

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

23 y 24 de octubre de 2014

AZUL – ARGENTINA

LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO

APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

LA EFICACIA PROBATORIA DESDE EL DERECHO SUSTANCIAL

1.- LA RELEVANCIA DE LA PRUEBA: HACIA UNA REFORMULACIÓN

DEL PRINCIPIO *IURIA NOVIT CURIA*

En un proceso judicial, el conocimiento de los hechos alegados por las partes en un caso concreto, el Juez lo adquiere a través de las afirmaciones vertidas por las partes, pero invariablemente sucede que en la inmensa mayoría de los casos, las estas versiones fácticas difieren enormemente. Entonces, respecto al modo como ocurrieron los hechos, existen frecuentemente versiones opuestas, disímiles, y por cierto incompatibles, puesto que en el plano de la realidad el hechos ocurre de una sola forma.

Si bien se mira, las alegaciones fácticas que las partes introducen en el proceso son, desde el punto de vista empírico y lógico, proposiciones que describen estados de cosas lógicamente posibles (pero no lógicamente necesarias), a las que la epistemología designa como verdades contingentes, o verdades de hecho, y sobre las cuales cabe asignarle el valor verdadero o falso, en contraposición a las proposiciones que describen estados de cosas lógicamente necesarias que no pueden ser falsas en ningún mundo posible, y por ello son llamadas verdades necesarias, o verdades de la razón¹, porque el mero uso de la razón permite descubrir su verdad. Cuando tales proposiciones se llevan en abstracto a un lenguaje normativo, tal modalidad corresponde a la lógica deóntica o normativa².

¹ Martínez Marzoa, Felipe (1973): *Historia de la filosofía*, Madrid, Ed. Istmo, T. II, p. 113.

² Echave, Delia Teresa; Urquijo Maria Eugenia & Guibourg, Ricardo (1996): *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Ed. Astrea, ps. 119 y sig.

Retomando, de las verdades de hecho o contingentes, si bien genéricamente se puede decir que son susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, cuando hablamos en particular, respecto de un hecho, el mismo será verdadero o (excluyentemente) falso; pero de ningún modo podrá ser verdadero y falso a la vez. En efecto, si negamos una proposición de esa clase obtendremos otra proposición de valor de verdad opuesto. Debe recordarse que la proposición es el contenido de la oración o, como lo expresan Echave, Urquijo y Guibourg³, el "*significado de un enunciado declarativo o descriptivo*".

En base a ello, y teniendo en cuenta que el uso descriptivo del lenguaje cumple la función de describir estados de cosas, la *verdad* será una característica de las proposiciones contingentes. Esto es, según la realidad o irrealidad de tales estados de cosas descriptas, serán verdaderas o falsas⁴. Por ello es que, desde esta óptica, la verdad, como calificativo de valor, será la correspondencia entre el contenido de la oración (proposición) y el estado de cosas por ella descripto.

En palabras de Echave, Urquijo y Guibourg⁵: "*la lógica se maneja a través de los llamados valores de verdad, que - en el sistema bivalente como el que analizamos - son dos: verdadero y falso. Cuando un enunciado hace referencia a ciertos estados de cosas, de tal suerte que sea posible determinar si es verdadero o falso, decimos que es un enunciado descriptivo o declarativo, cuya verdad depende de la existencia real del estado de cosas descripto*".

De igual modo, las alegaciones fácticas incorporadas por las partes en el proceso, al igual que en el campo de la lógica, implican siempre un uso descriptivo del lenguaje, con exclusión de las restantes funciones del lenguaje que, si eventualmente fueran utilizadas, lo sería a modo simplemente argumentativo. Piénsese en el uso de las funciones exclamativa o interrogativa por las partes en sus escritos.

Por ello, toda versión fáctica que alegan las partes como fundamento de la pretensión u oposición (conforme sea actora o demandada) pueden ser verdaderas

³ Echave, Delia Teresa; Urquijo, Maria Eugenia & Guibourg, Ricardo (1996): *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Ed. Astrea, ps. 36 y 37.

⁴ Guibourg, Ricardo; Ghigliani, Alejandro & Guariononi, Ricardo (1987): *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, ps. 87, 117 y 118.

⁵ Echave, Delia Teresa; Urquijo, Maria Eugenia & Guibourg, Ricardo (1996): *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Ed. Astrea, ps. 37.

o también, excluyentemente, pueden ser falsas (una cualquiera de esas dos cosas). Pero no pueden ser verdaderas y falsas a la vez. Allí aparece pues el concepto tantas veces estudiado en el derecho procesal llamado *hecho controvertido*, y se hace entonces necesaria una labor histórica crítica para averiguar lo que en realidad sucedió. Es función del Juez entonces la reconstrucción de los hechos pasados o históricos simplemente relatados por las partes en el proceso llamado a resolver.

Y en tal sentido el Juez tendrá por verdad (jurídica o procesal) la versión que, conforme dicho proceso de reconstrucción (actividad probatoria) se corresponda con sucedido en el plano fáctico. Por ello es que, en el marco de un proceso, la verdad será la correspondencia entre el contenido fáctico de la pretensión o defensa (causa de pretensión u de la oposición), con el estado de cosas acontecido en el plano fáctico, *pero atención: conforme al proceso de reconstrucción que tiene lugar en el marco del proceso, el cual, puede a su vez coincidir o no con la verdad histórica o real.*

Depende cuan eficaz sea la actividad probatoria realizadas por las partes en el marco del proceso, coincidirá la verdad procesal con la verdad fáctica. A mayor eficacia en la actividad probatoria, mayor posibilidades de tal coincidencia y viceversa, a menor eficacia en tal actividad, menos posibilidades.

Este último panorama descrito nos llevará irremediablemente a una disociación entre verdad procesal y verdad fáctica o real. Basta imaginar cualquier proceso en que una parte, siendo eficaz y diligente, logra el convencimiento en el ánimo del Juez sobre un estado de cosas en realidad inexistente (con testigos que le describieron prolijamente hechos inexistentes en el plano fáctico) y viceversa, cuando quien describe como causa de su pretensión un antecedente fáctico que tiene correlato con la realidad fáctica y que, sin embargo, al no lograr su adecuada reconstrucción en el ámbito procesal, no consigue crear la convicción del órgano judicial sobre su existencia, configurándose así tal paradoja: el hecho, aunque se verificó en la realidad de las cosas (plano fáctico) no *existe* para el proceso.

Presento resumidamente así la íntima relación existente entre pérdida efectiva de derechos por carencia, defecto o huerfanidad probatoria, la cual es por todos conocida y viene siendo advertida desde antaño en el campo del derecho procesal.

Así, Davis Echandía nos decía⁶: "*Sin la prueba estaríamos expuestos a la irreparable violación del derecho por los demás, y el estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y restablecer el orden jurídico. Gráficamente expresada ese concepto el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo. Es decir, la administración de justicia sería imposible sin la prueba.....*".

Y con razón decía Muñoz Sabate⁷: "*El Juez reconstruye el pasado, para conocer quién tiene la razón en el presente, y así aplicar el derecho al caso concreto. Y aquí radica el quid de la cuestión, dado que el auténtico problema consiste en demostrar los hechos sobre los cuales deba aplicarse el derecho. Si mediante este proceso de reconstrucción se recrea una versión fáctica que en el plano fáctico no ocurrió, no por ello deja de aplicarse el derecho, solo que lo más probable es que en tal caso el derecho no se traduzca en justicia*".

En frase de Jerome Frank⁸, el problema de la prueba, sigue siendo el punto más débil de la administración de justicia. Y es que de poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal. Por eso se ha dicho que quien no consigue convencer al juez, cuando su derecho es desconocido o negado, de los hechos de que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho.

"*Es tan importante poseer las pruebas que aseguran esos derechos como los derechos mismos*", arguye Bentham⁹.

Ya Carnelutti¹⁰ decía que: "*sin las pruebas el derecho no podría en el noventa y nueve por ciento de las veces conseguir su objetivo*".

⁶ Devis Echandía, Hernando (2007). *Compendio de la prueba judicial. Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, Tomo I, p. 13.

⁷ Muñoz Sabate, Luis (1983): *Técnica Probatoria*, Barcelona, Ed. Praxis S.A, p. 28.

⁸ Frank, Jerome (1949) *Courts on Trial*, Princeton, Editorial University Press, p. 104.

⁹ Bentham, Jeremias (1959) *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, p. 233.

En idéntico sentido, en el extenso tratado sobre el derecho privado francés Planiol y Ripert, consideraban que un derecho no es nada sin la prueba del acto jurídico o del hecho material de donde el deriva. "*Solo la prueba vivifica el derecho y lo hace útil*"¹¹.

En definitiva, la factibilidad y eficiencia en la actividad probatoria, funciona como condicionante de la eficacia en la aplicación del derecho objetivo. En tanto este proceso de reconstrucción que realizan las partes para trasladar los hechos históricos o pasados a la presencia judicial, sea completa y eficiente, existirá certeza en la aplicación del derecho. Sin tal actividad, o con tal actividad cumplida en forma deficiente, lo más probable es que ese derecho declarado en abstracto por la norma jurídica objetiva, nunca se convierta en derecho efectivo titularizado por la parte en el caso concreto, perdiendo en consecuencia toda virtualidad para el caso.

Por ello es que el factor decisivo del proceso judicial radica en la prueba. En general, lograr que lo ocurrido, lo perdido en el tiempo pasado, vuelva a presentarse con todas sus aristas y detalles ante el órgano judicial, es lo que realmente importa si se quiere obtener acogida favorable en un proceso judicial. Tanto más, si se tiene cuenta que por el principio del *iuria novit curia*, el Juez se encuentra facultado para suplir e incluso prescindir del derecho invocado por las partes.

En efecto, la invocación errónea, o el equívoco en que incurran las partes en la etapa introductoria del proceso respecto al derecho aplicable no es relevante entonces, ya que el juez, en la tarea de decidir si se ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, le es indiferente la designación técnica que aquél haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión.

Lo relevante entonces es que, cuando el Juez realice esta tarea de subsunción, cuente con la materia prima adecuada allí donde, o bien no tiene facultades para suplir las falencias u omisiones incurridas por las partes, o bien las tiene en modo

¹⁰ Carnelutti, Francisco (1944) *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Uthea Argentina, Tomo II, p. 399.

¹¹ Planiol, Marcel & Ripert, Georges (1962): *Traité pratique de Droit Civil Français*, Editorial París, 2 edición, T. VII, p. 140.

restringido. Esto es, en las etapas de alegación, donde la restricción es absoluta, y prueba, donde tal restricción existe, aunque no con carácter absoluto.

En efecto, en este punto cabe recordar que la mayor parte de las leyes procesales, incluso las más firmemente adheridas al principio dispositivo, admiten, en mayor o menor medida, que el material probatorio incorporado al proceso por las partes sea complementado o integrado por propia iniciativa del órgano judicial, lo que se conoce con el nombre de facultades instructorias, pruebas de oficio o medidas para mejor proveer.

Pero como dije, aunque no con carácter absoluto, la restricción continúa vigente, puesto que tales medidas no están destinadas a excluir o a sustituir la actividad probatoria que incumbe a las partes (ya que éstas deben desarrollar de conformidad con las reglas relativas a la distribución de la carga de la prueba) sino más bien a complementarla o integrarla, cuidando siempre que con su práctica no se viole la igualdad de las partes en el proceso y la garantía de la defensa en juicio.

Por todo ello, el principio del *iuria novit curia* supone en realidad, primero, la correcta y precisa alegación de la situación de hecho a la cual el actor asigna una determinada consecuencia jurídica, y segundo, la producción de prueba eficiente y convincente que acredite aquellos hechos.

Solo particularizada o delimitarla precisa y correctamente la causa de la pretensión, de modo de suministrar al juez el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgar en el caso, sumado a la aportación de la prueba necesaria para acreditar la existencia de los hechos controvertidos, es que entra a jugar el principio del *iuria novit curia*.

Esto es, después de transitadas y superadas con éxito las cuatro subetapas que compone la etapa confirmatoria, en palabras de Adolfo Alvarado Velloso¹²: de ofrecimiento, de aceptación, de admisión y de producción (lo cual por cierto no es poca cosa), y realizados los actos procesales pertinentes para arribar al estado de autos para sentencia, aparece y se expande en toda su dimensión las facultades saneadoras que surgen del principio *iuria novit curia*.

¹² Alvarado Velloso, Adolfo (2009): *Sistema procesal: Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, Tomo II, ps. 104 y sig.

Por todo ello es que las afirmaciones tan frecuentes que refieren que “*si ciertos hechos ocurren, el ordenamiento jurídico les atribuye determinadas consecuencias jurídicas*” y a su turno, que “*el Juez conoce el Derecho*”, debieran ser sustituidas por otra frase que exprese lo que ocurre en realidad: “*si ciertos hechos afirmados, en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico, quedan probados según los requisitos y dentro de los límites que permiten las leyes procesales, en tal caso el juez, en el marco de su tarea de subsunción de tales hechos a la norma hipotética general y abstracta que integra el derecho objetivo, declarará el efecto jurídico perseguido por la parte actora para el caso concreto y ella obtendrá una decisión favorable*”. Y solo en este último interregno el Juez podrá suplir el derecho que las partes invocan erróneamente, haciendo uso del *iuria novit curia*.

2.- NORMAS REGULATORIAS DE LA ACTIVIDAD PROCESAL

Ahora bien, tal cual surge de la definición propuesta, al decir que los hechos deben “*quedar probados según los requisitos y dentro de los límites que permiten las leyes procesales*”, implica tener que admitir que la actividad probatoria no es libre, sino que está regulada en múltiples aspectos, y desentrañar cuales de tales aspectos involucra valoración y cuáles no, es el primer punto a esclarecer mediante el presente trabajo.

En principio, podemos hablar en general de derecho probatorio para abarcar al conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso¹³.

Cualquier norma, sea cual fuere su origen o jerarquía, que regule algún aspecto la actividad probatoria, pertenece a esta categoría que estipulo en llamar *derecho probatorio*, sin que sea válido adoptar como criterio válido de pertenencia su ubicación legal, puesto que las mismas, se sabe, no necesariamente se encuentran ubicadas en los códigos de procedimientos, aunque ello se la regla. También las hay

¹³ Devis Echandía, Hernando (2007). *Compendio de la prueba judicial. Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, Tomo I, p. 13.

en constituciones (nacional o provinciales), en códigos de fondo y en los ordenamientos jurídicos provinciales de la más diversa índole. Por ello resulta imposible determinar la naturaleza procesal de una norma sobre la simple base de su ubicación legal.

Pero de todo este conjunto normativo me interesa particularmente determinar, y en gran parte ello es el objeto del presente trabajo, que aspectos de tales normas implica tasación o tarifa legal, y cuales otros dejamos afuera. Ello supondrá necesariamente un análisis de disección que irá de lo general a lo particular. Así, comenzaré realizando las primeras y más básicas distinciones, para luego, mediante un hilado más fino, distinguir en donde hay, y en donde no hay prueba tasada, en zonas que aventuro en designar como de *penumbras*, dada la falta o escasa bibliografía vernácula sobre el tema.

A tal fin me propongo analizar sobre naturaleza de las normas sobre pruebas judiciales, para luego abordar el tópico de valoración de la prueba en general, y el sistema de tarifa legal en particular. Una vez determinado con la mayor precisión posible donde hay y donde no hay tarifa legal, recién allí ingresar al desarrollo de una tarea de clasificación o taxomatización de las normas que impliquen tarifa legal.

3.- REQUISITOS INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS DE PRUEBA COMO

LIMITANTES AL DERECHO SUBJETIVO DE PROBAR

Más allá de que las partes sean libres de obtener todas las pruebas que sean pertinentes, la ley marca ciertas formalidades que deben cumplirse. Tales formalidades pueden referirse o relacionarse con cuestiones que hacen a condiciones de tiempo, modo y lugar. Las mismas están generalmente reguladas por la ley procesal y son conocidas en la doctrina vernácula como requisitos extrínsecos de la prueba.

Por otro lado están los requisitos intrínsecos, que contemplan principalmente la ausencia de vicios (dolo, error, violencia inmoralidad del medio mismo), conducencia del medio, pertinencia del hecho objeto de prueba y ausencia de prohibición legal. En nuestro sistema, la admisibilidad intrínseca de la prueba se encuentra regulado en la legislación de fondo, más precisamente en la legislación nacional, puesto que las facultades de las provincias para legislar en materia procesal deben ser

entendidas sin desmedro de las normas de ese carácter que también puede dictar el gobierno central con el objeto de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos consagrados por la legislación de fondo. En tal sentido lo explica Lino E. Palacio¹⁴: *“No cabe duda de que, en ese sentido, a las provincias incumbe de manera exclusiva la facultad de dictar las normas concernientes a la actividad que los actos probatorios involucran (es decir, las que se refieren al lugar, tiempo y forma de la prueba)”*.

Como fácilmente puede advertirse, con el término actividad, el autor se está refiriendo a requisitos extrínsecos de la prueba. En conclusión, y sin que implique una regla que no admita excepciones, podemos concluir que, en general, los requisitos extrínsecos están generalmente reguladas por la ley procesal local, y los que hacen a la admisibilidad intrínseca de la prueba, se encuentran regulados en la legislación de fondo. Luego volveré sobre el punto.

En relación a ambos requisitos explica Davis Echandía¹⁵: *“Los requisitos intrínsecos atañen al medio mismo utilizado en cada caso, incluyendo su objeto, y los extrínsecos se refieren a circunstancias que existen separadas de ese medio, pero que se relacionan con él y lo complementan. Son requisitos intrínsecos: a- la conducencia del medio, b- la pertinencia o relevancia del hecho objeto de la prueba, c- la utilidad del medio; d- la ausencia de prohibición legal de investigar el hecho. Rigen para la fase de producción de la prueba y se revisa su cumplimiento en la de valoración. Sin requisitos extrínsecos: a- la oportunidad procesal o ausencia de preclusión; b- las formalidades procesales; c- la legitimación y postulación del juez que la decreta oficiosamente; d- la competencia del juez o de su comisionado: e- la capacidad general del juez o funcionario comisionado y de los órganos de la prueba (testigos, peritos, intérpretes, partes cuando confiesan) y la ausencia de impedimento legales en aquellos y éstos. Rigen para la fase de producción, pero en la valoración debe revisarse su cumplimiento”*.

¹⁴ Palacio, Lino Enrique (1977): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot, Tomo IV, ps. 336-337.

¹⁵ Devis Echandía, Hernando (2007). *Compendio de la prueba judicial. Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, Tomo I, ps. 38 y 157.

Ello quiere decir que el derecho subjetivo de probar se encuentra limitado por todos los requisitos extrínsecos e intrínsecos fijados por la ley. En efecto, de consuno suele hacerse referencia con mayor frecuencia a la conducencia y pertinencia de la prueba, pero en realidad, deben concurrir y cumplirse con todos los requisitos extrínsecos e intrínsecos de la prueba.

Me propongo a lo largo de este trabajo desentrañar cuales de todas las regulaciones en materia probatoria implican valorar o apreciar la prueba, para luego, agudizando el ángulo de análisis, determinar cuáles normas implican concretamente tarificación legal, para lo cual resulta necesario dilucidar la naturaleza jurídica de las normas de prueba, a lo que me abocaré en el punto subsiguiente.

4.- NATURALEZA DEL DERECHO PROBATORIO Y DE LAS NORMAS SOBRE PRUEBAS JUDICIALES.

SU RELACIÓN CON NORMAS QUE IMPONEN REQUISITOS *AD PROBATIONEM* Y *AD SOLEMNITATEM* Y LA NECESIDAD DE APRECIACIÓN GLOBAL DE LA PRUEBA

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza de las normas jurídicas que regulan la institución de la prueba. En mi opinión, y sin desconocer la existencia de distintas posturas doctrinarias existentes en torno a la naturaleza jurídica de las normas regulatorias de la prueba, considero que en todos los casos y en última instancia, toda norma jurídica que regule la materia probatoria, será de naturaleza procesal, salvo la excepción hecha para las normas que consagran formalidades *ad substantiam actus*, las cuales no obstante, conforme lo explicaré en este parágrafo, participan de notas y características comunes con las normas regulatorias de la prueba o puramente procesales.

Me explico: en principio, la materia de la prueba en general tendrá carácter procesal, puesto que todos los medios servirían a la postre para producir la convicción en el juez, sobre la existencia o inexistencia de los hechos introducidos por las partes en el marco de un proceso judicial, aunque admitamos por hipótesis que esa convicción puede llevarse fuera del proceso, a personas que no tienen investidura jurisdiccional e inclusive, como en el caso de los árbitros, que no sean funcionarios del Estado en ninguno de sus órganos.

En última instancia siempre tales normas, provengan del derecho de fondo o de forma, están dirigidas al Juez. Es el órgano jurisdiccional quien deberá aplicarlas en el marco de un proceso judicial.

De este panorama debemos excluir, como adelantara al comienzo de este apartado, aquellas normas que no contienen ninguna regla de prueba, sino sencillamente un requisito de forma cuya inobservancia afecta directamente su validez. Son los casos en que el sistema legal consagra formalidades *ad substantiam actus*, es decir, necesarias para la existencia o la validez de actos o contratos en sí mismo, conocidos en la doctrina vernácula como *requisitos formales de los actos jurídicos*. Aquí los requisitos fijados por el legislador condicionan la existencia misma del acto, a diferencia de las normas que establecen formalidades *ad probationem*.

Evidentemente, la terminología empleada por la ley sustancial, particularmente el art. 1191 del Código Civil, crea una confusión entre forma y prueba, o entre forma propiamente dicha (*ad-solemnitatem*) y forma *ad- probationem*, por lo cual se hace necesario su diferenciación.

En efecto, se confunden conceptos que en estricto rigor deben diferenciarse: una cosa es la forma, en cuanto condiciona la validez del acto a modo de infundirle el carácter de solemne , o se torna imprescindible para que éste produzca en plenitud sus efectos jurídicos específicos: y otra distinta, la exigencia relativa a la prueba y que veda servirse de cualquier tipo de medios de pruebas. Esto es, ya no serán las partes quienes elijan los medios de pruebas, sino que la ley exigirá (directa, indicándolo; o indirectamente, excluyéndolo) un determinado medio de prueba.

Jose Buteler Caceres¹⁶, daba el ejemplo del art. 1193 del Código Civil que, para acreditar los contratos de más de diez mil pesos, exige la prueba escrita y excluye la testimonial. Pues bien, en tal caso, la falta de la prueba indicada por la ley (escrita) de ninguna manera invalidará el contrato, antes por el contrario, habrá de producir la plenitud de sus efectos, si por cualquiera de los restantes medios de prueba admitidos por las leyes sustanciales y procesales (medios de prueba regulados por los distintos códigos de procedimientos del país y los mencionados en el art. 1190 del Código Civil), se demuestra la existencia del contrato, esto es, se acredita que el mismo quedó concluido.

¹⁶ Buteler Caceres, Jose (1987): *Manual de Derecho Civil - Parte General*, Córdoba, Ed. Jano, 2da edición, p. 308.

Por su parte, distinguiendo lo que es dificultad o imposibilidad de prueba en el ámbito procesal, de lo que es nulidad en el ámbito sustancial, Cárdenas; Kemelmajer de Carlucci; Lavalle Cobo y Smith¹⁷, explican: "*La forma es una actividad que corresponde al otorgamiento del contrato, mientras que la prueba tiende a su demostración. Si la forma del contrato ha sido impuesta ad solemnitatem, su omisión determina la nulidad, y en tal caso hablar de la prueba carece de sentido. Si dicha forma solemne se cumple, funciona también como prueba*".

Desde otro ángulo, Santos Cifuentes¹⁸ realiza la siguiente distinción: la prueba, explica el actor: "*es el conjunto de elementos para demostrar la existencia de un hecho, de ahí que mientras la forma es un elemento del acto, la prueba es ajena a él, aun cuando ambas tienen carácter externo. La forma es contemporánea al acto y la prueba puede ser posterior. Puede existir el acto, pero no lograrse probarlo, aunque en algunos casos forma y prueba se confundan, como acontece en los actos formalizados por instrumento público. Todo acto debe ser acreditado, mas no todo acto está supeditado a una formalidad, si bien, por otra parte, y tomando el sentido amplio expuesto de la palabra forma, todo acto debe tener exterioridad o manifestación*".

Diferenciado ya ambos conceptos en sus aspectos principales, no obstante destaco que las normas que establecen requisitos formales o de existencia del acto participan de ciertas características comunes (en aspectos secundarios o accidentales) con las normas que establecen formalidades *ad probationem*, dado que en tales casos se trata, en última instancia, de disposiciones dirigidas al juez para la oportunidad en que el mismo, en el marco de un proceso judicial, deba dilucidar acerca de su existencia o inexistencia, sin dejar de reconocer que, en esencia, se trata de una cuestión sustancial y no simplemente probatoria, más allá de su impacto en el campo procesal.

¹⁷ Cárdenas Eduardo; Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lavalle Cobo, Jorge & Smith, Juan (1994): Comentario al artículo 1191 del Código Civil en Belluscio A. y Zannoni E. (Dir), Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, Ed. Astrea, Tomo V, p. 870.

¹⁸ Santos Cifuentes (1994): Comentario al artículo 916 del Código Civil en Belluscio A. y Zannoni E. (Dir), Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, Ed. Astrea, Tomo IV, p. 125.

Pero si centramos la atención en el impacto mismo, advertiremos que, más allá de que se trata de una cuestión sustancial, al igual que en una cuestión probatoria, la invalidez o inexistencia del acto, será declarada por el Órgano Judicial y en el marco de un proceso judicial con amplitudes alegatorias y probatorias.

En efecto, existen numerosas normas del llamado derecho sustancial o material mediante las cuales se establecen los requisitos formales de los actos jurídicos. Tales normas -como la que dispone, v. gr., que deben ser hechos por escritura pública, entre otros, los contratos que tuviesen por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro (art. 1184, inc. 1º, Cód. Civ.), si bien reconocen indudable carácter sustancial, no por ello se puede desconocer que, a la postre, su existencia o inexistencia será definida en un pronunciamiento recaído en un proceso judicial. A su vez, siempre el conducto de ingreso al proceso (sea que se declare la existencia o no del acto o contrato) será por medio de un acto procesal. Aún en el caso que se trate de requisitos *ad substantiam actus*, si bien la prueba es un acto jurídico material (escritura pública por ejemplo), ingresa al proceso mediante un acto procesal, sin que por eso pierda la primer condición.

De ahí que la presencia de normas sustanciales sobre formalidades para la validez o existencia de los actos o contratos, si bien en general no impide la vigencia del sistema de la libre apreciación de las pruebas, conforme a las reglas de la sana crítica, en el proceso donde tales actos se hacen valer, es indudable que tal sistema se encuentra eliminado, o al menos limitado, *cuando se trata de valorar la existencia misma del acto para el cual la ley exige tal o cual documento como solemnidad ad substantiam actus*.

Es decir que el sistema de la sana crítica (caracterizado por los lineamientos aportados por la lógica y las máxima de experiencia), sufra una clara limitación a la hora de valorar las formalidades que las leyes materiales contemplan *ad substantiam actus*, o sea solemnidades necesarias para la existencia o validez de ciertos actos o contratos, sin perjuicio de que dicho sistema recobre vigencia relacionado a todo el material alegatorio y probatorio que integre al proceso, siempre con exclusión del particular aspecto relacionado con el acto para el cual la ley de fondo impone tal o cual requisito de validez o existencia. Para tal acto jurídico, (que

si bien fue ingresado al proceso mediante un acto procesal) el Juez no podrá valorar válidamente su existencia o inexistencia independientemente de si se encuentran cumplidas las solemnidades necesarias para la existencia o validez, previamente definidas por el legislador.

Pero insisto, el estudio comparativo de los otros elementos allegados al proceso es indispensable, dado que, por el principio de unidad y comunidad de la prueba, (supuesta dese luego la validez de la prueba y la pertinencia de los hechos sobre que versa) la valoración o apreciación que realice el juez deber ser global o de conjunto, explicitando sus razones en tal sentido sobre cada prueba y sobre el conjunto de ellas.

Así, cuando valore el Juez sobre cada prueba en particular, se encontrará con el encorsetamiento proveniente de la ley al momento de analizar la existencia del acto jurídico sobre el cual la ley impone una única prueba (*ad probationem*) o inclusive si la ley lo impone como requisito de validez o existencia misma (*ad solemnitatem*). Ambos casos insisto, no eximen al Juez de la apreciación global de la prueba, más allá de que el segundo caso se trate estrictamente de una cuestión sustancial y el primero en cambio, reconozca naturaleza puramente procesal, al ser simplemente probatoria.

En otras palabras, en ambos casos, la apreciación en conjunto es forzosa, puesto que la misma puede, dadas las particularidades fácticos - procesales de que se trate, eventualmente cambiar el sentido del resultado final del proceso.

En tal sentido, lo mismo da que el medio probatorio sea exigido por la ley como requisito para la existencia o la validez del acto (*ad substantiam actus*) o cuando la ley o la sana crítica le da valor pleno para demostrar el acto (*ad probationem*), en ambos casos, e independientemente del efecto que produzca dentro del proceso la eficacia probatoria declarada respecto de tal acto, el análisis y estudio global de la prueba es imprescindible.

En referencia a todo lo aquí explicado, transcribo la enseñanza de Davis Echandía¹⁹:
“Las normas consagradas en los códigos civiles, comerciales o de minas, para regular la forma como pueden probarse los actos y contratos en apariencia

¹⁹ Devis Echandía, ob. cit. ps. 15-16.

contemplan exclusivamente los derechos y obligaciones materiales que de éstos se deducen; pero esto no les quita su carácter puramente procesal, porque contienen una norma de conducta para el juez que deba decidir en un proceso si esos actos o contratos existieron y cuáles son sus características; si las partes piensan en prevenir el litigio procurándose el medio que la ley contempla, obran en consideración a que el juez exigirá su cumplimiento, si el proceso se produce. Toda norma que consagra formalidades simplemente ad probationem tiene un exclusivo carácter procesal, aun cuando esté en un código civil o comercial; la determinación del grado de eficacia o fuerza probatoria de esas formalidades y de cuáles sirven para cada caso o contrato, es un mandato dirigido al juez para el caso de resolver sobre su existencia y modalidades. Sin embargo, en muchos países como Colombia, hay normas civiles o comerciales que exigen una solemnidad especial para la existencia o la validez de ciertos actos o contratos, como la escritura pública para la compraventa o hipoteca de inmuebles y para la constitución, reforma o liquidación de sociedades comerciales, y entonces el documento no es solamente una prueba sino un requisito ad substantiam actus que pertenece a la regulación sustancial de la respectiva materia, y por lo tanto, la norma que lo consagra forma parte del derecho material; pero no puede desconocerse que también en tales casos ese documento público o privado sirve asimismo para probar ante el juez la existencia del acto. Se cumplen entonces las dos funciones, material y procesal, pese a que los contratantes, cuando llenan la formalidad, pueden pensar solamente en la válida celebración del acto y en la adquisición de los derechos y obligaciones que de él deducen, sin tener en cuenta la posibilidad de servirse del documento para establecer en proceso su existencia” (DE pag. 15/15/16) -

Para finalmente concluir el maestro colombiano en que²⁰: *"Las normas contenidas en los códigos sustanciales , sobre formalidades para la validez de ciertos actos o contratos, no excluyen la libre apreciación procesal. El juez no puede declarar que existe el contrato, cuando la ley sustancial dice que sin la formalidad especial no tiene nacimiento, pero en este caso se trata de una cuestión sustancial y no simplemente probatoria".*

²⁰ Devis Echandía, ob. cit. p. 69.

Devis Echandía, ob. cit. p. 69.

5.- LA VALORACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA:

SUJETO, MOMENTO Y RELEVANCIA

Ahora bien, a esta altura cabe preguntarse qué se entiende por valoración o apreciación de la prueba judicial. Como primera medida, es necesario que se aclare *ab initio* que la actividad que conlleva tal valoración es privativa del juez, a diferencia de la mayoría de los requisitos extrínsecos e intrínsecos de prueba, que en principio son cargas a cumplir y observar por las partes. La apreciación en cambio, caracterizada por esa particular operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que se deducen del contenido, es privativa del Juez.

Se trata en efecto, de una actividad procesal exclusiva del Juez, más allá del ensayo que las partes podrán realizar en sus alegatos, de los cuales el Juez podrá hacer mérito o no en la sentencia definitiva. En efecto, en el alegato las partes realizarán también una evaluación acerca de los medios producidos, pero la misma será provisoria, y podrá o no convencer al juzgador, quien en definitiva hará su propia evaluación en la sentencia. Y es precisamente en la sentencia en donde el Juez realiza tal actividad valorativa que constituirá el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria. Como bien lo explica Davis Echandía²¹: "*define si el esfuerzo, el trabajo, el dinero y el tiempo invertidos en investigar, asegurar, solicitar, presentar, admitir, ordenar y practicar las pruebas que se reunieron en el proceso han sido provechosos o perdidos e inútiles: es decir, si esa prueba cumple o no el fin procesal a que estaba destinada, de llevarle la convicción al juez*". Concluyendo que: "*Su importancia es extraordinaria*".

Y ello no sufre variación alguna respecto de cuál sea el sistema a adoptar para valorar la prueba. Esto es, ya sea que la eficacia probatoria la determine la ley en la tarifa legal, o el juez en el sistema de libre apreciación, en ambos casos está dirigida principalmente a éste, a fin de obtener su convencimiento en el proceso, aunque con las diferencias que expondré en el punto ++++

5.1.- SU DISTINCIÓN CON LOS REQUISITOS EXTRÍNSECOS

²¹ Devis Echandía, ob. cit. p. 41.

E INTRÍNSECOS DE PRUEBA EN GENERAL

La apreciación de la prueba, como acto mediante el cual el órgano judicial, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de las mismas, presupone en principio la concurrencia de los requisitos extrínsecos e intrínsecos de la prueba y viene a constituir la última fase del aspecto probatorio. Las formalidades procesales existentes en los distintos sistemas para la validez de la prueba no tienen relación alguna con la labor de valoración o apreciación de la prueba. En todos los sistemas existen formalidades procesales para su presentación, admisión y producción, las cuales deben cumplirse para que resulten eficaces para formar la convicción del juez o inclusive, para su validez como medio de prueba. Pero ello es siempre previo a la valoración.

En efecto, atrás quedó el cumplimiento de los distintos requisitos de tiempo, modo y lugar que con respecto a la prueba establecen los códigos procedimentales. Atrás quedaron, las cuatro subetapas que compone la etapa confirmatoria, en palabras de Adolfo Alvarado Velloso²²: de ofrecimiento, de aceptación, de admisión y de producción. Incluso, presupone la evaluación realizada por las partes en sus respectivos alegatos.

Es como dije, la última etapa de la faz probatoria que corresponde exclusivamente al juez. En todas las etapas anteriores las partes tuvieron un rol protagónico y relevante, y la diligencia y eficacia trasuntadas en tales subetapas probablemente repercutirá en el resultado del proceso. Pero será el juzgador en definitiva quien realice la evaluación final de los medios producidos en el proceso que supone la previa *valoración* de la prueba producida en el proceso, y por tanto, sólo puede extraerse del contenido de la sentencia.

Desde esta óptica, la valoración corresponde al momento de la decisión de la causa, y supone el previo desarrollo de la actividad probatoria producida por las partes.

5.2.- PROHIBICIÓN DEL OBJETO PROBATORIO Y PROHIBICIÓN DEL MEDIO PROBATORIO:

SU DISTINCIÓN COMO TÉCNICA PARA DEPURAR Y PUNTUALIZAR EL CONCEPTO DE

²² Alvarado Velloso, Adolfo (2009): *Sistema procesal: Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, Tomo II, ps. 104 y sig.

PRUEBA TASADA

En este punto es conveniente diferenciar la valoración o apreciación de la prueba que como vimos, realiza el juez en la sentencia definitiva, de uno de los requisitos intrínsecos de admisibilidad de la prueba y que tiene que ver con la legalidad (posibilidad jurídica) del medio propuesto para producirla.

A la ilegalidad de ciertos medios de prueba se refieren tanto las leyes sustanciales como las procesales.

Entre las normas pertenecientes a la primera de esas categorías de leyes cabe mencionar, entre otras, aquellas que prohíben el reconocimiento de cartas misivas de carácter confidencial o íntima, dirigidas a terceros aunque en ellas se mencione alguna obligación (Cód. civ., art. 1036); la prueba testimonial tendiente a acreditar que las declaraciones u obligaciones que constan en un documento firmado en blanco no son las que el signatario tuvo intención de hacer o de contratar (art. 1017 Cód Civ).

Normas procesales que descartan la admisibilidad de un medio de prueba por el mismo motivo son, entre otras, la que prohíben ofrecer como testigos a los consanguíneos o afines en línea directa de las partes o al cónyuge (art. 427 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; o art. 390 Código Procesal Civil, Comercial y Minería de la Provincia de San Juan), o el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o a ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos (art. 397 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; o art. 360 Código Procesal Civil, Comercial y Minería de la Provincia de San Juan); o, en términos generales, aquellas que afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros (art. 378 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; o art. 341 Código Procesal Civil, Comercial y Minería de la Provincia de San Juan); etc.

En realidad, los más paradigmáticos ejemplos de hechos cuya prueba prohíbe la ley se hallan en normas de fondo y pertenecen, casi con exclusividad, al derecho de familia. Así en muchas legislaciones se prohíbe investigar algunos hechos en defensa de la moral. Davis Echandía²³ da el ejemplo de materia de investigación civil

²³ Davis Echandía, ob. cit. p. 164.

de paternidad, cuando se trata de relaciones sexuales adulterinas, en cuanto a la mujer se refiere, pues la presunción de paternidad del marido no puede ser impugnada por terceros en vida de aquel (salvo para la declaración judicial de la paternidad e un tercero, cuando la ley autoriza). En el derecho argentino, tal situación surge de la ley 23.264 modificatoria del Código Civil, que en su art. 2 prescribe que la ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido, y que mientras viva el marido, nadie sino él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio.

En tales casos, como todo supuesto de inadmisibilidad, debe ser en todo caso declarada *in limine*, y justifica por ende el inmediato rechazo de la prueba que reviste aquel carácter, y por tanto rara vez se verifica un supuesto de inadmisibilidad en la sentencia definitiva, lo que puede ocurrir sin embargo en la excepcional hipótesis en que no haya sido advertido por el órgano durante el íter procesal.

Tal distinción es necesaria para realizar una correcta diferenciación con distintas normas jurídicas sustanciales y procesales que hacen a una cuestión de estricta valoración judicial y que se relaciona con el sistema de prueba tasada que luego explicaré (punto 5.3.- y sig).

En este punto es preciso distinguir entre hechos cuya prueba prohíbe la ley, de la prohibición de un medio de prueba en particular (o incluso de la exigencia de uno especial).

En efectos, ambos fenómenos tienen aparentemente parecidos efectos, y son corrientemente designados con el rótulo de *inadmisibilidad*, o supuestos de inadmisibilidad. Sin embargo, existe una diferencia fundamental y de base, que a su vez edifica el límite entre lo que es valoración tasada por el legislador y lo que no lo es.

En efecto, si, como en los ejemplos dados supra, la ley prohíbe probar un hecho por razones de moral (o del orden que fuera), ese hecho resulta excluido del objeto concreto de prueba, deja de ser técnicamente objeto de prueba, aun cuando se relacione con la materia debatida y constituya un presupuesto de la pretensión o excepción; esto significa que con mayor razón tal hecho no puede formar parte del contenido de la sentencia y en consecuencia del tema de prueba y por tanto, jamás podríamos hablar en tal supuesto de valoración o apreciación.

No existirá en tal supuesto valoración en ninguna de sus modalidades: ni bajo el sistema de la sana crítica, la cual, como explicara supra, aparece en una fase posterior a su práctica, ni tampoco valoración preestablecida por el legislador, propia del sistema de prueba tasada o tarifa legal, aún cuando en este último supuesto se parezca en su faz temporal.

Es que la tarifa legal, a diferencia del sistema de la sana crítica racional y al igual que el supuesto en análisis de prohibición del objeto de prueba, aparece regulado por la ley en forma abstracta y previa a cualquier proceso y por ende, a la producción de la prueba.

Sin embargo, no obsta a la diversidad conceptual existente entre prohibición de objeto de prueba y tarifa legal, el hecho de que ambos casos se encuentren definido previamente y en forma abstracta por el legislador. Tal coincidencia temporal en la técnica legislativa no equivale en modo alguno a su identidad, aunque indudablemente contribuye a la confusión de tales actividades.

Pero a diferencia del supuesto de prohibición del objeto probatorio, y al igual que la valoración de la sana crítica racional, en la tarifa legal, en sustancia, la actividad misma es valoración, apreciación, aunque sea preestablecida en forma general y abstracta por el legislador.

De hecho, los supuestos de tarifa legal no son más que aplicaciones abstractas de las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia que valora y decide el legislador para un determinado caso o una determinada categoría de casos. Ya la había puesto de manifiesto Stein, citado por Muñoz Sabate²⁴, que cuando la ley dicta reglas para la valoración de las pruebas, no hace otra cosa que codificar los principios de de la experiencia que establece que ciertos modos de prueba tienen por lo general un cierto valor .

5.3.- LA ACTIVIDAD VALORATIVA DEL LEGISLADOR DESDE SU FAZ SUSTANCIAL Y ORGÁNICA.

CRITERIOS DISTINTIVOS DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA QUE REALIZA EL JUZGADOR EN EL CASO CONCRETO

²⁴ Muñoz Sabate, ob. cit. p. 90.

La diferencia está en el sujeto, puesto que como dije, la actividad y decisión valorativa es privativa de otro poder del Estado, el Legislativo, con exclusión del Judicial. Pero insisto que, en sustancia tal actividad es la misma. Al respecto decía Davis Echandía²⁵: "*Por otra parte, es evidente que las normas consagradas en la tarifa legal son reglas lógicas y de experiencia acogidas por el legislador de manera abstracta, con el fin de dirigir el criterio del juez: o sea, son la lógica y la experiencia del legislador, más no la del juez ni la del abogado litigante*".

Claramente el autor nos hace ver la identidad sustancial en la actividad que realizan, obviamente en ejercicio de sus respectivas funciones (legislativa y jurisdiccional), el legislador y el juez.

Por consiguiente, la tarifa legal comprende dos elementos: uno material (sustancial, de contenido) que se refiere a la actividad en sí misma (valorar, apreciar) y uno orgánico (o subjetivo, formal), que se refiere al órgano o poder que realiza la actividad (Poder Legislativo).

Respecto al primer punto, y sin dejar de reconocer que se conciben desde el ejercicio de funciones estatales disímiles (en un caso legislando, en otro juzgando) la actividad sustancial no difiere. En ambos casos se valora la eficacia de la prueba para determinada categoría de casos, lo cual hace a su vez que en su aspecto orgánico o subjetivo la diferencia surja diáfana: en un caso es privativa del Poder Legislativo, en el otro del Poder Judicial.

Ello claro está, sin perjuicio de lo que luego se dirá en el punto 6.3.-, relativo a las atribuciones para legislar en materia probatoria.

Retomando, en la prohibición de investigación o prohibición de objeto probatorio, el mismo no puede integrar el *tehma decidendum*, no conforma el material alegatorio y probatorio que debe ser juzgado por el Órgano Judicial, en consecuencia, jamás podríamos hablar de valoración o apreciación en la prueba. No hay objeto donde recaiga tal valoración. Lisa y llanamente no hay prueba, porque a su vez no hay hecho objeto de ella, la que de tal modo caería al vacío.

Muy diferente es el caso de la prohibición de un medio de prueba o la exigencia de uno especial, para un hecho determinado; entonces si cabe hablar de valoración en

²⁵ Davis Echandía, ob. cit. p. 144.

su faz de prueba tasada o tarifa legal. En efecto, en tal caso el hecho no deja de ser objeto de prueba y por consiguiente ingresa al radio de acción del Juez para ser valorado y juzgado, sólo que en tal caso el legislador, realizó previamente una valoración inclusive más radical, que pondría expresarse en los siguientes términos: en tal caso, si la prueba se produjera, aún así no tendría eficacia probatoria alguna, por ello, para evitar tal desgaste procesal, o incluso para aventar cualquier riesgo de que el Juez le otorgue atendibilidad a dicho medio en el caso concreto, es más fácil y seguro excluirlo *ab initio* y en general, como medio de prueba desde el derecho objetivo.

De esta forma el legislador se asegura de que el Juez de ninguna forma podrá valorar positivamente dicho medio de prueba, aún cuando pase satisfactoriamente todos los parámetros que conforman el sistema de la sana crítica.

Es, permítaseme la expresión, la primera, más básica y radical de las valoraciones que puede hacer el legislador desde el derecho sustancial: *a tal punto valoro negativamente tal o cual medio de prueba para acreditar determinado hecho objeto de prueba, que directamente lo excluyo*, previendo así que, sea como fuere que dicho medio se haya producido, con vicios, sin vicios, adecuado o no a los parámetros de la sana crítica, de igual modo y en todos los casos le niego de plano toda posibilidad de eficacia probatoria. Gomez Orbaneja y Herce Quemada²⁶ lo explicaban así: *“lo que viene a decir el legislador es lo siguiente: si tales pruebas se hicieran, no les daría valor alguno; por tanto comienzo por excluirlas”*. En fin, si ello no es valoración, entonces la valoración donde está. Ejemplos de normas que suprimen o excluyen medios de prueba son descriptos infra, punto 7.2.1.-.

O la contractara, a tal punto valoro positivamente tal o cual medio de prueba para acreditar determinado hecho objeto de prueba, que no solo no lo excluyo, sino que directamente así lo consagro legislativamente, trasuntando así en una ley una suerte de manifiesta preferencia que el legislador tuvo respecto de un medio de prueba en particular. Ejemplos de normas que precisan la producción de medio de prueba específico y determinado, puede verse en el punto 7.2.3.- de esta ponencia. Y de normas que exaltan o realzan la eficacia probatoria de ciertos medios, en el punto 7.2.4.-.

²⁶ Gomez Orbaneja, Emilio & Herce Quemada, Vicente (1959): *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Ed. Agesa, Quinta Edición, p. 249.

Es indudable que en tal caso el legislador tasa, valora en términos positivos al medio de prueba elegido, otorgándole especial eficacia probatoria por sobre los demás, de forma tal que, aunque enmarcado dentro de la valoración contextual o global (que como explicara supra, el juez no puede obviar) le otorgue al medio de prueba especial eficacia probatoria, una suerte de plus en su valoración que hará que resalte por sobre las demás, sin perjuicio, como se dijo, del análisis de toda la prueba pertinente recaída en el proceso. En igual sentido concluyo: si ello no es valoración, entonces la valoración donde está.

Por todo ello a mi criterio, tales normas deben ser catalogadas dentro del sistema de prueba tasada o tarifa legal, y desde esta óptica ser clasificadas, como veremos en el punto 7.2.- y sig..

Pero a su vez tales normas, al menos las que implican la prohibición de un medio de prueba, excluyen de plano toda posibilidad de valoración judicial de dicho medio en base a la sana crítica, puesto que conforme lo expliqué en los párrafos que anteceden, si bien el hecho no deja de ser objeto de prueba, y en consecuencia ingresa al radio de conocimiento del Juez para ser valorado y juzgado, no sucede lo mismo con el medio de prueba excluido, el cual al ser técnicamente inadmisibile (inadmisibilidad declarada mayormente desde el derecho sustancial) no puede ser valorado por el juez. No podría el Juzgador desde ningún punto de vista recurrir a tal medio de prueba para tener por acreditado el objeto de prueba al fundar su sentencia.

Pero cuidado, si podrá recurrir a otros medios de prueba distintos del excluido para tener por acreditado el hecho objeto de prueba, y en esta tarea recurrirá a la sana crítica.

Al no haber limitación en el objeto de prueba, sino solo en el medio (conforme la valoración tasada realizada por el legislador), entonces el hecho puede ser probado por otros medios de prueba en base al sistema de la sana crítica, y salvo la exclusión del medio de prueba particularmente descartado mediante prueba tasada, seguirá rigiendo el sistema de libertad de medios. Esta libertad probatoria y siempre en base al sistema de la sana crítica racional, se irradiará en todo aquello que no sea el medio de prueba particularmente excluido.

Por ello es que en la tarifa legal, respecto de la apreciación de la sana crítica, varía en el momento y en el sujeto conforme lo explicara supra, aunque no respecto a la actividad misma, la cual, en ambos casos, es apreciación. En efecto, en la tasa legal la valoración, si bien dirigida al Juez, la realiza el legislador y como vimos, en forma general y abstracta previa a la iniciación del proceso, y hasta del conflicto en sí. La actividad valorativa preexiste a todo, recortándole al Juez toda actividad intelectual y cognitiva que implique valorizar o justipreciar en lo que ya fue objeto de valoración tasada.

En definitiva y concluyendo: las normas aquí analizadas deben ser catalogadas y clasificadas dentro del sistema de prueba tasada o tarifa legal, aclarando que justamente por tal circunstancia, excluyen la valoración desde la sana crítica. Conclusión válida solo respecto del medio de prueba excluido, más no de la valoración del objeto de prueba en sí mismo.

Ya con todas las aclaraciones, puntualizaré sobre el sistema de tarifa legal, sus ventajas e inconvenientes, y sobre la necesidad de un tratamiento legislativo uniforme.

6.- EL SISTEMA DE TARIFA LEGAL O DE PRUEBA TASADA

CONCEPTUALIZACIÓN Y DESIGNACIÓN

Las conceptualizaciones y diferenciaciones desarrolladas en los puntos precedentes, permitieron advertir que, ante todo, este sistema implica que el Juzgador se sujete o limite a reglas abstractas preestablecidas, que les señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba. Hoy tales reglas emanan de normas jurídicas de fondo o de forma que repasaremos infra, aunque, como ya explicara, en ambos casos reconocen naturaleza procesal.

Sea como fuere, y en esto radica su denominador común, implica una limitación, una restricción para el juez, quien ya no podrá hacer una libre valoración personal y

concreta del material probatorio. Por ello los autores suelen hablar del sistema de las pruebas legales en oposición al de la libre apreciación²⁷.

En tal sentido lo expone con su habitual claridad el maestro Adolfo Alvarado Velloso²⁸, al explicar los dos sistemas de evaluación de medios de confirmación: “a) *el que se conoce con la denominación de prueba tasada o legal (establecida por el propio legislador y que los jueces no pueden ignorar); b) el que se menciona como sistema de prueba convictiva (que puede analizar el juez según sus propios parámetros interpretativos, fallando luego a base de lo que realmente lo haya convencido para emitir su decisión en determinado sentido)..... Su diferencia reside en la circunstancia de que mientras el primero reserva al arbitrio judicial la determinación de la eficacia de la prueba en cada caso concreto, el segundo subordina aquel arbitrio a la aplicación de reglas legales que, en términos generales y abstractos, fijan por anticipado el valor que corresponde asignar a ciertos medios de prueba, o bien los desechan como tales cuando se trata de acreditar determinados hechos*”.

En cuanto a su designación, coincido con Davis Echandía en que conviene desechar el nombre de *pruebas legales* para evitar confusiones, reservando la frase *sistema de tarifa legal de las pruebas* o *agregó, de tarificación o tasa legal*, por trasuntar correctamente desde lo técnico a dicho fenómeno. En efecto sostiene el maestro colombiano que²⁹: “*por pruebas legales se entiende lógicamente el señalamiento por la ley de los medios admisibles en los procesos, sea en forma taxativa o permitiendo la inclusión de otros, a juicio del juez, en oposición a la prueba libre, que implicaría el dejar a las partes en libertad absoluta para escoger los medios con que pretenden obtener la convicción del juez, respecto de los hechos del proceso. Por esta razón creemos que resulta inapropiado e inconveniente denominar pruebas legales al sistema de la regulación legal del valor de convicción de los medios de prueba y que es mejor hablar de sistema de tarifa legal de las pruebas, como también suele*

²⁷ Palacio, Lino Enrique (1977): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot, Tomo IV, ps. 411-412.

²⁸ Alvarado Velloso, Adolfo (2009): *Sistema procesal: Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, Tomo II, ps. 117 y sig.

²⁹ -Devis Echandía, ob. cit. p. 64.

denominársele y creemos que es lo mejor, porque así se especifica claramente su significado, o de sistema de prueba tasada, como otros prefieren designarlo".

Es más, la designación de *prueba legal* a secas, remite a la idea de toda prueba que esté regulada por la ley, sin distinguir los diferentes aspectos de tal regulación. Abarcaríamos o incluiríamos así, por cierto en forma incorrecta, toda norma regulatoria de prueba o actividad procesal y, como vimos *supra*, punto 2.-, existen numerosas normas regulatorias de la actividad probatoria, fundamentalmente relacionadas a en su proposición y práctica, estableciendo requisitos de tiempo, forma y lugar para su ofrecimiento y producción. En tal punto vimos como el derecho subjetivo de probar se encuentra limitado por una serie de requisitos extrínsecos e intrínsecos fijados por la ley, y no todo ello implica valoración o apreciación, menos aún, tarifación legal, en los términos definido *supra*.

Desde esta óptica abarcativa y equívoca, todo sería prueba legal, ya que cuesta imaginar que aspectos de la prueba no esté regulado, o de algún modo reglamentado por la ley, fundamentalmente procesal. En fin, con el modo de designación de *prueba legal*, serían legales todas las pruebas, de allí que convenga desechar tal frase *prueba legal* para designar este fenómeno.

En efecto, como señala Furno³⁰, un importante conjunto de normas determina minuciosamente los medios de prueba admisibles en juicio, las características de cada uno de ellos, las modalidades de su proposición y de su admisión etc, pero solamente algunas de entre ellas precisan la eficacia probatoria que, por su imperio, atribuye la ley a ciertos medios.

Este es el nudo gordiano para resolver el problema: habrá tarifa legal cuando una ley sustancial o procesal, determinen o señalen la eficacia probatoria que deberá conceder el Juzgador en ciertos casos. La prueba legal, la prueba tasada, sólo tiene sentido a propósito de la valoración de la prueba, y si bien es definida por el legislador (que es quien valora) en forma previa al proceso mismo, su aplicación por el Juez en el caso concreto, se cumple dentro del proceso. Cabe recordar que en el

³⁰ Furno, Carlo (1954): *Teoría de la prueba legal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, trad. por Sergio González Collado, p. 161.

sistema libre, en cambio, la actividad llevada a cabo por el Juez (que es quien valora) aparece en una fase posterior a la práctica de la prueba.

En definitiva: habrá tarifa legal cuando la ley estipule o fije la eficacia probatoria que deberá conceder el Juzgador en los casos regulados mediante esta técnica, con las limitaciones, diferenciaciones y precisiones explicadas en el presente trabajo relativas a los elementos o aspectos de sujeto, sustancia y tiempo. Todo lo demás serán normas procedimentales, normas reguladoras de la práctica de la prueba, o si se quiere, prueba legal en sentido lato. Me remito a lo explicado supra, punto 5.1.- titulado "Su distinción con los requisitos extrínsecos e intrínsecos de prueba en general".

6.1- LA ESENCIA DEL PROBLEMA: UNA ARISTA MÁS DE LA SIEMPRE

VIGENTE DICOTOMÍA DE LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO

EN PUGNA: INQUISITIVO Y DISPOSITIVO.

Si bien se mira, el tema remite, en esencia, a una cuestión de política procesal que hunde sus raíces y se fundamenta en el sistema procesal en sí mismo, excediendo a una mera cuestión de técnica procesal. Lo explica con singular agudeza Adolfo Alvarado Velloso³¹: *“Sin embargo, toca hacer ahora el estudio integral y generalizado del tópico en cuestión a partir de su verdadera esencia: el problema es de política procesal y no de simple técnica procedimental, pues se vincula con la mayor o menor confianza que tiene en los jueces quien ejerce el verdadero poder en lugar y tiempo determinado. Cuando esa confianza es escasa, el legislador se reserva para sí el establecer cuál es el exacto valor confirmatorio que tiene cada medio en particular para que así y no de otra forma lo evalúe el juez en cada caso concreto; cuando la confianza es grande, la ley delega a los jueces la extrema facultad de apreciar como mejor les parezca cada uno de los medios aceptados y producidos”*.

Precisando esta idea digo: si bien bajo el criterio material definido supra (punto 5.3.-), la actividad de valorar es una cuestión de técnica procesal (ya sea que provenga

³¹ Alvarado Velloso, Adolfo (2009): *Sistema procesal: Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, Tomo II, p. 116.

del Poder Judicial o Legislativo), *adoptar* uno u otro sistema en cambio, es una cuestión de política procesal.

Por cierto que aunque aparentemente sutil, la diferencia entre ambas miradas es sustancial (la actividad en sí misma, o la adopción de uno u otro sistema), puesto que, como dije, nos remite a otra discusión más de fondo aún, que es el referente a la adopción de que sistema procesal queremos, pero sistema procesal considerado en su modo de designación genérico, y no solo como forma de designar el sistema de valoración de la prueba (tasado o libre), puesto que, a la postre, el tema se vincula, como explica Alvarado Velloso, con la mayor o menor confianza que se tenga en los jueces, y así, a mayor confianza más poderes le será otorgado, más facultades de todo tipo, entre las que se incluyen por cierto, estimar el valor confirmatorio de los medios de prueba. Y viceversa, a menor confianza: menos serán los poderes otorgados y mayores las restricciones, inclusive en materia de valoración probatoria.

En definitiva, la *medida* en la confianza que se tenga en los jueces es un efecto de otro argumento de base, que hunde sus raíces en los cimientos del sistema procesal de que se trate. Como se ve, es una manifestación más del antiguo enfrentamiento de dos sistemas antagónicos de enjuiciamiento: *inquisitivo* y *dispositivo*.

En efecto, desde una perspectiva republicana del derecho procesal (CN, art. 1), en la cual se privilegie el método por sobre la meta, respetando el principio de imparcialidad del Juzgador y la igualdad de las partes en el proceso, y cuya finalidad sea que se declare solo la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas para lograr a la postre el mantenimiento de la paz social, y en donde el rol del Juez en materia probatoria se limita a lograr una mera convicción acerca de los hechos controvertidos en el litigio, es obvio que la más mínima coherencia sistémica impone un Juzgador con poderes limitados y restringidos solo a los necesarios para poder cumplir con tal modesto pero relevante rol.

Conforme a tal finalidad, este sistema no se centra en la figura o rol protagónico del Juzgador, al cual se lo presenta como el tercero independiente, imparcial e imparcial, comprometido sólo con la Constitución, que respeta y hace respetar en todo íter procesal las garantías constitucionales, siendo entonces perfectamente lógico que, en aras de alcanzar los fines de la seguridad, el respeto irrestricto del derecho de

defensa en juicio y a la postre, la paz social, el Juzgador se halle limitado o restringido en su accionar, entre lo cual cabe contar también las restricciones que surjan de las reglas valorativas abstractas preestablecidas que caracteriza a la tarifa legal, la cual contribuye a la mayor uniformidad de las decisiones judiciales en cuanto a la prueba se refiere, redundando ello en el afianzamiento del valor seguridad.

Y a la inversa, desde la óptica del solidarismo o activismo procesal, que privilegiando la meta por sobre el método, proclama abiertamente una suerte de atenuación de la imparcialidad, invistiendo al Juez de amplias facultades de investigación de la verdad, para así cumplir con la proclamada meta de *evitar la pérdida de derechos de fondo a raíz de la aplicación de normas procesales* y llegar a la *verdad jurídica objetiva* o la *verdad real de lo acontecido en el plano de la realidad*, es obvio que la más mínima coherencia sistémica llama a centralizar todo en torno de la figura del Juzgador, que se transforma así en el eje del sistema. En este marco, el activismo sienta expresamente la posibilidad de que los jueces puedan obrar de manera activa a fin de acceder a la verdad jurídica material y al debido esclarecimiento de la causa, acentuado la amplitud de los poderes del órgano judicial en general, y las facultades instructorias en particular.

Por ello es que este sistema requiere de los jueces un comportamiento en exceso activo en el área de la prueba, que no reconoce límite en la inactividad o negligencia de las partes, aceptando inclusive que las facultades instructorias que la ley concede a los jueces, puedan ser ejercidas para suplir la negligencia en que hubiere incurrido cualquiera de las partes en la producción de la prueba por ella ofrecida.

Se entiende entonces que en este esquema de *amplios poderes de investigación*, sería ilógico (hablo de la lógica dentro de este sistema), limitar al Juez a reglas abstractas preestablecidas, que les señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia, o por la ausencia, de determinados medios de prueba. Sería un encorsetamiento de la figura central del proceso, vista siempre con disvalor desde este enfoque activista, dado que implica una limitación, una restricción para el juez quien, en su *afanosa tarea de la búsqueda de la verdad*, ya no podrá hacer una libre valoración personal y concreta del material probatorio.

Es que para la corriente solidarista del proceso, en principio el Juez se encuentra facultado para remover todo obstáculo que representa *cualquier formalidad adjetiva* que pueda suscitarse en el proceso, para así cumplir con la proclamada meta de *evitar la pérdida de derechos de fondo a raíz de la aplicación de normas procesales* y llegar a la *verdad jurídica objetiva*, inclusive por sobre las reglas de la carga de las pruebas.

En este esquema entonces, la tasa legal supone una barrera, un obstáculo insalvable que deberá respetar el Juez al valorar la prueba, implicando un claro recorte de los poderes que el sistema le otorga para que pueda cumplir con aquella finalidad.

En resumen, desde el prisma activista, un sistema libre de valoración personal del material probatorio, es acorde con el rol central que tiene el Juez para este sistema. Así como no se lo limita al Juez en el acceso de la verdad, (so pretexto de lo cual puede inclusive sustituir la inactividad probatoria de las partes), tampoco se lo limita en su accionar fijando reglas abstractas preestablecidas, que les señalen la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba. Aceptar una premisa sin la otra sería, en el marco de este sistema, incoherente.

De allí que en general, la doctrina enrolada en una visión activista, tienda a reprobar y denostar al sistema de la tasa legal. Y justamente por ello no es casualidad que la crítica a dicho sistema provenga de sus filas. Pero en realidad, el sistema no es tan malo como lo presentan sus detractores activistas, ya que si bien tiene sus inconvenientes, también tiene sus ventajas, sobre las cuales no se suele reparar a menudo, ya que son generalmente inadvertidos por la bibliografía vernácula. Por ello serán objeto de análisis en el punto subsiguiente, en el marco de un estudio más global sobre ventajas e inconvenientes del sistema.

6.2.- VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA TARIFA LEGAL EN SU JUSTA MEDIDA

Numerosa doctrina crítica a este sistema, poniendo de manifiesto en reiteradas ocasiones los inconvenientes que presenta. No obstante, la principal objeción es que mecaniza o automatiza la función del juez en un aspecto importante del proceso como es la valoración o apreciación de las pruebas, convirtiendo al Juez en un

autómata, al decir de Davis Echandía³²: *"quitándole personalidad, impidiéndole formarse un criterio personal y obligándole a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado"*.

Así, reiteradamente la doctrina refiere que es ilógico que la determinación de la eficacia probatoria se halle sujeta a la aplicación de normas rígidas que puedan llevar a un resultado distinto del convencimiento que logra el Juez, dado que las normas legales probatorias que le señalan al Juzgador los tipos abstractos de verdad, muchas veces pueden estar reñidos con la realidad de los hechos.

En tal sentido explicaba Muñoz Sabate³³ que: *"lo triste y funesto de todo ello es que los frutos de tal experiencia se inventarían y enquistarían en un formalismo demasiado severo, quedando todo reducido a aquellas famosas tarifas, que eran una especie de boletín de cotización del valor atribuido a cada medio concreto de prueba. Y es indudable que por ese camino el Juez se convirtiera en un contable. Aparte de las críticas que puede merecer, desde un punto de vista filosófico, un sistema que impone al Juez un convencimiento que no responde a su conciencia, reduciéndolo a la condición de autómata, la verdad es que, en un plano estrictamente jurídico, tal vez sea aquel exhaustivismo de que hemos hablado en el párrafo anterior, lo que más ha contribuido a desacreditar el viejo sistema de prueba tasada. Su defecto básico, como señala Kisch, consistió en la imposibilidad por parte del legislador de agotar el número inmenso de posibilidades de la vida"*.

Llegando inclusive a decir tal prestigioso autor que: *"No hay más probabilidades de arbitrariedad ni mayor incertidumbre con el sistema de la libre apreciación, correctamente entendido y aplicado, que con el de la tarifa legal. Si el juez es ignorante, tampoco aplicará correctamente la valoración indicada en la tarifa legal, y si quiere obrar con parcialidad o mala fe, encontrará la manera de hacerlo, dándole una motivación caprichosa y arbitraria a la sentencia, con ambos sistemas"*³⁴.

Es cierto que, históricamente, el paso del sistema de tarifa legal al de sana crítica racional constituyó una conquista de la legislación procesal y un signo de

³² -Davis Echandía, ob. cit. p. 66.

³³ Muñoz Sabate, ob. cit, p. 90.

³⁴ Muñoz Sabate, ob. cit, p. 70.

modernidad, puesto que tal paso se dio precisamente en aquellos medios de prueba en que era manifiestamente irrazonable el mantenimiento de aquel sistema. Es por ello que Davis Echandía nos decía³⁵ : "*históricamente el sistema de la tarifa legal de las pruebas, introducido por el proceso inquisitorio, que sustituyó, luego de larga lucha, al acusatorio del período primitivo posterior a la caída del imperio romano, representó un avance trascendental en la administración de justicia y en el ordenamiento jurídico general de los Estados, al excluir los medios bárbaros y fantásticos que caracterizaron aquel período*".

También lo destaca el maestro Adolfo Alvarado Velloso al advertir que: "*En la historia procesal, este sistema de evaluación vino a civilizar las pruebas judiciales bárbaras (ordalías), como resultado de la influencia que los canonistas ejercieron en todo el sistema procesal vigente durante la Edad Media y, por supuesto, estuvo al servicio de la Inquisición, donde tuvo gran auge*"³⁶.

Pero la situación de la prueba legal en tiempos modernos es por cierto disímil a la que fue en la antigüedad. En efecto, con el correr de los siglos su fundamento se ha desplazado desde la superstición religiosa, a pautas racionales que implican la positivización de las mismas reglas de la experiencia que fundamenta el sistema de la sana crítica racional.

Es que, sin perjuicio de admitir que, en efecto, en cierto momento histórico, el paso del sistema de tarifa legal al de sana crítica racional constituyó una conquista de la legislación procesal y un signo de modernidad (puesto que, como dije, tal paso se dio precisamente en aquellos medios de prueba en que era manifiestamente irrazonable el mantenimiento de aquel sistema), no se puede dejar de reconocer, una vez depurado de todo vestigio anacrónico, las ventajas del sistema de tarifación allí donde su razonabilidad es irrefutable y no sufre los embates de la ilogicidad.

El proceso histórico (cuyo desarrollo y descripción excede al presente trabajo) en rigor de verdad, trasunta una atenuación del sistema de tarifa legal allí donde el mismo resultaba a todas luces ilógico, y hasta irrisorio. Piénsese en los casos regulados que nos proporciona la Partida III que otorgaba a ciertos medios

³⁵ Devis Echandía, ob. cit. p. 65.

confirmatorios un grado probatorio preordenado tal que el juez no podía desconocer. A saber: dos testigos contestes y mayores, sin tachas, que concuerden en la persona, hecho o caso, tiempo y lugar donde pasó, bastan para hacer plena prueba, y la deposición de un solo testigo produce semiplena prueba (ley 32, Título 16). Y tantos otros ejemplos de la Ley de partidas que proporciona Adolfo Alvarado Velloso³⁷

Como bien lo destaca Devis Echandía³⁸: *“Una época tan maximalista como la edad media tuvo que conducir necesariamente a una extrema polarización de la tasa... cual corresponde a las hondas diferencias sociales y matizadas relaciones jerárquicas reinantes en tales siglos, y que podrán llegar hasta dar más valor al testimonio de un caballero que el de diez siervos”*.

En tales casos (y en otros tantos ejemplos a los que podríamos recurrir haciendo un poco de historia en la Ley de Partidas, que otrora fuera el sistema argentino vigente y a su vez la principal fuente de las Leyes de Enjuiciamiento Civil españolas de 1855 y de 1881, predecesoras directas de la legislación americana de los siglos XIX y XX), sin mayor esfuerzo interpretativo, podremos advertir la falta de fundamento real, lógico o científico, en tales supuestos, y lo razonable que resultó en ellos su sustitución por el sistema de la sana crítica racional. Ello fue incuestionablemente válido y como dije, todo un signo de racionalidad y coherencia propio de los métodos de enjuiciamiento de los estados modernos.

Pero de allí a extender la crítica a todo el sistema de tarifa legal, me parece un exceso. En efecto, gran parte de la doctrina reprocha este sistema en general, sin mayor distinguo, sin separar o discriminar, como si todo fuera lo mismo. Pero no se repara que en la actualidad, para los medios y en los casos en que el sistema de tarifa legal sigue vigente, nada tiene de irracional o ilógico y, por el contrario, como veremos, aporta un importante cuota de seguridad en las relaciones jurídicas sustanciales, que se proyecta luego al ámbito procesal. Como tendré oportunidad de mostrarlo en la clasificación de normas de tarifación legal actualmente vigente (una

³⁶ Alvarado Velloso, Adolfo (2009): *Sistema procesal: Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, Tomo II, p. 118.

³⁷ Alvarado Velloso, Adolfo, *ibídem*, p. 119.

³⁸ Devis Echandía, *ob. cit.* p. 93.

suerte de resabio del sistema) que ensayaré infra, en la mayoría de los casos, nada tienen de irracionales, ilógicas o disparatadas.

En tales casos que luego describiré, se deja ver la ventaja del sistema de la tarifa legal; a saber: el valor seguridad y consecuente paz social a que puede llegarse siguiendo las enseñanzas de la normalidad general que el legislador enuncia basado en las reglas de la experiencia desde una óptica racional.

Tal fundamental distingo es claramente advertido por Adolfo Alvarado Velloso³⁹ y así explicado: *“Es indudable que un sistema de valor confirmatorio pleno y preordenado tiene enorme importancia para el buen desenvolvimiento del tráfico jurídico: cuando un vendedor entrega al comprador la cosa vendida y no ha percibido aún su precio, parece obvio —ante la posibilidad de que ello sea negado en el futuro— que desee poder mostrar eventualmente un documento fehaciente que tenga para un juez pleno crédito del hecho relativo a la compraventa. De ahí que yo sea defensor acérrimo del sistema de tasación en todo lo que refiere a los instrumentos mencionados en el punto ...(refiere el autor al instrumento). Pero al mismo tiempo, creo que no cabe hacer tasación alguna de los restantes medios de confirmación y, particularmente, de los relativos a declaraciones de testigos”*.

Como se ve, el autor reconoce la ilogicidad de fijar prueba tasada particularmente en la prueba testimonial y se autodefine acérrimo defensor del sistema de tasación para cierta prueba documental que define como el instrumento, en los siguientes términos: *“Es el medio de acreditación mediante el cual se plasman por escrito y en forma original e indubitable las conductas constitutivas de relaciones jurídicas o de las que se vinculan con ellas. La idea de instrumento está estrechamente ligada a la de fe pública y, por ende, a lo que es fehaciente, que comprende la dación de fe, la certificación y la autenticación. Por ello, ejemplos de instrumentos son las escrituras públicas, los protocolos (notariales y judiciales), los expedientes y las actas judiciales, la correspondencia oficial, los asientos en libros de los corredores, los libros de registración de movimientos administrativos o judiciales, las acciones de las compañías autorizadas para su emisión, los billetes, libretas y toda cédula emitida por los bancos, etc. Como se ve, el instrumento —por definición— es siempre auténtico, cualidad que, en la terminología tradicional, la tiene sólo el documento*

³⁹ Alvarado Velloso, Adolfo (2006): La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal, Valencia, Tirant lo Blanch, ps. 141-142.

público y alguna veces, cumpliendo ciertos requisitos, también el documento privado."⁴⁰

De ahí que este sistema de prueba tuvo siempre grandes defensores, los cuales consideraban que representa la mayor contribución al logro de la seguridad jurídica (Furno y también Wach), constituyendo, en palabras de Carnelutti: "*un poderoso medio de desinfectación del proceso contra los bacilos de las pruebas falaces*"⁴¹.

Nuevamente debo recurrir a las palabras del maestro Adolfo Alvarado Velloso, quien al tratar el valor probatorio del instrumento, explicaba sobre las ventajas de la prueba tasada, en los siguientes términos: "*Ya se verá luego que la asignación de un cierto valor a cada medio en particular es, precisamente, lo que se llama tasación de la prueba y que ello implica varias cosas: en primer lugar, asegurarse el legislador de que se cumplirá la norma primaria por él dictada y que, así, el juez no podrá emplear métodos interpretativos referentes al medio de debate basados en su exclusiva preferencia personal. En segundo término, permitir que los ciudadanos puedan cuidar adecuadamente de sus intereses, dejando por escrito lo que crean conveniente a fin de guardar debida memoria de lo actuado y de evitar eventuales discusiones futuras acerca de lo que ocurrió en el pasado, con la certeza de que el juez que procese y sentencie el litigio no podrá variar a voluntad las reglas del juego que los interesados guardaron estrictamente durante el desarrollo del proceso. Parece obvio destacar que en el cambiante mundo actual corresponde inclinarse 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 tesitura 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*"⁴².

Como se puede apreciar del párrafo transcrito, los meritos de la prueba tasada hunde sus raíces en argumentos que hacen a una estricta cuestión de división de

⁴⁰ Alvarado Velloso, Adolfo (2006): *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 58.

⁴¹ Carnelutti, Francesco (1952): *Estudios de Derecho procesal*, Buenos Aires, Ed. Ejea, V. 1, p. 102.

poderes, puesto que lo decidido mediante una norma con alcance general, dictada por el Poder Judicial, en ejercicio de función legislativa, opera como un claro cortapista para evitar que el Poder Judicial, por vía de interpretación para su aplicación al caso, esto es, ejerciendo su función jurisdiccional, controvierta lo decidido por el pueblo a través de sus representantes, principio básico del sistema republicano.

Y a su vez, tal postura interpretativa armoniza con el sistema de gobierno adoptado por la Constitución argentina que impone la coexistencia, dentro del Estado, de dos órdenes judiciales que difieren en razón de su origen político y de su competencia: el federal, que emana del poder del Estado Nacional y el provincial, que proviene del ejercicio de las respectivas autonomías locales, puesto que, como bien lo destaca Adolfo Alvarado Velloso, concuerda con lo legislado en materia probatoria el Congreso Nacional mediante los códigos de fondo pues, para mantener la gradación de las leyes en un país de raíz federal, la norma de carácter nacional debe predominar por sobre las normas provinciales contenidas en los códigos procesales.

6.3.- ATRIBUCIONES PARA LEGISLAR EN MATERIA PROBATORIA Y LA NECESIDAD DE UN

TRATAMIENTO LEGISLATIVO UNIFORME DE LA TASA LEGAL COMO MODO DE PRESERVAR LA SUPREMACÍA DE LA NORMATIVA DE CARÁCTER NACIONAL POR SOBRE LAS NORMAS PROVINCIALES

Claro que este último argumento nos lleva al tratamiento del espinoso tema relativo a la competencia para legislar en materia procesal, incluyendo su faz probatoria. Al respecto destaco que, si bien de conformidad con el sistema adoptado por la Constitución de nuestro país, la atribución de legislar en materia procesal pertenece, como principio, a cada una de las provincias, y no al Congreso de la Nación, la jurisprudencia de la Corte Suprema han dejado sentado que las facultades de las provincias para legislar en materia procesal deben ser entendidas sin perjuicio de las normas de ese carácter que puede dictar el Congreso con el fin de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo.

⁴² Alvarado Velloso, Adolfo (2006): *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 96.

En tal sentido explica Palacio⁴³, citando precedentes de nuestro máximo tribunal: "*Si así no fuera el Congreso tampoco habría podido limitar las excepciones que pueden oponerse contra la acción ejecutiva de las letras de cambio (art. 676, Cód. Com.), ni señalar el procedimiento sumario en la acción de alimentos (art. 375, Cód. Civ.), ni determinar las acciones que corresponde seguir en causas posesorias y el orden en que deben ejercitarse (arts. 2482 y 2488. Fallos, t. 137, pág. 307), como igualmente el procedimiento para la substanciación de las mismas, y tantas otras prescripciones formales para la vigencia y el ejercicio de determinados derechos...*" (*Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 138, pag. 157 157, y sus citas; t. 136, p. 154*).

A los que agrega Adolfo Alvarado Velloso⁴⁴, (al explicar la ley como fuente de normas procesales): la ley de concursos, de sociedades, de prenda con registro, etc..

En definitiva, el poder de las provincias no es total y absoluto, dado que hoy nadie niega las facultades del Congreso para dictar normas procesales, (incluidas las que refieren a materia probatoria), cuando sea pertinente establecer ciertos recaudos de esa índole a fin de asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo. Así, como bien lo destacan Cárdenas, Kemelmajer de Carlucci, Lavallo Cobo y Smith⁴⁵: "*la facultad del Congreso de la Nación para legislar en materia de prueba de los contratos proviene de la que tiene para legislar en materia civil, y por lo tanto se limita a aquello que sean necesario para asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por el Código Civil (conf. CSJN, 22/6/23, Fallos, 138:157). En todo lo demás, los medios de prueba y su producción son cuestiones de orden local que se han reservado las provincias y de ahí la remisión que se hace en el artículo a los respectivos códigos procesales*".

Y aunque el tema resulte intrincado, es innegable la existencia de un dilatado conjunto de normas procesales, cuya sanción no podría reconocerse a cada una de

⁴³ Palacio, Lino Enrique (1977): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot, Tomo I, p. 43.

⁴⁴ Alvarado Velloso, Adolfo (2009): *Sistema procesal: Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, Tomo I, p. 71.

⁴⁵ Cárdenas Eduardo; Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lavallo Cobo, Jorge & Smith, Juan (1994): *Comentario al artículo 1190 del Código Civil en Belluscio A. y Zannoni E. (Dir), Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Ed. Astrea, Tomo V, p. 866.

las provincias sin riesgo de desnaturalizar instituciones propias del denominado derecho sustancial o material.

Y justamente en tal conjunto normativo debemos incluir a numerosas normas que implican tasación, particularmente, las referentes a la admisibilidad de los medios de prueba. De hecho, conforme se desprende del análisis descriptivo de la normativa vigente en nuestro país referente a tasación que practicaré *infra*, la mayoría de tales normas pertenecen al ámbito de los códigos de fondo que dicta el Congreso Nacional.

Y ello no es una simple coincidencia, sucede que en tales casos, conforme lo mostraré en el punto subsiguiente, las normas están entrañablemente vinculadas a la eficacia de los derechos de fondo, al punto tal que cuesta imaginar, en cualquiera de los ejemplos, la existencia de disímil legislación conforme tantos estados provinciales existan. Piénsese por un momento que en determinados estados provinciales los contratos pueda puedan probarse por testigos, a la par que en otras provincias fuera excluido tal medio probatorio. Y así podríamos hacer extensivo el ejemplo a numerosos casos de normas jurídicas sustanciales que contienen tarifa legal y que *infra* describiré (punto 7.2.- y sig).

En tales casos, la más mínima pauta de razonabilidad no toleraría un tratamiento legislativo diverso entre los distintos órdenes judiciales (Estados Provinciales y Estado Nacional) que coexisten en nuestro sistema. Los ejemplos sirven para reflejar la idea. Y ello es así en virtud de que, cuando la norma sustancial, tarifa ciertos medios de pruebas para los supuestos de hechos en los que legisla, precisamente está estableciendo recaudos a fin de asegurar la eficacia de las instituciones reguladas en los códigos de fondo. Porque los valores seguridad y certeza que fundamentan tales normas, constituyen el entramado que amalgama a todas ellas, y que explican en tales casos, que la razón imponga uniformidad en su tratamiento legislativo. Y, desde la óptica contraria, que la diversidad en su tratamiento legislativo repela toda pauta de razonabilidad.

Porque mediante su dictado el legislador nacional se asegura su cumplimiento en un sentido unívoco y no multívoco. Vuelvo a apelar al recurso de imaginar un panorama en el cual en algunas provincias se pueda acreditar ciertos contratos mediante testigos, y en otras no. En tal caso, aunque la legislación sustancial sea la misma, la

diferencia en el régimen procesal de la prueba entre los estados provinciales, conllevaría diferentes aplicaciones para cada caso. Y tendríamos así la paradoja de que en un lugar se pueda acreditar la existencia de un mismo acto, que en otra jurisdicción sería directamente inadmisibile. Tal paradójal situación conllevaría seguramente innumerables planteos de competencia motivados en el interés de las partes en verse beneficiadas por la legislación procesal que más les convenga a sus intereses, según sean actora o demandada, y conforme puedan o no acreditar, en base a la legislación procesal específica, el contrato en cuestión objeto de prueba.

Es claro que tal panorama traería aparejada inseguridad, desconcierto, en definitiva, falta de certeza, y por cierto mucho mayor radio de acción en la decisión de los jueces que deban actuar bajo la legislación que establezca menores requisitos para acreditar el mismo hecho, quienes de tal forma tendrán un mayor alcance interpretativo, puesto que en tales casos, no se verán limitados, vgr., por el significado probatorio de la forma escrita prevista por la ley de fondo, lo que conllevaría por cierto, potenciales diferentes soluciones en los jueces que, por dicha vía, recurrirán libremente a otros medios de convicción que interpretarían en base a las reglas de la sana crítica.

Por todo ello es que, no podría afirmarse válidamente que el legislador nacional (en aquellos casos en que, desde el derecho sustancial, haya impuesto criterios de valoración tasados) haya excedido el ámbito de sus facultades al incorporar, a códigos de fondo, normas que, si bien reconozco de naturaleza probatoria (y por ende procesal), están entrañablemente vinculadas a la eficacia de los derechos sustanciales.

Tal vez ello explique que el derecho comparado nos muestre pocos ejemplos de la particular coexistencia de normativa procesal repartida entre Estados (Nacional y Provinciales), apenas, como bien lo refiere Adolfo Alvarado Velloso, Estados Unidos de América y México. En efecto explica Adolfo Alvarado Velloso⁴⁶ al tratar la codificación procesal, que *“la República Argentina está organizada políticamente bajo un régimen federal de gobierno, lo que posibilita la coexistencia jurídica de los Estados (provincias) con la Nación que integran, "de tal modo, y a partir del propio*

⁴⁶ Alvarado Velloso, Adolfo (2012): *Lecciones de Derecho Procesal Civil: Compendio del libro: Sistema procesal: Garantía de la libertad*, adaptado a la legislación procesal de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, por Aníbal G Acosta, Ediciones AVI SRL, p. 81.

texto constitucional, existe una normativa procesal de carácter nacional (federal) y tantas otras de carácter provincial como el número de Estados que componen la Nación. Consecuentemente, existe un código procesal nacional (en rigor, varios, según la materia que regulan) y numerosos códigos procesales provinciales (ídem). Similar panorama al ya descrito existe en Estados Unidos de América y México, únicos países de coexistencia legislativa en el concierto continental, pues Brasil y Venezuela —también con organización política federal— han unificado su legislación procesal en texto único de carácter nacional. Todos los demás países —políticamente unitarios— tienen códigos que regulan la materia procesal".

Finalmente, y abusando del recurso ejemplificativo, volveré a citar un caso, al que considero paradigmático, y refleja claramente este fenómeno. Así, para el proceso de posesión veinteañal, por cuya sentencia declarativa se otorga un título supletorio de dominio a favor de quien ha poseído un bien inmueble durante el plazo y en las condiciones previstas por el art. 4015 del Cód. Civ., por los abusos cometidos al amparo de procedimientos virtualmente unilaterales y exentos de verdaderas garantías (informaciones sumarias posesorias), determinaron la promulgación de la ley 14159 y decreto reglamentario 5756/58), el cual instituyó un específico régimen probatorio. En efecto, tal régimen contiene claras exigencias en materia de prueba que implican tarifación legal que analizaré *infra*, a saber: enaltecimiento de la prueba documental consistente en recibos de impuestos o tasas que graven el inmueble; y limitación de la prueba testimonial en tanto requiere prueba corroborante.

Pues bien, ante los planteos de inconstitucionalidad que efectuaron los justiciable, la jurisprudencia se pronunció por la validez constitucional de la ley 14159, en el aspecto procesal, fundada en la vieja doctrina de que si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar (CSN, Fallos, t. 227, pág. 145; t. 265, pág. 211, donde se decidió revocar la sentencia del tribunal provincial que, por aplicación del art. 1112 del código de procedimientos civiles de la Provincia de San Luis, desestimó la oposición del propietario del inmueble a pesar de lo dispuesto por el art. 24 de la ley 14159, modificado por el decreto-ley 5756/58).

El ejemplo citado es por demás elocuente: más allá de que algunos códigos procesales hayan reglamentado expresamente el proceso de adquisición del dominio por usucapión (como es el caso de San Juan), ello en todo caso lo es a título meramente complementario de las normas procesales contenidas en la ley nacional, sin que esta vía pueda erigirse en un medio para desvirtuar las directivas esenciales relativa a la prueba, que la ley nacional contiene. Los valores de seguridad y certeza a los que antes me refiriera, surgen nítidos del ejemplo, por cuanto la norma nacional, al tarifar ciertos medios de pruebas (resaltando la prueba documental consistente en recibos de impuestos o tasas que graven el inmueble, disminuyendo la eficacia probatoria de la testimonial, y exigiendo informe de Registro de Propiedad y plano de mensura) no hace más que fijar recaudos para asegurar la eficacia de tan relevante institución del derecho real como es la adquisición de inmuebles por prescripción veinteañal.

Y también aquí, basta imaginar un tratamiento legislativo sustancialmente diverso en material probatoria para dejar ver el absurdo. Así, tendríamos la situación paradójica de que, dentro del mismo País, para obtener el título supletorio de dominio de un inmueble por prescripción adquisitiva, en un territorio se deba cumplir con los estrictos recaudos probatorios que la ley nacional prevé a modo de tarifa legal, mientras que en otros baste para cumplir con tal finalidad, una simple información sumaria, en base a prueba testimonial, sin informe de Registro de Propiedad ni plano de mensura, dejando rienda libre a la sana crítica.

Entiendo que el ejemplo propuesto trasunta a las claras como se afectaría la seguridad e igualdad, y como tal diversidad legislativa en materia probatoria, impactaría de lleno en la eficacia misma de la institución regulada. Y así, a pesar de que la norma sustancial en materia de prescripción adquisitiva seguiría siendo uniforme y única para todo el país, la diversidad legislativa en materia procesal, haría que su aplicación práctica difiera enormemente según la regulación probatoria adoptada por el estado de que se trate, registrándose seguramente mayores casos de procesos arribados con éxito en donde la legislación procesal en materia probatoria sea más laxa, mediante la cual se podría seguir cometiendo abusos al amparo de procedimientos que, como las informaciones sumarias posesorias, resultan virtualmente unilaterales y exentos de verdaderas garantías para el Estado y para la sociedad toda.

En fin, otro ejemplo hipotético de inseguridad y desconcierto que sirve para mostrar la razonabilidad en la uniformidad en el tratamiento legislativo de la tasa legal, y que explica a su vez la necesidad de mantener la supremacía de la normativa de carácter nacional por sobre las normas provinciales.

7.- UN PROVISORIO Y EMBRIONARIO INTENTO DESCRIPTIVO DE TASA LEGAL EN

EL ORDENAMIENTO VIGENTE: DERECHO ADJETIVO Y DERECHO DE FONDO

Adquirida ya, (en base a las diferenciaciones desarrolladas en los puntos precedentes), una visión estricta del sistema de tasa legal, podríamos ensayar un provisional y temporario intento de descripción y taxomatización de las normas jurídicas que integran el sistema jurídico vigente, que implican, en menor o mayor medida, tarifa legal, aclarando que tal intento no pretende ser de modo alguno exhaustivo o acabado, por exceder notablemente el límite propuesto en este trabajo.

Es que, aunque no advertido de consuno, en la actualidad se conservan en múltiples casos de nuestro ordenamiento jurídico positivo, resabios de este sistema. Como bien lo explica Lino Palacio⁴⁷: *"La adhesión al sistema de la sana crítica no excluye la vigencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de diversas normas que responden al sistema de apreciación tasada"*.

Se podría hacer un estudio exhaustivo de todos ellos, pero esta labor requeriría una extensión superior al objeto de esta ponencia, puesto que mientras existen manifestaciones muy claras y sistematizadas de dicha tasación, a la par, hay otras que aparecen sumamente veladas, ello sin perjuicio de los casos cuya naturaleza viene siendo discutida por la doctrina.

Por cierto que tales normas, son susceptibles de ser agrupadas en función a distintos criterios de clasificación. Así, se podría realizar una clasificación en función de los distintos medios probatorios, independientemente de si provengan del derecho sustancial o formal, o por el contrario, se podría tomar en cuenta exclusivamente este último aspecto.

⁴⁷ Palacio, Lino Enrique (1977): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot, Tomo IV, ps. 415-416.

Bosquejando el método de trabajo, comenzaré por un somero repaso (meramente descriptivo y no pormenorizado) de algunas normas procesales que implican tarifa legal, para luego adentrarme a la legislación de fondo referida a materia probatoria, para finalizar con un paradigmático caso que, conforme lo explicaré en el último punto de esta ponencia, constituye el paroxismo de la tarifa legal, me refiero al *in dubio pro operario* en materia probatoria en el Derecho Laboral. Todo ello con total exclusión del ámbito del derecho penal.

7.1.- DERECHO PROCESAL

Así, y dejando de lado por ahora la legislación de fondo referida a materia probatoria, surge de los diferentes códigos procedimentales que adoptan este sistema de tarifa legal fundamentalmente para la confesión, documental, testimonial, presuncional y pericial, conforme seguidamente lo expondré.

Pero como lo señala Muñoz Sabaté, el sistema de tarifa es más fuerte en la prueba confesional y documental, en cuyos supuestos dicho autor habla de hipervaluación en la tarifa legal. Nos dice el profesor español: "*Parece como si el legislador no supera situarse en un término medio, con lo cual, aunque no lo diga, viene a establecer una especie de ordenación jerárquica de las pruebas, en cuyo cénit hallaremos casi siempre los documentos y la confesión y en su nadir los testigos y las presunciones*"⁴⁸.

Dicho ello, paso a describir los supuestos de tarifa legal en los distintos medios de prueba, a saber:

7.1.1.- DOCUMENTAL:

Respecto a la prueba documental, por estar regulada en su aspecto de tarifa legal en el derecho de fondo, diferiré su tratamiento para dicha oportunidad (infra, punto 7.2-).

7.1.2.- CONFESIONAL

⁴⁸ Muñoz Sabate, Luis (1983): *Técnica Probatoria*, Barcelona, Ed. Praxis S.A, p. 93.

En relación a los efectos y alcances de la confesión expresa, los códigos procesales la regulan, a diferencia del proceso penal, como prueba tasada, siendo tasado tanto el principio general, como también las excepciones al principio general.

Y la eficacia probatoria que asigna la tasa a la confesión expresa es, sin dudas, de carácter privilegiado, ya que, conforme a todos los códigos procesales del país, es, por sí misma, suficiente para tener por probados los hechos sobre los cuales recae. Prescribe el art. 423 del Código Procesal Civil de la Nación (análogo art. 386 Código Procesal San Juan): "*La confesión judicial expresa constituirá plena prueba, salvo cuando: 1º) Dicho medio de prueba estuviere excluido por la ley respecto de los hechos que constituyen el objeto del juicio, o incidiere sobre derechos que el confesante no puede renunciar o transigir válidamente. 2º) Recayere sobre hechos cuya investigación prohíba la ley. 3º) Se opusiere a la constancia de instrumentos fehacientes de fecha anterior, agregados al expediente*".

Como dije, las excepciones contempladas en los tres incisos de la norma transcripta se refieren también a tarifa legal. Solo en el supuesto contemplado por el inc. 3 (que contradiga a *instrumentos fehacientes* de fecha anterior a la confesión), la confesión pierde el carácter de prueba tasada que en principio reviste y debe ser apreciada de acuerdo con las reglas de la *sana crítica*.

Como se puede apreciar, acá los códigos procesales regulan la eficacia genérica de este medio probatorio, contribuyendo a darle un carácter y efecto distintivo y específico, como sucede con las presunciones, cuyo análisis obviaré en este trabajo. Pero si bien se mira, la tarifa se centraliza en asignar un determinado y preciso efecto procesal al medio en sí, con independencia del objeto de prueba o la materia de que trate. Lo medular es la regulación del medio probatorio en sí mismo, y la asignación de precisos efectos, a diferencia de la tasa legal con fuente en el derecho sustancial, en el cual, conforme lo mostraré infra, la tarifa se establece apuntando a un aspecto más sustancial, relacionando, desde los diversos matices que luego explicaré, medio probatorio con materia.

7.1.3.- PERICIAL

Sin desconocer que en todos los códigos procesales del país, la prueba pericial se sujeta al sistema de la apreciación libre (art. 477 del Código Procesal Civil de la Nación, análogo art. 439 Código Procesal San Juan), y sin que pierda tal condición en su etapa de apreciación, la misma constituye una manifestación de tarifa legal

cuando ostenta carácter necesario, por ser su práctica impuesta por la ley para acreditar determinada clase de hechos, como ocurre, para posibilitar la declaración de incapacidad o del cese de ella por insania o sordomudez (arts. 142, 150 y 155 Código Civil), en cuyo caso los códigos procesales establecen la obligatoriedad de su producción (vrg.: arts. 458 y 626 inciso 3 del Código Procesal Civil de la Nación, análogo arts. 421 y 606, Inciso 3 Código Procesal San Juan).

7.1.4.- TESTIMONIAL

Si bien la prueba testimonial fue desde antaño el tubo de ensayo del sistema de la sana crítica, puesto que fundamentalmente desde dicho medio de prueba se gestó, al punto tal que todos los códigos procesales contienen un artículo específico que subordina la apreciación de la prueba testimonial a las reglas de la sana crítica (v. gr., art. 456 Código Procesal de la Nación, análogo art. 419 Código Procesal San Juan) particularizando en este específico medio probatorio, el principio general sobre valoración de la prueba mediante sana crítica que contienen dichos cuerpos normativos procesales (v. gr., art. 386 Código Procesal de la Nación, análogo art. 349 Código Procesal San Juan), no obstante ello, se debe reconocer que también en este medio de prueba subsiste resabios de prueba tasada, fundamentalmente en cuanto los códigos procesales instituyen, por un lado, un tipo de inhabilidad genérica para ser propuesto y declarar como testigo, señalado un límite mínimo por razón de edad (catorce años, conforme la mayoría de los ordenamientos procesales del país), y por otro, una inhabilidad particularmente referida a ciertos grados de parentesco existentes entre los testigos y cualquiera de las partes, y que los códigos procesales tratan bajo el título de *testigos excluidos* (v. gr., art. 427 Código Procesal de la Nación, análogo art. 390 Código Procesal San Juan).

7.2.- DERECHO SUSTANCIAL

En principio resulta difícil adoptar un criterio clasificatorio nítido, dada la cantidad de normas de tal carácter existente en nuestro sistema jurídico vigente, y que se encuentran distribuidas por las distintas ramas del derecho que integran el sistema, y fundamentalmente atendiendo a la variedad y complejidad de factores o motivos adoptados para cada caso por el legislador nacional, por todo lo cual me contentaré en estas líneas, con una mera y sucinta descripción de algunas de tales normas.

No obstante ello, y siguiendo a Muñoz Sabaté, advierto que, así como algunas reglas de prueba legal tienden a valorar por encima de lo corriente los efectos de determinados instrumentos probatorios, otras reglas, en cambio, se hallan orientadas a restar plena eficacia al resultado de algunos otros instrumentos.

Se polarizan así unos supuestos de exaltación con otros de degradación, a los que dicho autor designa como hipervaluación e hipovaluación, respectivamente⁴⁹, y de los cuales pasaré revista a algunos casos a o ejemplificativo en el presente trabajo.

Por otra parte, advierto que son numerosas las normas provenientes desde el derecho sustancial que contienen tarifa legal y en general, a diferencia de la prevista en materia procesal, el denominador común de todas ellas, es la conexión entre medio o medios y materia o materias. Esto es: se prevé que tal o cual medio de prueba tiene más o menos eficacia probatoria (o directamente se lo excluye), pero en general, se lo hace respecto a determinada materia, a determinado acto jurídico que se erige como objeto probatorio. Es decir que, en general, siempre vinculando el o los medios, a la relación jurídica sustancial que se está regulando.

Pero ello es la regla y por tanto admite excepciones, fundamentalmente en lo relativo a la prueba documental, en cuyo caso el código civil regula su eficacia probatoria desde una óptica genérica, y no en relación a la materia regulada. Así, en relación a la fuerza probatoria de los documentos públicos, el código civil asigna, en forma de tasación, su valor probatorio consagrando la presunción de su autenticidad, hasta que sea argüido de falso, conforme lo normado por los art. 993, graduando luego, también tasadamente, su fuerza probatoria respecto de los hechos simplemente relatados por las partes al oficial público (cláusulas dispositivas), como asimismo sus cláusulas enunciativas (art. 994 y 995 Código Civil).

También el art. Art. 1035 del Código Civil, privilegiando el valor seguridad, y suponiendo que las partes pueden ponerse de acuerdo para hacer creer que extendieron un documento con una fecha que no es la verdadera (lo que implica genuina valoración por parte del legislador), declara que los instrumentos particulares no tienen por sí mismos fecha cierta o auténtica y por tanto determina que la fecha contenida en los instrumentos privados no es oponible a los terceros, salvo los supuestos enunciados en sus cuatro incisos del referido artículo 1035.

⁴⁹ Muñoz Sabate, Luis (1983): *Técnica Probatoria*, Barcelona, Ed. Praxis S.A., p.93.

Con tales aclaraciones, destaco que tanto el Código civil como el de comercio y leyes complementarias contienen disposiciones relativas a los medios de prueba admisibles con relación a diversas materias reguladas por dichos ordenamientos.

Así, en materia de contratos, y a pesar de la enumeración extensa de medios probatorios que contiene el art. 1190 del Cód. Civ., observamos distintas normas que, limitando los medios posibles, prescriben taxativa y específicamente, cual o cuales medios son admisibles para el caso o materia regulada, configurándose así todos los casos en que la ley, vedando de servirse de prueba cualquiera, impone la exigencia de específica y determinada prueba, y que se conoce en la doctrina civilista como forma *ad probationem*, y cuya naturaleza jurídica fue analizada supra, punto 4.-.

A su vez, y siempre que la forma haya sido exigida *ad probationem*, los art. 1191 y 1192 del Código Civil reconocen importantes excepciones. En efecto, si bien la primera de las normas citadas resta eficacia probatoria a los contratos que no revistan la forma especialmente determinada por las leyes a su respecto, a continuación establece las excepciones cuando: "*hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley, o que hubiese habido un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumentos privados, o que la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación, o falsedad de los instrumentos de donde constare, o cuando alguna de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato*", en cuyas hipótesis serán admisibles en principio, todos los medios de prueba. Finalmente, tal norma es complementada por el art. 1192 del Código Civil, que menciona dos casos de imposibilidad material de obtener la prueba exigida por la ley (depósito necesario y accidentes imprevistos) y conceptualiza al principio de prueba por escrito.

7.2.1.- NORMAS QUE SUPRIME O EXCLUYE MEDIOS DE PRUEBA

Por otro lado, en cuanto al tipo de norma tasada que directamente excluye determinado medio probatorio respecto a determinado acto o materia (objeto probatorio), tenemos el ejemplo paradigmático del art. 1193 del Código Civil que dispone que "*los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos*". Como se

puede apreciar, la prohibición expresa de la prueba de testigos se limita a los contratos que sobrepasen la cantidad legal que rige, por lo que, los menores a esa cantidad pueden probarse por testigos, sin perjuicio de reconocer lo irrisorio del tope legal en un sistema de permanente depreciación de la moneda ha alterado el sentido de la norma, haciendo que de excepción pase a ser la regla, en atención a que la cifra carece hoy de toda significación económica. Como lo explican Cárdenas, Kemelmajer de Carlucci, Lavalle Cobo y Smith⁵⁰: *"No se puede desconocer que el codificador estableció un sistema de libertad de formas en material contractual, al cual quedaba restringida - siguiendo la doctrina de la época - a los contratos de montos importantes, los cuales debían ser otorgados por escrito cuando tuvieran por objeto una cantidad superior a doscientos pesos. Con la posterior inflación, aun aquella cifra ha pasado a ser irrisoria, y por tanto, en la práctica serán insignificantes los contratos que no deban redactarse por escrito. De ahí también la enorme importancia de las excepciones contenidas en los art. 1191 y 1192. Ha de concluirse por tanto, que en la actualidad se ha invertido el significado que el artículo tenía para Velez: la regla general es que los contratos deben hacerse por escrito , como exigencia de forma ad probationem".*

Pero aunque el más conocido, el ejemplo dado en el párrafo que antecede, no es el único caso en que la ley sustancial excluye la admisibilidad de determinados medios de prueba, según ocurre con la declaración de testigos cuando el signatario de un documento dado en blanco impugna su contenido (art. 1017 Código Civil, que expresamente prescribe que "esta prueba no puede ser hecha con testigos").

7.2.2.- NORMAS QUE CONSAGRAN EXPRESAMENTE AMPLITUD PROBATORIA

Por otro lado, existen normas sustanciales que consagran expresamente una suerte de libertad o amplitud probatoria, como ocurre por ejemplo, con todas aquellas normas que disponen la amplitud probatoria en las acciones de estado relativas a la filiación (art. 253 Código Civil), lo cual debe considerarse extensivo para los casos

⁵⁰ Cárdenas Eduardo; Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lavalle Cobo, Jorge & Smith, Juan (1994): *Comentario al artículo 1193 del Código Civil* en Belluscio A. y Zannoni E. (Dir), Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, Ed. Astrea, Tomo V, p. 877.

de acción de reclamación de la filiación (sea matrimonial o extramatrimonial) (art. 254 Código Civil), sea en las de impugnación y negación de paternidad del marido (arts. 258 y 260 Código Civil, aunque con la aclaración que luego realizaré respecto del primero de los artículos), de la maternidad (art. 261 Código Civil) o del reconocimiento (art. 263 Código Civil).

También normas de similar naturaleza que consagran explícitamente el principio de libertad de pruebas, la observamos por ejemplo, en los supuestos de inexistencia de la donación (art. 1817 Código Civil, que utiliza la frase por demás elocuente: "Toda clase de prueba es admitida en tal caso"), la destrucción de la presunción de que todas las construcciones, plantaciones y obras en la superficie o en el interior de un terreno fueron hechas por el propietario y a él pertenecen (art. 2519 del Código Civil, el cual aclara que la prueba en contrario a tal presunción puede abarcar inclusive a la prueba testimonial).

Respecto a este grupo o categoría de normas hago la siguiente aclaración: si bien en principio, el concepto de pruebas tasadas que perfilara en este trabajo se vincula más bien con el señalamiento por la ley de los medios admisibles en los procesos, sea en forma taxativa o permitiendo la inclusión de otros, o prohibiendo determinado medio de prueba (como el ejemplo dado en el párrafo anterior relativo a la prueba testimonial), en oposición a la prueba libre, que implicaría el dejar a las partes en libertad absoluta para escoger los medios con que pretenden obtener la convicción del juez, respecto de los hechos del proceso, considero que en todos los casos en que el legislador fondal expresamente consagra la regla de libertad probatoria, se trata en esencia de prueba tasada y por tanto la incluyo en el presente trabajo.

En efecto, si bien se mira, en estos casos (que son pocos en comparación al universo regulado por el ordenamiento jurídico) el legislador se toma el trabajo de dejar asentado en la propia norma de fondo que está regulando, el principio de libertad probatoria, con lo cual claramente asume, valoración previa, que el hecho regulado presenta cierta dificultad probatoria y por ello quiere asegurarse que ninguna regulación procesal provincial limite tal libertad probatoria. Esta es la razón por la cual la ley de fondo consagra expresa e individualmente una regla que, como es la de libertad probatoria, rige de todos modos para todos los casos, justamente por ser una regla.

Y si bien por tal circunstancia, no necesita de consagración legal expresa por el legislador de fondo, si podría el legislador de forma, al menos hipotéticamente, en su legislación propia, limitar, encorsetar, o de alguna manera excluir determinado medio de prueba, cuando no existiese tal prohibición legal expresa desde el derecho de fondo. Y precisamente ello trasunta la sutil pero relevante diferencia entre ambos supuestos, esto es, de si hay o no consagración expresa en la norma individual de fondo del principio de libertad probatoria.

Y explica a su vez que lo catalogue dentro de la categoría de prueba tasada, puesto que en tal caso el legislador de fondo pretende asegurarse especialmente en que tal principio se cumpla y no sea tergiversado por el legislador de forma en su respectiva jurisdicción. Pretende en definitiva, una regulación procesal uniforme y que no exista divergencia, en los términos explicados en el punto 6.3.- de esta ponencia. Y ello es así, en virtud de que valoró que tal o cual hecho, presenta naturalmente una considerable dificultad probatoria y por ello, vía mensaje directo al legislador procesal plasmado en la propia norma de fondo, pretende su aseguramiento, a diferencia del resto de la materia regulada.

7.2.3.- NORMAS QUE PRECISAN LA PRODUCCIÓN DE MEDIO DE PRUEBA ESPECÍFICO Y DETERMINADO

En otros supuestos, el Código o sus leyes complementarias exigen concretamente un específico y determinado tipo de prueba.

Ejemplos de tales supuestos relacionados a prueba documental son, entre otros, los arts. 79 a 84 del Código Civil, relativa a la prueba del nacimiento, para lo cual se exige partida extraída del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, o bien la partida de bautismo de los libros parroquiales para los nacimientos anteriores a su funcionamiento (art. 80 CC) y demás supuestos contemplados en los artículos mencionados (hijos nacidos en alta mar, art. 81 CC., hijos nacionales nacidos en país extranjero, art. 82 CC, hijos extranjeros nacidos en el país de su nacionalidad, o en otro país extranjero, art. 83 CC, hijos de militares en campaña fuera de la República, art. 84 CC). Otro tanto cabe decir en relación a la prueba de la defunción de las personas, para lo cual el Código remite a la prueba exigida para cada caso, respecto del nacimiento (103 a 107 Código Civil).

En relación a la prueba pericial, constituyen ejemplos los art. 142 del Código Civil, (que exige el previo examen de facultativos - peritaje médico - como requisito de la declaración judicial de demencia y que fuera expuesto supra, al analizar las normas procesales); el art. 3095 del Código Civil, (según el cual en el supuesto de que si en el instrumento constitutivo de la servidumbre de recibir aguas se hubiese omitido algún punto importante debe procederse judicialmente con el informe de peritos); o el art. 3466 del mismo código (que también requiere la producción de prueba pericial a los efectos de la tasación de los bienes hereditarios).

7.2.4.- Y 7.2.5.- NORMAS QUE EXALTAN O REALZAN LA EFICACIA PROBATORIA DE CIERTOS MEDIOS Y SU CONTRACARA: NORMAS QUE LAS REBAJAN O DISMINUYEN PARA DETERMINADOS MEDIOS

En otros supuestos, finalmente, la ley sustancial, en un movimiento de valoración pendular, exaltan o degradan ciertos medios de prueba, en clara muestra de valoración previa en su faz positiva y negativa, respectivamente. En efecto, en ciertas hipótesis que luego enunciaré, la norma de fondo enaltece o destaca un medio de prueba, casi recomendando su producción, aunque sin otorgarle el carácter de insustituible. Y por otro lado, en el otro extremo, tenemos la norma sustancial que limita a cierto medio de prueba, aunque sin excluirlos.

Ejemplo del primer supuesto lo constituye, en el proceso de adquisición del dominio por usucapión, el art. 1º del decreto-ley 5756/58 que dispone, en su inc. c), párrafo segundo, que : "*será especialmente considerado el pago, por parte del poseedor, de impuestos o tasas que graven el inmueble, aunque los recibos no figuren a nombre de quien invoca la posesión*".

La norma transcripta considera a dicho pago como un simple medio demostrativo del *animus domini*, susceptible, por una parte, de complementar otros medios de prueba, por lo que, como explicara en el párrafo que antecede, no reviste carácter de prueba insustituible. En tal sentido cita Palacio⁵¹: "*La circunstancia de que la ley establezca que será especialmente considerado el pago por parte del poseedor de impuestos o tasas que gravan al inmueble, no impide declarar operada la usucapión,*

⁵¹ Palacio, Lino Enrique (1977): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot, Tomo VI, p. 321.

aun faltando la demostración de ese extremo, si la restante prueba es terminantemente asertiva (SCBA, Ac. y Sent., 972-II, pág. 322; 973-II, pág. 384).

En relación al segundo supuesto caracterizado por la limitación que sufre determinado medio probatorio, ello acontece con la confesión en los juicios de separación personal o divorcio vincular, puesto que el art. 232 del Código Civil prescribe que en tales tipos de procesos "*no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos*", limitando dicha frase la admisión de tales medios, e imponiendo en consecuencia, la necesidad de la corroboración a través de la producción de otros medios de prueba.

Pero tal vez el más claro ejemplo de limitación de medio probatorio, lo proporcione una vez más, el proceso de adquisición del dominio por usucapión, el que, ofreciendo otra peculiaridad en materia probatoria, dispone que "*se admitirá toda clase de pruebas, pero el fallo no podrá basarse exclusivamente en la testimonial*" (art. 1º del decreto-ley 5756/58 , inc. c, párrafo primero). La norma transcripta, si bien no importa lisa y llanamente la exclusión o prohibición de la prueba testimonial, revela su relegamiento por el legislador, a un rol secundario, puesto que la norma en análisis requiere que aquélla resulte corroborada por otros medios de prueba idóneos para engendrar la convicción judicial acerca de los caracteres de la posesión invocada por el actor.

Ello revela la previa valoración realizada por el legislador, quien claramente (y justificadamente si se tiene en cuenta los abusos cometidos al amparo de las informaciones sumarias posesorias) muestra su desconfianza en dicho medio de prueba, por lo que expresamente ha consagrado legislativamente que los testimonios sean complementados y corroborados por elementos de juicio objetivos e independientes., de tal forma de que la sentencia encuentre sustento en algo más que en la memoria de testigos. Una aguda explicación de este particular fenómeno puede encontrarse en la obra específica relativa al tema de Mario Morello⁵².

Si bien se mira, ambas hipótesis difieren de los supuestos analizados en los párrafos que anteceden puesto que, en el primer caso, si bien el medio es sobre valorado (o valorado positivamente), no es exigido específica y necesariamente, al punto de

⁵² Morello, Mario Augusto (1960): *El proceso de usucapión: Ley 14159 y Decreto Ley 5756/58*, Ed. Abeledo Perrot, p. 55.

otorgarle el carácter de insustituible, como los casos vistos supra, en que la ley de fondo exige concretamente un específico y determinado tipo de prueba.

En el segundo supuesto, si bien se limitan ciertos medios de prueba, se diferencia de la hipótesis dada supra, puesto que tal restricción no implica prohibición o exclusión.

7.2.6.- NORMA QUE CONTIENE TARIFA DE MODO GENÉRICO Y ABARCATIVO: EL *IN*

DUBIO PRO OPERARIO EN MATERIAL PROBATORIA EN EL DERECHO LABORAL

Para finalizar con la presente ponencia, y cumpliendo con el método propuesto, me adentraré a un particularísimo supuesto de prueba tasada que, si bien acotado al campo del derecho procesal laboral, constituye una verdadera curiosidad sistémica, un caso *sui géneris* de prueba tasada que, a diferencia de todos los casos corrientes o usuales de prueba tasada que contiene la legislación vigente hasta aquí analizados, caracterizados por su carácter relativo, es por el contrario abarcativo o genérico.

Me refiero al principio protectorio en materia de hecho y prueba, que fuera incorporado la ley 26.428 al art. 9 de la LCT, y que quedara redactado de la siguiente manera: “*En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. “Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”* (el subrayado me pertenece).

Conforme la sistematización practicada supra, en la mayoría de los casos de tarifa legal, existe una conexión entre medio o medios y materia o materias. Y así, algunas reglas de prueba tasada tienden a valorar por encima de lo corriente los efectos de determinados instrumentos probatorios, otras, a restar plena eficacia al resultado de algunos otros instrumentos, o directamente excluye determinado medio probatorio respecto a determinado acto o materia, o consagran expresamente una suerte de libertad o amplitud probatoria o, por el contrario, exigen concretamente un específico y determinado tipo de prueba, e inclusive, están las que enaltecen o las que limitan medios de prueba.

Pero en definitiva, en los casos corrientes de tarifa legal, siempre se particularizan los supuestos aprendidos, ya sea individualizando los medios de pruebas, o limitando sus efectos a la específica materia regulada. El común denominador es entonces el alcance relativo en todos los casos de tarifa legal.

Y al contrario, la tarifa que contiene la regla prevista por el último párrafo del art. 9 de la LCT, es de carácter genérico, y potencialmente abarcativo de todo tipo de medio de prueba, en tanto se configure la duda en el juzgador.

Una suerte de comodín que, sea cual fuere el material probatorio que se haya producido en un proceso, jugará siempre a favor del trabajador en tanto se cumpla su requisito condicionante: la duda en el juzgador, cuyo análisis pormenorizado por cierto excede el objeto de la presente ponencia.

Basta aquí con su mera presentación, dentro de la clasificación de prueba tasada ensayada en este trabajo, y su distingo con los casos usuales o frecuentes de tarifa legal.