

CAPITULO TERCERO

LOS MEDIOS PARA CONFIRMAR EN PARTICULAR

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

Sin perjuicio de ello, y para poder concluir el tema, me ocuparé seguidamente de cada uno de los medios confirmatorios en particular, haciendo exclusiva referencia a algunos de sus temas puntuales que preocupan a la doctrina o que repugnan al sistema normativo piramidal⁶³.

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

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

I. La “prueba” de confesión

Ya se ha visto supra que la confesión es el resultado que puede lograrse –o no– mediante la declaración de una de las partes del proceso y que contiene la aceptación que ella hace respecto de hechos propios o del conocimiento que tiene de ciertos hechos. En ambos supuestos, el resultado es contrario a su propio interés.

Esa declaración puede ser hecha en forma espontánea o provocada.

1) La confesión espontánea:

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

2) La confesión provocada:

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

El tema será desarrollado infra con la denominación de absolución de posiciones.

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

⁶³ Esta obra no es un *Tratado* que pretenda explicar norma positiva alguna, razón por la cual hay temas propios de cada legislación que no están aquí desarrollados. Me ocupo sólo de los aspectos legales que se presentan como asistémicos con la idea de presentar al lector un verdadero sistema que permita armonizar cada institución con el concepto de *debido proceso*.

LA PRUEBA JUDICIAL

1) La confesión judicial

Es la que se presta ante el propio juez que dirige el proceso para sentenciarlo.

2) La confesión extrajudicial

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

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

1. Los requisitos⁶⁴

Numerosos son los autores que se han ocupado de estudiar el tema relativo a la prueba judicial⁶⁵. A mi juicio, quien mejor ha logrado sistematizarlo es el inolvidable maestro colombiano Hernando Devis Echandía quien, en su conocida obra⁶⁶, analiza en tres grandes grupos los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia confirmatoria de cada uno de los medios conocidos⁶⁷.

Veamos cada uno de ellos.

A) Requisitos para la existencia de la confesión

Son:

estar contenida en la declaración de una parte procesal originaria⁶⁸ o sucesiva⁶⁹, hecha en persona o por un tercero que esté expresamente autorizado para efectuar la confesión a nombre de la parte procesal; que, en forma expresa (no implícitamente⁷⁰) y terminante, tenga como objeto hechos personales del

⁶⁴ El tema preocupa al legislador desde antiguo. Ya las *Partidas* (Ley 4, Título XIII, Partida III), completada por la glosa de Antonio LÓPEZ en 1555, regulaban sabiamente los requisitos de la confesión, mencionando a los siguientes: *major* (que provenga de quien es mayor de edad), *sponte* (que sea espontánea), *sciens* (que sea consciente), *contra se* (que sea contra sí mismo), *ubi jus fit et hostit certum* (que se haga ante juez competente y en presencia de la parte contraria o que conste en el proceso y se comunique a ésta), *litisque* (que se haga en juicio), *favor* (que favorezca a la contraria) y *ius neo natura repugnet* (que no vaya contra la naturaleza o contra la ley).

⁶⁵ Excepcionalmente hago aquí una cita de autores y obras, ya que su antigüedad y la falta de reedición de ellas hace que en la actualidad no se conozcan. Debe saber el lector que durante todo el siglo XIX fueron los civilistas quienes se ocuparon del tema y, así, pueden ser consultados los buenos tratadistas franceses (AUBRY y RAU, COLIN y CAPITANT, JOSSELAND, PLANIOL y RIPERT, POTHIER, TOULLIER, etc.) y también los argentinos y chilenos de comienzos del siglo XX. Sin perjuicio de ellos y de los muchísimos trabajos publicados sobre aspectos parciales del tema referido a la prueba durante todo el siglo XX, tanto en Argentina como en Colombia y México, los grandes Tratados generales sobre la prueba judicial son, a mi juicio: BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, ed. EJE A, Bs. As., 1959. PESCATORE, *Tratado sobre la prueba judicial*, Milán, 1852. BONNIER, *De las pruebas en derecho civil y penal*, ed. Reus, Madrid, 1913. CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. Arayú, Bs. As., 1955. CASTRO MENDES, *El concepto de prueba en el proceso civil*, Lisboa, 1961. DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, ed. Temis, Bogotá, 1961. FLORIAN, *De las pruebas penales*, Ed. Temis, Bogotá, 1969; FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. Temis, Bogotá, 1964. FURNO, *Contribución a la teoría de la prueba legal*, ed. CEDAM, Padua, 1940. GIULIANI, *El concepto de prueba*, ed. Giuffrè, Milán, 1961. GORPHE, *De la apreciación de la prueba*, ed. EJE A, Bs. As., 1955. LESSONA, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, ed. Reus, Madrid, 1928. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, ed. Reus, 1959. PINA, *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942. SENTIS MELENDO, *Teoría y práctica del proceso*, Bs. As., 1959. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 1ª ed. Madrid 1996 (4ª edición, Madrid, 2005).

⁶⁶ Ver su *Teoría general de la prueba judicial*, ed. de Víctor P. de Zavalia, Bs. As., 1970, 2 tomos.

⁶⁷ Adverta el lector que un medio de confirmación puede no existir como tal; que existiendo, puede no ser válido; y que siendo válido, puede carecer de *eficacia confirmatoria* (recuerde las dos líneas en las cuales debe laborar todo litigante durante el transcurso del periplo procedimental: la de *eficacia* y la de *eficiencia*). De ahí la importancia para el juez de comprender cabalmente el tema a fin de no incurrir en errores graves de valoración al momento de sentenciar.

⁶⁸ El actor, el demandado, el demandado por el reconviniente y el citado en garantía por el demandado que se opone a la citación

⁶⁹ El tercero procesal que por su intervención se convierte en parte.

⁷⁰ Ya explicaré luego la razón por la cual la ley no debe admitir la *confesión ficta*. La necesidad de que sea *expresa* quita entidad a la cuestión de si existe o no confesión en la formulación de preguntas al contrario.

confesante o el conocimiento que él tiene acerca de hechos ajenos y que, al aceptarlos, sean favorables a la parte contraria; finalmente, debe ser voluntaria⁷¹ y consciente⁷², por encontrarse el declarante en condiciones de saber lo que hace y querer hacerlo. De tal modo, la declaración no debe ser el resultado de métodos violentos, artificiales u ocultos que destruyan la voluntariedad del acto⁷³.

B) Requisitos para la validez de la confesión

Son:

el confesante debe tener –al momento de declarar– plena capacidad civil⁷⁴, salvo casos especiales previstos por la ley⁷⁵ y dar su declaración en las condiciones formales de modo, tiempo y lugar previstas por la ley.

Además, no debe haber causal de nulidad general que también vicie el acto de la confesión.

C) Requisitos para la eficacia confirmatoria de la confesión

Son:

que la confesión sea idónea⁷⁶ como medio de prueba del hecho confesado con relación al objeto del litigio⁷⁷ o que tenga aptitud legal⁷⁸ para confirmar ese hecho y pertinente⁷⁹ respecto de hechos alegados por alguna de las partes (recuérdese que el juez no debe introducir oficiosamente hechos al litigio) y que, además, deben ser metafísica⁸⁰, física⁸¹ y jurídicamente⁸² posibles y no estar en contradicción con las máximas generales de la experiencia⁸³ del propio juzgador ni con otro medio de confirmación que brinde adecuada convicción al juzgador⁸⁴.

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

72 En el sentido castizo de que el declarante, en pleno uso de sus sentidos y facultades, tiene preciso conocimiento de lo que está haciendo y de las consecuencias que su declaración puede depararle.

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

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

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

74 Es decir, la llamada aunque impropriamente *legitimatío ad processum* que le permite obligarse por sí mismo en el proceso.

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

76 Es decir, adecuada y con las condiciones necesarias para lograr resultado.

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

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

79 Ver el concepto de *pertinencia* en el Capítulo Cuarto.

80 Que no se opongan al principio lógico de contradicción.

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

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

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

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

Además, debe tener causa y objeto lícitos y no ser dolosa ni fraudulenta y ser hecha ante juez⁸⁵ en proceso ya iniciado o en diligencias previas cuando ello está autorizado en la ley.

2. La retractación

En principio, y como corresponde a la seriedad que debe ostentar todo acto procedimental, las leyes ordenan en general que la confesión es irreversible⁸⁶ o preclusiva e irrevocable⁸⁷ y que, así, produce sus efectos desde el momento mismo en el cual se realiza.

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

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

Y esto puede hacerlo el confesante retractando o revocando su confesión o provocando la declaración de nulidad del respectivo acto⁸⁸.

3. El valor confirmatorio

Desde antiguo se otorga a la confesión la máxima calidad probatoria del hecho confesado, respecto del cual se releva todo otro medio confirmatorio⁸⁹.

De allí que muchas leyes vigentes normen textualmente que la confesión judicial hace plena prueba contra el confesante salvo algunas circunstancias⁹⁰ que ya se han visto en la enunciación de los requisitos de la confesión:

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

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

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

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

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

86 No puede ser retirada.

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

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

89 Antiguo refrán español dice que "...a confesión de parte, relevo de toda otra prueba"

90 A veces están expresamente previstas en la ley.

Las explico:

Confesión simple

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

Confesión cualificada o calificada

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

Confesión compleja

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

Confesión compuesta

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

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

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

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

Confesión divisible

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

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

Sin embargo, es tesis correcta cuando la confesión es compuesta ya que hace a la adecuada convivencia que nadie pueda imponer por la fuerza una solución propia

a un conflicto de convivencia. De tal modo, si el confesante aspira a compensar las deudas en el ejemplo recién dado, habrá de proponer su propia demanda y lograr en el proceso que se incoe la declaración judicial de su derecho.

Confesión indivisible

En tesis obviamente contraria, se entiende que la declaración de la parte debe ser valorada en su conjunto, tanto en lo favorable como en lo desfavorable. De donde resulta que no puede considerarse como confesión cuando ella ha sido calificada o compleja⁹¹.

4. La absolució n de posiciones

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

La confesión concebida como medio de prueba⁹² es institución típica del método inquisitivo de enjuiciamiento y, por ello, divorciada del sistema constitucional que asegura la garantía del debido proceso que debe presentarse sólo como acusatorio o dispositivo.

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

En otras palabras: al igual de lo que ocurre en el sistema acusatorio, el interesado declara si quiere y, por ende, su silencio no puede generar siquiera indicio en su contra⁹³.

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

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

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

91 Actualmente hay códigos que refieren al caso. Por ejemplo, el de Santa Fe, Argentina, en su art. 167: "La confesión es indivisible, a menos que el interesado produzca prueba concluyente de la inexistencia de los hechos con que haya sido calificada o aquella tenga en su contra una presunción legal o fuera desde todo punto de vista inverosímil".

92 En lo civil, esta prueba se logra por medio de la *absolució n de posiciones*; en lo penal, por la vía de la *declaració n indagatoria*.

93 Es interesante acotar cómo desconocen algunos jueces estas elementales reglas de juzgamiento: en sonado y mediático caso penal abierto en la ciudad de Buenos Aires sobre fines del año de 2002, el magistrado actuante se quejaba acerbamente ante numerosos medios periodísticos –que, por supuesto, cohonestaron el lamento– de que el *imputado se había abstenido de declarar*, infiriendo de ello que *no deseaba colaborar con la Justicia* porque, seguramente, *tendría algo que ocultar...* ¡Parece mentira que hayamos perdido hasta ese punto las reglas que deben regir a la República! Por otra parte, no debe olvidarse que algún autor español ha llegado a considerar que el deber de buena fe incumbe a todas las partes y en todos los procesos, también al acusado en el proceso penal.

De allí que el que nadie pueda ser obligado... implica que no haya constricción ni sanción ni aplicación de apercibimiento alguno por incumplimiento de deber, obligación o carga.

He recordado esto pues la citación para absolver posiciones⁹⁴ que se hace a una parte en proceso en el cual se controvierte una pretensión no penal se efectúa siempre con el expreso apercibimiento de tenerla por confesa –a tenor de las posiciones redactadas y presentadas por su contrario– a quien no concurra sin justa causa a la audiencia señalada al efecto.

De la misma forma –y si el aceptar declarar o negarse a ello es innegable derecho de la parte y no obligación, deber o carga– se fuerza inconstitucionalmente la declaración del absolvente con la sanción que los códigos le imponen a su silencio en la audiencia respectiva: tenerlo por confeso acerca de todos los hechos contenidos en el respectivo pliego de posiciones^{95 96}.

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

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

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

No obstante, añadiré algo que deliberadamente he dejado para el final: desde los tiempos antiguos –en rigor, desde que se perdió el método de enjuiciamiento que logró la civilidad al ser suplantado por el que inventó una de las formas de barbarie que sufrió y sufre aún la humanidad– la declaración de la parte procesal se hace bajo juramento de decir verdad⁹⁷.

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

Esto fue advertido –otra vez– por los penalistas: el delito de perjurio⁹⁸ desapareció del código penal argentino a poco de comenzado el siglo XX. Por tanto no es delito mentir en juicio.

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

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

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

97 La fórmula habitual tendría que ser: decir la verdad, sólo la verdad y nada más que la verdad. Todo lo expuesto en el texto ocurre en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española de 1881, arts. 579 y 586, a mi entender en clara pugna con la norma contenida en el art. 24.2 de la Constitución. Hoy, en la LEC de 2000 la declaración de la parte se hace sin juramento.

98 Se tipifica cuando se miente en declaración judicial.

Sin embargo, y maguer la garantía constitucional y la inexistencia del perjurio, las leyes procedimentales –siempre divorciadas de la realidad legislativa– siguen exigiendo el consabido juramento de rigor en la redacción de cada posición⁹⁹ que se formula en juicio.

II. La “prueba” de documentos

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

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

De tal forma, al ocuparse del tema los códigos procesales, se limitan a regular aspectos puramente procedimentales¹⁰⁰ respecto de toda suerte de documentos (propios de las partes o de terceros, públicos o privados).

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

1. Los requisitos

Tal como lo hice antes respecto de la confesión –y respetando la misma fuente– analizaré a continuación los que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia probatoria de este medio de confirmación¹⁰¹.

A) Los requisitos de existencia del documento

Son:

que tenga aptitud representativa¹⁰² de un hecho o de un concepto o de una idea cualquiera,

que esté realizado por un acto humano

y tenga significación propia y entidad confirmatoria.

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

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

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

⁹⁹ La fórmula habitual es la siguiente: “Jure como es cierto que....”

¹⁰⁰ Por ejemplo, su exhibición en juicio y sanciones por no hacerlo, su compulsión y expedición de copias, su reconocimiento por partes y terceros, la oportunidad para presentarlos al juicio, etc.

¹⁰¹ Ver el texto de la nota 67.

¹⁰² Es lo que sirve o tiene capacidad para *representar*: describir, dar imagen.

millones de contratos que, por ejemplo, se realizan diariamente por la vía del telex, del fax y del e-mail.

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

B) Los requisitos de validez del documento

Son:

que se haya elaborado voluntariamente¹⁰³, con las formalidades legales¹⁰⁴ y llevado al proceso en forma legítima, en cuanto al modo, tiempo y lugar exigidos por la ley;

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

C) Los requisitos de eficacia del documento

Son:

que su contenido sea convincente y no haya otro medio confirmatorio válido en su contra¹⁰⁵; que llegue al proceso sin violación de la reserva o del secreto que la ley le haya impuesto a su emisor o a su tenedor y completo¹⁰⁶, sin alteraciones¹⁰⁷, mutilaciones¹⁰⁸, tachaduras¹⁰⁹ o enmiendas¹¹⁰ sin salvar¹¹¹ adecuadamente de puño y letra del emisor o con la misma máquina con la cual se emitió y que, en su caso, se haya hecho el registro (público) que exija la ley.

Finalmente: cuando se encuentra emitido en el extranjero, que se cumplan todos los requisitos exigidos para su elaboración y autenticidad.

2. El valor confirmatorio

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

Sin embargo, en el mundo que no ató su destino judicial al sistema inquisitivo –en rigor, mucho antes de que éste apareciera con el rigor perverso impuesto a fines del siglo XV– se adoptó la escritura para redactar notas¹¹² a fin de rescatar la memoria de lo anotado en un futuro eventual.

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

104 Cuando ello es exigido.

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

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

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

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

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

110 Es la corrección de errores.

111 Es dejar a salvo una corrección.

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

LA PRUEBA JUDICIAL

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

Por tal razón, algunos códigos¹¹³ más modernos que los que rigen en la Argentina¹¹⁴, por ejemplo, han dejado de preestablecer el valor probatorio de los diferentes medios, dejando que el libre y prudente arbitrio del juez opte por alguno de ellos en cada caso.

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

Ya se verá luego que la asignación de un cierto valor a cada medio en particular es, precisamente, lo que se llama tasación de la prueba¹¹⁵ y que ello implica varias cosas: en primer lugar, asegurarse el legislador de que se cumplirá la norma primaria por él dictada y que, así, el juez no podrá emplear métodos interpretativos referentes al medio de debate basados en su exclusiva preferencia personal. En segundo término, permitir que los ciudadanos puedan cuidar adecuadamente de sus intereses, dejando por escrito lo que crean conveniente a fin de guardar debida memoria de lo actuado y de evitar eventuales discusiones futuras acerca de lo que ocurrió en el pasado, con la certeza de que el juez que procese y sentencie el litigio no podrá variar a voluntad las reglas del juego¹¹⁶ que los interesados guardaron estrictamente durante el desarrollo del proceso.

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

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

De tal forma, el instrumento (documento público) tiene definitivo valor probatorio acerca de los hechos que el funcionario dador de fe afirma como cumplidos por él mismo o por los propios interesados realizados en su presencia. Y ello hasta tanto el respectivo instrumento sea declarado falso¹¹⁷.

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

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

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

115 Adelanto por ahora que eso significa que es el legislador —y no el juez— quien establece, con carácter previo y general para todos los litigios, el valor que al momento de sentenciar ha de tener cada uno de los posibles medios de confirmación.

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

117 Dice Código Civil, 993 que "El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil

Diferente valor tienen las aseveraciones que los interesados expresan ante el dador de fe: ellas valen hasta la simple prueba en contrario por cualquiera de los legitimados para hacerlo¹¹⁸.

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

III. La “prueba” de peritos (o peritaje¹¹⁹)

Ya se ha visto al presentar el relativo al medio de comprobación o prueba científica propiamente dicha y al explicar el medio de convicción que he denominado peritaje de opinión.

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

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

De ahí que insisto recurrentemente en la necesidad de no seguir mencionándolos con la misma palabra, ya equívoca por multívoca¹²⁰.

Esa equivocidad ha permitido la antigua y permanente confusión de los autores al tratar de diferenciar a un testigo de un perito¹²¹ y posibilitó el demérito confirmatorio que, sin excepción, han dado los códigos que regulan al peritaje –y para toda suerte de ellos– como un medio de prueba.

De allí que el tratamiento legislativo del tema sea siempre asaz confuso: se mezcla un perito en determinación de grupos sanguíneos o en fuerza de gravedad con un perito tasador de inmuebles o un perito calígrafo y a todos se les aplica idéntica solución¹²².

o criminal, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiera anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Más modernamente, pero con igual criterio, el CPC de la Nación establece en su art. 477 que “La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda

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

1. Los temas vinculados

A) Las diferencias entre un perito técnico y un testigo técnico¹²³

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

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

B) La recusación a los peritos

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

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

- a) El perito judicial debe ser recusable por las mismas causas que las leyes acuerdan desde antaño para recusar a los jueces¹²⁴. Y ello, por cuanto –al igual que el juzgador– el perito judicial debe ostentar sus mismas cualidades: ser imparcial, imparcial e independiente.
- b) El perito común también debe ser recusable, sólo que por causas nacidas o conocidas por el recusante con posterioridad a su designación. La solución es lógica e inatacable: si una parte procesal designó a alguien como perito es porque no tenía o no le conocía causal de recusación (caso contrario, no lo hubiera designado).
- c) El perito de parte no pasa de ser un simple consultor o delegado técnico¹²⁵ o veedor-control del peritaje realizado por el perito común o por el perito judicial. Como es simple de imaginar, este perito de parte no actúa como verdadero tercero imparcial o indiferente frente al objeto por el cual las partes litigan, toda vez que su naturaleza jurídica es la de un simple mandatario de la parte que lo designó. De ahí que deba acatar sus instrucciones y de ahí también la importancia que ostenta como control de la confección del peritaje.

la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados... y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”.

123 Desde antiguo existe la tendencia doctrinal de equipararlos. Ya en Roma se hablaba de *testis simplex* y de *testis peritus*.

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

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

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

Esto, que tan claro se ve cuando actúa un único perito judicial, no lo es tanto cuando el peritaje se encarga a tres personas: una designada por cada una de las partes en litigio y la otra por el juez. Pero es indudable que aquí cabe repetir lo recién señalado: el perito designado por una de las partes sin el acuerdo de la otra es y será siempre perito de parte y, como tal, mandatario de ella¹²⁶.

2) Los requisitos

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

A) Los requisitos de existencia del peritaje

Son:

debe ser un acto realizado personalmente¹²⁷ en un proceso¹²⁸ y a consecuencia de un encargo judicial¹²⁹, cumplido por un tercero¹³⁰ y debe versar sobre hechos¹³¹.

B) Los requisitos de validez del peritaje

Son:

el encargo judicial de su realización debe ser conforme a la ley y no existir prohibición de practicarlo; el perito debe ser persona civilmente capaz, haber tomado debida posesión del cargo¹³² y confeccionado el peritaje en forma consciente, libre de coacción, dolo, violencia, cohecho o seducción, sin haber utilizado medios ilegítimos o ilícitos para el desempeño del cargo y haber realizado personalmente (no por otra persona) los estudios básicos que posibiliten la emisión de su dictamen, con conocimiento y participación de todos los interesados en el resultado (lo que significa que no puede existir violación del derecho de defensa de las partes¹³³); presentado o expuesto finalmente ante el juez con las formalidades del caso en cuanto a tiempo, modo o lugar.

Además, no debe existir causal general de nulidad que vicie también el peritaje y, cuando son varios los peritos, la deliberación debe ser hecha en forma conjunta, con explicación de lo deliberado en la ocasión¹³⁴.

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

127 El cargo no es delegable.

128 No hay pericia extraprocesal que sirva en un litigio.

129 No puede ser espontáneo, como el testimonio.

130 El perito, que es no parte.

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

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

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

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

C) Los requisitos de eficacia de la pericia

Son:

debe ser conducente respecto del hecho a confirmar y, éste, pertinente con el objeto de la controversia; el perito debe ser idóneo en la materia sobre la cual perita y haber hecho su dictamen con suficiente y explicada motivación, con conclusiones claras, asertivas, firmes (no dubitativas) y que guarden coherencia lógica con los fundamentos y que sean convincentes y no aparezcan como improbables, absurdas o imposibles y acerca de hechos que no sean jurídicamente imposibles¹³⁵, sin exceder los límites del encargo judicial¹³⁶ no debe existir motivo serio que haga dudar de su imparcialidad, desinterés y sinceridad, ni otro medio confirmatorio convincente que desvirtúe el dictamen o lo haga dudoso o incierto, ni prueba alguna acerca de una objeción imputada por existir error grave, dolo, cohecho o seducción en el peritaje, ni declaración judicial de falsedad del dictamen, ni violación por el perito de la reserva legal o del secreto profesional que ampare a las personas, cosas o lugares que sirvieron de estudio para fundamentar el dictamen.

Debe ser presentado o expuesto oportuna y formalmente y no haber rectificación o retractación del perito acerca de sus conclusiones.

IV. La “prueba” de testigos

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

1. El testigo

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

A) La persona del testigo

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

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

Con el tiempo, y ya en la modernidad, todo eso sufrió importante mengua y muchas de las exigencias se echaron al olvido. Sin embargo, sigue con total vigencia el antiguo mandato legal: para ser testigo se necesita suficiente edad¹³⁷,

¹³⁵ Por existir presunción de derecho o efecto de caso juzgado en contrario.

¹³⁶ El perito no puede realizar la actividad propia del juez, de ahí que no deba hacer calificaciones jurídicas o establecer los efectos jurídicos de los hechos que verifiquen en el peritaje, etcétera.

¹³⁷ Para actuar en calidad de testigo procesal se exige siempre un mínimo de edad que, variable en las diferentes legislaciones, ronda casi siempre en la de catorce años (exigencia que viene de la Ley 9, Título XVI, Partida III). Sin embargo, es habitual que la ley permita la declaración de menores de esa edad, sólo que sin estar sujetos a la prestación de juramento ni a eventuales sanciones por el incumplimiento de cualquiera de sus deberes como testigo. Y esto es correcto. Frente a ello se dirá ¿para qué sirve un testigo en tales condiciones? Creo que para mucho. Por de pronto, es imprescindible oír a los menores de cualquier edad en los pleitos en los cuales se discute el discernimiento de su tenencia. O en el que se litiga acerca de la extensión del daño producido por un cuasidelito en el cual el menor es víctima. Del mismo modo, en el de divorcio de los padres, si él desea

plena capacidad de conocimiento¹³⁸, absoluta probidad¹³⁹ 140.

Veamos ahora cuáles son

B) Los deberes del testigo

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

1) El deber de comparecer

A raíz de él, el testigo debidamente citado al efecto ha de comparecer ante el juez que lo citó sin poder excusarse a voluntad pues el comparendo constituye una carga pública¹⁴¹. Si no comparece sin causa justificada, se constriñe su comparendo¹⁴².

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

por imposibilidad de comparecer, los enfermos o personas de avanzada edad que justifiquen adecuadamente que no pueden desplazarse sino con enorme esfuerzo. En tales casos, se los interroga en su propio domicilio en audiencia convocada al efecto y con la presencia de los funcionarios del caso y de las partes procesales a las que puede afectar la declaración;

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

Como todo privilegio, resulta irritante para el hombre de la calle, máxime cuando la tendencia de los últimos años es aumentar indiscriminadamente el número de exceptuados de este deber¹⁴³.

declarar y, en general, en cualquier pleito sobre cuestiones de familia donde pueda estar involucrado.

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

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

140 La imparcialidad no es requisito de existencia del testimonio; los parciales, como los padres de la parte, pueden declarar en el proceso; la imparcialidad atiende a la eficacia del testimonio, a su fuerza de convicción.

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

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

143 Como muestra de la veracidad de esta afirmación, recuerdo que en los años '40 el código argentino que mayor número de excepciones normaba se concretaba a mencionar al presidente de la nación, a los gobernadores de provincias y sus ministros; los miembros de las cámaras legislativas nacionales o provinciales y de los tribunales de justicia, los jueces letrados; los prelados eclesiásticos; los militares de la nación desde el grado de coronel inclusive y los intendentes municipales. El CPC de la Nación, en la versión actual de su art. 455, derivó la confección de la nómina de exceptuados a la reglamentación de la Corte Suprema, que lo hizo en fecha 20.12.67 incluyendo a: "presidente y vicepresidente de la nación; ministros y secretarios del poder ejecutivo; subsecretarios de los ministerios y secretarías de estado; gobernadores y vicegobernadores de provincias; ministros y secretarios del poder ejecutivo de las provincias; legisladores nacionales y provinciales; magistrados de la justicia nacional y provincial y funcionarios judiciales asimilados a esa calidad; obispos y prelados; procurador del tesoro; fiscales de estado; embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules generales; rectores y decanos de las universidades nacionales; presidentes de bancos oficiales, nacionales y provinciales; presidentes, administradores, directores, gerentes o titulares de cargos equivalentes que importen la representación legal de entidades autárquicas y empresarias del Estado, nacionales y provinciales; jefes y subjefes de la policía federal y de las provincias; directores de los institutos penales de la nación

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

2) El deber de declarar o atestiguar

Comparecido el testigo ante el juez, debe declarar acerca de lo que le pregunten las partes¹⁴⁴. Caso de no hacerlo, en algunos códigos se constriñe su declaración, con lo cual se le quita el carácter de deber al que estamos estudiando¹⁴⁵.

Su deposición debe hacerse a tenor de las preguntas¹⁴⁶ que les formulen las partes en litigio¹⁴⁷.

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

cuando la respuesta que debe dar a una pregunta puede comprometer su honor o exponerlo a enjuiciamiento penal o a revelar un secreto científico, militar, artístico, industrial o profesional¹⁴⁸.

3) El deber de decir verdad

Comparecido el testigo y colocado ya en posición de declarar, debe ahora decir la verdad acerca de lo que es interrogado. Para asegurar ello, desde antiguo la ley le exige prestar solemne juramento de que así lo hará¹⁴⁹ e identificarse¹⁵⁰ y

y de las provincias; jefes de reparticiones de la administración pública, nacional, provincial y comunal que, en atención al buen servicio de la función que desempeñan no deban, a juicio del juez y según las circunstancias del caso, comparecer personalmente a declarar como testigos".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

responder adecuadamente a una serie de preguntas cuyas respuestas sirven para conocer el grado de imparcialidad del testigo¹⁵¹.

C) Los derechos del testigo

Si bien el acto del comparendo al tribunal para prestar declaración constituye una carga pública (ver nota 139) no resulta razonable que el mismo testigo sea quien deba asumir personalmente los gastos de transporte y manutención cuando debe declarar en lugar diferente al de su domicilio.

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

Por supuesto, y dada la naturaleza de carga pública ya mencionada, el viático¹⁵² es eso mismo y no otra cosa (indemnización por lucro cesante, por ejemplo).

2. Los requisitos

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

A) Los requisitos de existencia del testimonio

Son:

debe ser declaración personal de un tercero (no parte¹⁵³) en un proceso, que tenga significación confirmatoria y que verse acerca de hechos acaecidos con antelación o comenzados a acaecer antes de la declaración aunque sigan ocurriendo el tiempo de realizarse ella, y que hayan sido percibidos o conocidos por el declarante a través de sus sentidos.

B) Los requisitos de validez del testimonio

Son:

el ofrecimiento del medio por parte legitimada al efecto (nunca por el juez) y la admisión y ordenación del testimonio por el juez en legal forma, y su recepción por funcionario hábil a ese efecto; la capacidad procesal del testigo¹⁵⁴ y su

consanguíneos y afines dentro de ciertos grados, los tutores, los curadores, etcétera, salvo que sean agentes o testigos instrumentales de un acto jurídico y la declaración verse sobre éste y cuando se atestigua sobre su nacimiento, matrimonio, divorcio o defunción de los miembros de su familia. La imposibilidad de que algunas personas declaren en procesos determinados proviene de las viejas reglas legales de valoración de este medio de prueba; los códigos más modernos no excluyen a nadie de declarar (por ejemplo art. 361 de la LEC española de 2000), si bien luego permiten tachar a esos testigos (art. 377).

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

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

153 Salvo caso de litisconsorcio. Ver nota 45.

154 Ver la nota 138

habilidad o aptitud física, moral e intelectual para el caso concreto; el testimonio debe ser un acto consciente, libre de coacción, precedido por la prestación de juramento¹⁵⁵ en legal forma y cumplir las formalidades procesales de tiempo de tiempo, modo y lugar que establece la ley para efectuar la declaración; además, no debe haber motivos generales de nulidad del proceso que puedan afectar la validez del testimonio ni prohibición legal para la recepción del testimonio particular¹⁵⁶ o del testimonio en general para ese proceso y debe contar con adecuado control de la parte contraria de quien ofreció la testimonial¹⁵⁷.

C) Los requisitos de eficacia del testimonio

Son:

el medio debe ser conducente y pertinente con el hecho a probar y útil para generar convicción en el juzgador; el testigo debe haber contado con plena capacidad mental al momento de la percepción de los hechos acerca de los cuales depone, y no haber tenido perturbaciones psicológicas o de otro orden que –aun cuando no alcancen a producir incapacidad mental– puedan afectar la veracidad o la fidelidad del testimonio, y tener una capacidad memorativa normal de acuerdo con la antigüedad de los hechos sobre los cuales atestigua, sin que existan circunstancias objetivas o subjetivas que puedan haber alterado la fidelidad de esa percepción o de su memoria, y no padecer de falta total o parcial o de defectos del órgano de percepción que debió utilizar para tomar conocimiento del hecho; el relato debe efectuarse con referencia a hechos que no deben aparecer inverosímiles o imposibles, o estar en contradicción con las reglas generales de la experiencia, y las respuestas ser claras¹⁵⁸ y seguras y precisas las afirmaciones, que deben contar con el respaldo de la razón de los dichos¹⁵⁹ de modo tal que el conocimiento del testigo esté de acuerdo con esa razón del dicho, y sin exceder el objeto propio del testimonio ni violar una reserva o secreto profesional y no parecer seriamente improbable la ocurrencia del hecho en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que el testigo expone; además, debe haber ausencia tanto de interés personal o familiar del testigo en el litigio en el cual se discute el hecho objeto del testimonio como de antecedentes de perjurio, falso testimonio o deshonestidad del testigo; del mismo modo no debe haberse acreditado incidentalmente en el proceso el dolo del testigo o la falsedad de su testimonio; no debe existir efecto de caso juzgado ni presunción de derecho en contrario a lo declarado; cuando son varios los testigos, es menester que no

155 Como dato de extrema curiosidad histórica, vale la pena ver en la Partida III, Título XVI, Ley 24 la manera de jurar de los testigos. De la misma manera, pero ahora en el Título XI, puede verse la fórmula precisa con la cual se tomaba juramento a cristianos (Ley 19), a judíos (Ley 20) y a moros (Ley 21), pero cuando eran parte en el proceso. Hoy sería impensable hacer algo parecido.

156 V.gr.: violación del secreto profesional.

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

158 No vagas ni incoherentes.

159 Es el fundamento del saber del declarante.

existan entre ellos graves contradicciones, debiendo preferir el juez al que goce de mayor credibilidad; si se trata de una declaración trasladada desde otro proceso entre las mismas partes, su ratificación; en todo caso, que se hayan cumplido las formalidades de modo, tiempo y lugar para su recepción y que el declarante no sea persona que habitualmente es llamada a declarar en Justicia¹⁶⁰

V. La “prueba” de informes

Este tipo de “prueba” es relativamente moderno y aparece legislado en los códigos en forma casi generalizada a partir de la segunda mitad del Siglo XX y, conforme se halla reglamentado, viene a erigirse en una suerte de testimonio de la persona jurídica¹⁶¹ sólo y exclusivamente, acerca de hechos de los que existe constancia registral en sus archivos o libros regular y legítimamente llevados.

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

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

A) Los requisitos de existencia de la prueba de informes

Son:

debe ser declaración del representante legal de una persona jurídica que es tercero (no parte¹⁶²) en un proceso, que tenga significación confirmatoria y que verse sólo acerca de hechos o de datos que consten asentados en forma correcta en registros llevados regularmente por el informante¹⁶³.

B) Los requisitos de validez de la prueba de informes

Son:

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

¹⁶⁰ El llamado testigo profesional, tan abundante en algunos lugares de América.

¹⁶¹ He sostenido antes que sólo la persona física puede testimoniar. Y la afirmación que aquí glosó no es incongruente con ello pues lo que digo ahora es que se trata de una *suerte* de (parecido al) testimonio. Y si bien se mira ello es exacto: cuando el representante de una sociedad anónima afirma que en sus libros consta tal o cual registración, el testimonio es de la propia sociedad, no de su *representante*.

¹⁶² Salvo caso de litisconsorcio.

¹⁶³ El tema es de fundamental importancia, ya que el informe sólo puede versar acerca de datos contenidos en registros regulares y legales que lleva el informante (por ejemplo, una oficina pública, un Banco, la Bolsa de Comercio, una sociedad anónima, etc.). Es moneda común en los litigios que tramitan en la Argentina que por la vía informativa se expidan verdaderos testimonios que, así, escapan a los requisitos propios de tal medio de confirmación y que, por ende, no existen como tales. Como dato gracioso por lo absurdo, recuerdo acá que en los pleitos que versan sobre asuntos de familia, por ejemplo, algunos jueces encomiendan a la Policía la realización de *informes ambientales* respecto de una cualquiera de las partes: y ello termina en el reflejo que un agente policial cuenta –informa– acerca de lo que él mismo ha preguntado al propio interesado, quien siempre asegura ser buena persona. Como es obvio, esto carece de todo valor.

contar con posibilidad de adecuado control de la emisión y del contenido del informe.

C) Los requisitos de eficacia de la prueba de informes

Son:

el medio debe ser conducente y pertinente con el hecho a probar y útil para generar convicción en el juzgador; y las respuestas ser claras¹⁶⁴ y seguras y precisas las afirmaciones, en todo caso, que se hayan cumplido las formalidades de modo, tiempo y lugar para su recepción.

VI. La “prueba” de indicios y presunciones

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

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

A) Los requisitos de existencia de los indicios

Son:

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

B) Los requisitos de validez de los indicios

Son:

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

C) Los requisitos de eficacia de los indicios

Son:

la conducencia del medio indiciario respecto del hecho investigado, que se haya descartado razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el hecho investigado sea aparente, por obra de la casualidad o del azar, así como la posibilidad de falsificación del hecho indiciario por obra de terceros o de las partes;

que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador (el conjunto de ellos, si son contingentes) y el indicado y que sean varios, graves, precisos y concordantes o convergentes, cuando los hechos indicadores son contingentes; que no haya contraindicios que no puedan descartarse

¹⁶⁴ No vagas ni incoherentes.

razonablemente y que se hayan eliminado las otras posibles hipótesis y los argumentos que pueden contradecir la conclusión adoptada; que el resultado inferido sea unívoco e inequívoco (no polívoco o equívoco); que no existan otros medios de confirmación que contradigan los hechos indiciarios o que demuestren la existencia de un hecho opuesto al indicado por aquéllos; que se haya llegado a una conclusión precisa y segura, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez.

VII. La “prueba” de inspección o de reconocimiento judicial

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

Tanto es así que, muchas veces, el resultado de la inspección se mezcla con el saber privado del juzgador o queda condicionado por éste, a espaldas de los interesados que habrán de sufrir las consecuencias disvaliosas de la sentencia dictada haciendo mérito de ellos.

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

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

A) Los requisitos de existencia de la inspección judicial

Son:

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

B) Los requisitos de validez de la inspección judicial

Son:

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

C) Los requisitos de eficacia de la inspección judicial

LA PRUEBA JUDICIAL

Son:

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

que se labre prolija y clara acta de todo lo acaecido en la oportunidad de modo tal que permita conocer con seguridad a los interesados en saberlo qué fue el objeto de la inspección y cuáles sus características y resultados; que las conclusiones allí relatadas no aparezcan absurdas o imposibles; que no haya habido rectificación o retractación de tales conclusiones por quien las emitió ni otros medios confirmatorios que las desvirtúen ni declaración judicial de falsedad del acta.

Además, que se no haya violado reserva legal o secreto profesional alguno y que haya sido procesalmente posible para las partes contradecir su resultado.