 1), disponiéndose expresamente el estudio y dictado *personal* de la sentencia.

En materia probatoria, el principio aludido constituye la base fundamental del sistema uruguayo, del proceso por audiencias, cuya aplicación se reclama para el ámbito penal¹⁵⁵. La explicación, por obvia que sea, no puede soslayarse: es que la inmediación garantiza una valoración más adecuada del medio probatorio; primero, porque el contacto con los diversos medios, se va haciendo paulatina y progresivamente a lo largo del proceso, en todas las etapas, lo que habilita un control eficaz de la admisibilidad y fundabilidad del acto probatorio¹⁵⁶. Consecuentemente, el rol del tribunal en el momento capital del proceso (la sentencia) se ve facilitado por la tarea de decantación previa que se va realizando a lo largo de los sucesivos momentos de la prueba, que aunque diferentes se encuentran coordinados a un fin.

Así, antes de la vigencia del CGP, decía Viera¹⁵⁷ en memorables palabras: "El método científico de apreciación de la prueba requiere que el

¹⁵⁵ Ver CPP del año 1997, art. 13.

¹⁵⁶ En el acto probatorio, como vimos pueden analizarse todos los momentos valorativos de que habla Barrios de Angelis; *Teoría del proceso*, ps. 179 y ss.

¹⁵⁷ Viera, L, *Curso...* cit. p. 112.

conocimiento que ella depare se obtenga gradualmente, de manera progresiva y a medida que el proceso se desarrolla y la prueba se logra. Ello sólo se puede conseguir con la efectiva consagración de los principios de inmediación y concentración procesal y con el otorgamiento al juez de poderes de instrucción o investigación desde el inicio de la causa, no en sustitución de las partes sino en concurrencia con ellas, y eso sólo se puede lograr concentrando el proceso en una o dos audiencias orales”.

En estricta aplicación del régimen legal, este poder de dirección concatenado ineludiblemente con la inmediación, se advierte en todos los aspectos de la prueba¹⁵⁸: a) en la potestad de solicitar aclaraciones o explicaciones atinentes al objeto del pleito (art. 24 num. 4); b) para desechar en audiencia preliminar las pruebas inadmisibles o manifiestamente inconducentes o impertinentes, y las innecesarias; c) para dirigir todo el procedimiento de producción y diligenciamiento de la prueba¹⁵⁹, el que –de regla– no puede ser objeto de delegación y debe realizarse en audiencia; d) para prescindir –en casos excepcionales– de algunas probanzas, o dar por finalizada la práctica de algunos medios (art. 161 num. 3)¹⁶⁰; e) para apreciar toda conducta endoprocésal tanto de las partes, como de otros sujetos¹⁶¹.

Es tal la importancia del sistema de la oralidad, que la inobservancia de este principio genera vicio pasible de nulidad absoluta, como lo establece expresamente la ley, más allá de la responsabilidad funcional del magistrado omiso (art. 100).

¹⁵⁸ Ver Klett, S. y Uriarte, G. ponencia a las Vª Jornadas Nacionales de Colonia, 1989, “*Facultades del tribunal ...*”, ps. 315 y ss.

¹⁵⁹ A modo de ejemplo, las declaraciones de testigos y de las partes se realizarán bajo su dirección, debiendo el tribunal interrogar en primer término.

¹⁶⁰ El TAC 6º (sent. 125/93) ha dicho sobre el punto que se trata de una potestad discrecional (no arbitraria); confirmó la providencia recurrida de dar por terminado el interrogatorio al codemandado, que –al decir del apelante– impidió que obtuviera respuesta a la pregunta a si vio o no personas que se acercaron al lugar del accidente; los fundamentos fueron que el cúmulo obrante en autos autorizaba a considerarse suficientemente ilustrado, y que, el análisis racional de la prueba permite acordar o restar credibilidad a los testigos sin necesidad que la propia parte le indique si éstos fueron presenciales.

¹⁶¹ Sobre la apreciación de circunstancias atinentes a la fuerza probatoria de los testimonios, ver principio de necesidad; la práctica indica que puede hacerse constar en el acta, las vacilaciones de los testigos, el hecho de que se dirija a la parte proponente antes de contestar, etc.; asimismo, puede surgir en la producción del medio el deber del magistrado interviniente de poner a disposición del Juez Penal, al testigo incurso en presunto delito de falso testimonio.

En virtud del mismo fundamento, se prohíbe la delegación de diligencias de prueba, salvo que deban llevarse a cabo en lugar distinto al del pleito; y, aún en tal caso, la diligencia cometida debe ser realizada por el magistrado competente, como forma de atender –aunque sea en forma parcial– al mandato de la indelegabilidad¹⁶².

Dos problemas de interés se plantean en relación a la producción de prueba, fuera del territorio de la sede. En primer lugar, el que concierne a si existe la facultad del tribunal de constituirse en jurisdicción territorial distinta a la propia, para asumir personalmente el diligenciamiento de un medio de prueba. Dos tesis se enfrentan sobre el punto¹⁶³; compartiendo los autores, la que entiende –básicamente– que en función de la primacía del principio en estudio, cabe admitir –con carácter general– la facultad antedicha.

Otro proveniente del análisis del art. 160.6, en la redacción dada por la ley N° 16.699. De acuerdo al nuevo texto, la delegación de la recepción de la prueba testimonial, sólo procede en casos “excepcionales”, lo que robustece la preeminencia –de origen legal– de la inmediación como opción de política procesal. La cuestión parecería radicar en cómo efectivizar la aplicación del precepto: si acercando los medios de prueba al tribunal naturalmente competente, o habilitando el acercamiento del tribunal al medio de prueba¹⁶⁴.

¹⁶² Por estas razones, en opinión de los autores, cabe utilizar un criterio restrictivo para la admisión de la delegación en materia de arrendamientos; Cf. *Código General del Proceso*, anotado, t. V p. 428 y ss., sent. 2/99 del J. Letr. en lo Civil de 1° Turno; ver, como caso de correcta aplicación de la excepción del art. 8, RUDP 3/96 c. 809.

¹⁶³ A mayor abundancia, ver *Código General del Proceso*, anotado, t. I, ps. 324-325, con cita de la posición de Gelsi Bidart.

¹⁶⁴ La propia norma proporciona un criterio preeminente, al establecer que la delegación es excepcional; vale decir, que si no concurren circunstancias excepcionales el testigo debe deponer en la sede oficial del tribunal, en la cual se desarrolla el proceso; siempre –claro está– que el magistrado no haya hecho uso la facultad a que nos referimos antes, de constituirse en jurisdicción territorial diversa a la propia. El verdadero problema finca en determinar en ciertos casos, si se verifica o no la excepcionalidad a que alude la norma, cuestión que por otra parte ha planteado la doctrina desde épocas pretéritas. Así, puede plantearse si el hecho de no disponer el testigo de medios para proveerse de sus alimentos durante la jornada de la declaración, configura el supuesto normativo. En principio, el art. 189.2 resolvería la situación, al imponer que las partes sufraguen los gastos en que incurra un tercero para colaborar con el tribunal, providencia que –según impone la ley– es irrecorrible. No obstante, dicha solución se muestra insuficiente en casos de personas que litiguen con auxilios de pobreza y el tribunal no cuente con los medios para hacerlo; en esos casos límites, es evidente que la única solución es la delegación, porque tampoco corresponde pretender gravar a la parte con una carga inexistente en el orden legal; y ello, porque una solución judicial sin norma que así lo establezca,

Finalmente, debe señalarse que, se vincula también con la inmediación el mayor valor de las pruebas directas sobre las indirectas, como por ejemplo la inspección ocular (de lugares, cosas, o personas, la apreciación directa de cicatrices para evaluar la existencia y alcance del daño estético, en lugar de fotografías o informes), el testigo presencial en detrimento del testigo de oídas, etc.

8º) *Adquisición comunidad, unidad*

La característica común que agrupa estos principios y merita su tratamiento en forma conjunta, se radicaría en que todos ellos tienden a garantizar el cumplimiento de la finalidad de la prueba, que no es otra que llevar certeza a la mente del juez.

La pregunta que tendríamos que despejar luego de lo afirmado, es cómo se logra esta finalidad. En nuestra opinión, a través de un proceso en el cual se pueden observar –a los efectos meramente didácticos– distintas etapas lógicas todas ellas íntimamente relacionadas.

La primera apuntaría a determinar si el medio probatorio ofrecido tiene aptitud para ingresar válidamente al proceso. Como se explicó al tratar el principio de legalidad, se trata de la valoración del medio ofrecido en su carácter de *acto procesal*, analizando los requisitos necesarios para establecer si en esa calidad puede ingresar y permanecer en el proceso.

Una vez realizada esta operación, y obtenido un resultado positivo, –esto es, concluido que el medio tiene aptitud para ingresar válidamente al proceso–, será necesario determinar el *momento* a partir del cual el medio en cuestión *se adquiere* para el proceso, esto es determinar el momento expropiativo¹⁶⁵. El principio que actúa en la ocasión, es el de *adquisición*, que tiene por función delimitar temporalmente en qué momento la parte pierde la disponibilidad unilateral del medio ofertado, deviniendo el mismo en común.

Actualmente existen por lo menos dos posturas en cuanto a cuándo acaece la adquisición. Por un lado, están los que sostienen que es preciso

sería atentatoria no sólo de la legalidad, sino también de los principios de libertad e igualdad en el proceso. Así, Stein, planteaba en su clásica obra el problema de la comparecencia a la sede del proceso del testigo no domiciliado en la misma, ob. cit. p. 30.

¹⁶⁵ Peyrano, J., *El proceso...*, p. 344 y ss.

el diligenciamiento del medio en cuestión para considerarlo adquirido¹⁶⁶. Por otro, aquellos, que ubican temporalmente la adquisición con el ofrecimiento del mismo¹⁶⁷.

Los autores se afilian a la tesis de que el *medio se adquiere con su sola proposición*¹⁶⁸; es decir, una vez ofrecido por la parte en su acto de proposición respectivo y superado el análisis liminar anteriormente referido, se opera sobre el mismo la expropiación para el proceso.

Este principio encuentra su fundamento en una doble vertiente, por un lado del principio de *interés público de la función de la prueba*, ya que al establecer en qué momento el medio se adquiere se está determinando que el mismo se pone al servicio de la jurisdicción. Su función dejó de ser "beneficiar" a tal parte y que desde ahora es, junto al resto del material probatorio, servir al esclarecimiento de los hechos ilustrando al juez sobre cómo acaecieron los mismos, sin importar quien haya sido su proponente. Por otro lado, deriva de los principios de *buena fe y probidad*, los que junto con el de *lealtad*, entre otros, delinear el "*standard del buen litigante*"¹⁶⁹, que en el caso impone que aquel litigante que muestra una carta, al ponerla sobre la mesa pierde su libertad para hacer con ella lo que quiera, frustrando así las expectativas de los demás sujetos.

Se aprecia con facilidad, cómo es posible analizar simultáneamente un mismo fenómeno desde perspectivas distintas, desde la visión "pública" de la jurisdicción y de la "privada" de las partes.

En nuestra opinión, la consagración legal del mencionado principio se infiere, no sólo del juego de principios referidos, sino que también se establece positivamente en el CGP, como acertadamente lo han puesto de

¹⁶⁶ Véscovi, E., ob. cit. t. IV, ps. 33 y 34.

¹⁶⁷ Ver el planteo, en RUDP 2/90 c. 664 p. 323.

¹⁶⁸ Cf. Ponencia de los autores, a las Xª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia 1999, "La posibilidad de prescindir del diligenciamiento de prueba en el CGP", ps. 327 y ss., en especial, p. 333; Klett, S. y Cardinal, F. "El desistimiento de un acto probatorio desde la perspectiva de los principios de comunidad y adquisición de la prueba en el ordenamiento procesal", Rev. Judicatura N° 40/99, ps. 227, en especial p. 230; Conclusiones aprobadas en las Xª Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, RUDP 1/99, p. 165; Devis Echandía, H., *Teoría...*, t. I, p. 118; en jurisprudencia es de destacar la sentencia de TCA N° 641/96, cuya suma aparece publicada en RUDP 3/97 c 595 p. 402.

¹⁶⁹ Al respecto, ver Klett, S., Pereira, S., *Valor de la conducta...*, ps. 49 y ss.

relieve Klett y Cardinal¹⁷⁰, al analizar la posibilidad de desistir de un acto probatorio. La consecuencia práctica de fijar la adquisición en el ofrecimiento determina, la imposibilidad de desistir unilateralmente del medio aportado. Se admite sí el desistimiento bilateral; pero sin que éste impida, el ejercicio de la iniciativa probatoria del juez respecto del mismo, que quedaría incólume por la incidencia del principio de interés público de la función de la prueba¹⁷¹.

Posteriormente, adquirido el medio probatorio por el proceso, entraría a gravitar el principio de *comunidad de la prueba* que, como se aprecia, es la consecuencia natural del hecho de que el medio se adquiera. Una vez que la prueba resulta incorporada al proceso en forma válida, oficial, (en función de los principios de necesidad, legalidad, libertad, publicidad y contradicción de la prueba), la misma deja de pertenecer al oferente y pasa a cumplir su función típica, que es estar al servicio del proceso en el que se insertó¹⁷². Tal como hemos señalado, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla a su favor¹⁷³.

Este proceso lógico antes descrito, cuyo fin último es llevar la máxima certeza al tribunal, tiene su corolario, cuando comienza a gravitar el *principio de unidad* de la prueba; en virtud del cual la valoración de la misma, debe realizarse considerando cada una de las pruebas producidas y todas ellas en su conjunto, debiendo el magistrado considerarlas como una unidad. El procedimiento implica confrontar las diversas pruebas, puntualizar sus concordancias y discordancias, y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme¹⁷⁴.

¹⁷⁰ *El desistimiento...*, cit. p. 231 y ss.

¹⁷¹ En tal sentido, se comparte la solución adoptada por TAC 5° (RUDP 1/93 c. 1026 p. 201) al haber tomado en consideración para fallar, una pericia practicada en legal forma, aunque las partes habían tolerado la emisión de la sentencia de primer grado, sin contar con ese medio.

¹⁷² En virtud de este desarrollo, los autores no comparten la conceptualización del principio de adquisición que realiza el TAC 6°, evidentemente inspirado en la opinión de Palacio que se cita en la misma (RUDP 2/90 c. 662 p. 322), en tanto entienden que la situación descrita en la suma, se adecúa a la noción de comunidad, aunque comparten las conclusiones que en el ámbito de valoración efectúa la prestigiosa Sala.

¹⁷³ Cf. Devis Echandía, H., *Teoría...*, p. 118; Gelsi Bidart, A., "*Carga de la prueba...*", cit. p. 12; ver RUDP 2/90 c. 662 p. 322.

¹⁷⁴ Cf. Devis Echandía, H., *Teoría...*, p. 117; Vescovi, E. y otros *Código Anotado*, t. IV p. 183; ver RUDP 2-3/94 c. 922; ver por la explicitación adecuada del proceso de valoración probatoria

Este principio recibió consagración expresa en nuestro Ordenamiento Procesal en el art. 140 CGP y es invocado en los fallos judiciales¹⁷⁵.

Es de destacar que este principio de unidad, a diferencia de los dos anteriores, hace referencia esencialmente a la apreciación de la prueba; pero no podría ser posible sin aquellos.

Lo antedicho pone en evidencia la íntima conexión de estos principios, ya que la adquisición determina la comunidad, y ésta permite a su vez tornar operativo al de unidad, al tomar ese cúmulo de pruebas producidas, ponerlas al servicio de la función jurisdiccional, y posibilitar –sin ninguna cortapisa– su valoración como lo que son: no ya las “pruebas del actor”, o “del demandado” o “del oficio”, sino las *pruebas del proceso*¹⁷⁶.

Desde la perspectiva del magistrado, el principio funciona en etapa de valoración de la prueba, al momento de dictar sentencia; los arts. 140 y 197 (como vimos en el Número 1º) aluden a la referencia de los hechos que se tienen por ciertos y los que han sido probados, y a la necesidad de invocar cuáles son los medios en que se funda la decisión.

La misma operación mental, analizada ahora desde la óptica de las partes, se realiza en ocasión de formular el alegato de bien probado¹⁷⁷, que no es otra cosa –ni nada menos– que la última versión vehemente y parcial del pleito, en la cual cada parte realiza su propia valoración del conjunto probatorio aportado.

A modo de síntesis: Puede decirse que la función de administrar Justicia se encarna en la sentencia, que debe ser la más viva manifestación del Derecho. Es preciso entonces, que la misma explicita las razones en que se funda, particularmente los medios de prueba. La demostración de los

con base en el principio de unidad, sentencias de TAC 4º y TAC 6º (RUDP 2/90 c. 680, 682 ps. 325), que refieren a la necesidad de examen de la coherencia interna de la declaración testimonial, a su inserción en el resto de la prueba de esta especie, y luego a la valoración con el conjunto de los medios producidos. Ver sent. 7/94 del TAC 5º respecto a la valoración unitaria de dos informes periciales contradictorios, entendiéndose el órgano de alzada que su valor de convicción se neutralizan recíprocamente.

¹⁷⁵ Cf. Marabotto, J., *Curso sobre el CGP*, t. 1 p. 145; RUDP 1/93 c. 1000 p. 197; TAC 4º (sent. 106/98) que refiere a los principios de racionalidad y unidad de la prueba; sent. 665/96 de la S.C.J.

¹⁷⁶ Véscovi, E., y otros, *Código anotado*, t. IV ps. 72, 73, 185 y 186.

¹⁷⁷ Cf. Véscovi, E. y otros, *Código anotado*, t IV p. 147.

hechos, debe llevarse a cabo con ajuste a las normas legales, que garantizan el debido proceso, dentro del margen de libertad que esas normas suponen, bajo el imperativo de la actuación leal y de buena fe y sin perder de vista la función pública que debe reconocerse al proceso. La participación en condiciones de igualdad y de inmediación de los sujetos procesales entre sí y con la prueba, ambienta una posibilidad real de realizar una consideración unitaria de los resultados obtenidos.

Posteriormente, a continuación se analizará el principio de inmediación, que tiene como finalidad garantizar que el juez conozca directamente los hechos y las pruebas que se ofrecen en el proceso. Este principio implica que el juez debe estar presente en el momento de la producción de las pruebas y que debe tener acceso directo a ellas. La inmediación es un requisito esencial para la valoración de las pruebas y para la formación del convencimiento del juez. Sin la inmediación, la valoración de las pruebas sería meramente formal y no reflejaría la realidad de los hechos.

La misma operación mental, analizada ahora desde la óptica de las pruebas, se realiza en el momento de la valoración de las pruebas. El juez debe analizar cada una de las pruebas producidas y valorarlas en conjunto, considerando su fuerza probatoria y su relación con los demás elementos del caso. La valoración de las pruebas debe ser global y unitaria, no se trata de valorarlas de forma aislada. El juez debe tener presente que las pruebas se producen en un contexto y que su valor probatorio depende de las circunstancias del caso.

¹⁰⁰ El desistimiento..., cit. p. 231 y ss.
¹⁰¹ En tal sentido, se compare la solución adoptada por TAC 5° (RUDP 1/93 c. 1026 y 2003) con base en el principio de unidad, resoluciones de TAC 4° y TAC 6° (RUDP 2/90 c. 880, 882 y 223), que refieren a la necesidad de examen de la coherencia interna de la declaración testimonial y su inserción en el resto de la prueba de cada especie, y luego a la valoración con el conjunto de las pruebas producidas. Véase también TAC 3° respecto a la valoración conjunta de dos historias clínicas concurridas, emitiendo el órgano de la causa que su valor de convicción se realizaba recíprocamente.
 Cf. Marabotto, J., Curso sobre el CGP, t. I, p. 142; RUDP 1/93 c. 1000 p. 197; TAC 4° (sent. 2003) que refiere a los principios de racionalidad y unidad de la prueba; sent. 689 de la S.C.J. Véscovi, E. y otros, Código anotado, t. IV, ps. 77, 73, 182 y 188.
¹⁰² Cf. Devis Echeandía, H., *Teoría...*, t. I, p. 141.
 Cf. Véscovi, E. y otros, Código anotado, t. IV, p. 141.
 ver RUDP 2-2/94 c. 922; ver por la explicación más detallada del proceso de valoración.