

MÓDULO 2: LA PRUEBA Y LOS MEDIOS DE PRUEBA

6.1. Prueba (Págs. 221 a 227, Tomo I)

6.1.1 Concepto

La noción de prueba no es privativa del Derecho Procesal, sino que campea en casi todas las ramas del derecho. De este modo, la palabra prueba es usada tanto por el Derecho de fondo, como por el Derecho de forma.

La palabra prueba,¹ como la mayoría de las palabras del lenguaje y entre ellas las palabras técnicas del Derecho, presenta una noción difusa. Ello se atribuye a las diferencias en cuanto al alcance de la prueba, a los diferentes momentos en que la misma es considerada (no son lo mismo los elementos de convicción que se necesitan para iniciar un proceso que los que se necesitan para dictar una sentencia) y a la estructura abierta del lenguaje.

Carnelutti, ya había enseñado que “la palabra prueba, como tantas del lenguaje jurídico, no tiene un solo significado; se llama prueba no sólo al objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino también el conocimiento que este hecho proporciona”.

A su turno, Guasp sentencia: “las simples alegaciones procesales no bastan para proporcionar al órgano jurisdiccional el instrumento que éste necesita para la emisión del fallo. El juez, al sentenciar, tiene que contar con datos lógicos que le inspiren el sentido de su decisión, pero no con cualquier clase de datos de este carácter, sino sólo con aquellos que sean o, por lo menos, le parezcan convincentes, respecto a su exactitud y certeza. Tiene que haber, pues una actividad complementaria de la puramente alegatoria, dirigida a proporcionar tal conocimiento, actividad que, junto con la anterior, integra la instrucción del proceso, se denomina prueba”.

En una acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.⁴

También podemos afirmar que en un sentido general y objetivo la prueba judicial es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los “hechos”, los “objetos” y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de

¹ Conf. Alvarado Velloso, Adolfo “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, primera parte, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 30 y 31. “...existe en la actualidad un vocabulario jurídico multívoco que conduce inexorablemente al equivoco, toda vez que a una misma e idéntica palabra se le asignan generalizadamente diversos significados y, a la inversa, se utilizan varias palabras con raíces diferentes para denominar a un mismo e idéntico fenómeno jurídico. (...) La base mínima de todo conocimiento científico: mantener un lenguaje universal unívoco para que sea inequívoco.”

² Carnelutti, Instituciones, t. I, p. 257.

³ Guasp, Derecho Procesal Civil, p. 344.

⁴ Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, p.215.

terceros, la confesión, esto es, la totalidad de los medios que puedan servir de conducto para formar el conocimiento por el juez de la cuestión planteada en cada proceso.

Desde un punto de vista subjetivo y teleológico, se considera a la prueba por su resultado. Se analiza como la convicción que, con ella, se produce en la mente del juez, en referencia a la realidad o verdad de los hechos plasmados en el litigio, bien sea respecto de cada medio en particular o por el conjunto de los aportados al proceso.

Bajo esta tesitura el maestro Couture apunta que, desde el punto de vista de las partes, la prueba es, además, una forma de crear la convicción del magistrado⁵.

Desde un punto rigurosamente procesal podemos decir que prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el

convencimiento o la certeza sobre los hechos.

⁶Para Falcón “la prueba es la demostración en juicio de la ocurrencia de un suceso”.

En ajustada síntesis decimos que, probar es la actividad que deberán realizar las partes (actor y demandado) a fin de aportar al proceso los motivos, razones que sustentan sus respectivas pretensiones. En esa faena los sujetos procesales utilizarán los medios que la ley establece, con ellos señalaremos en líneas más abajo a los mecanismos o vías procesales señaladas para la producción de la prueba.

El Objeto de Prueba. (Págs. 227 a 234, T. I)

Objeto de Prueba es todo lo que puede ser probado, en cuanto puede ser reconstruido históricamente en el proceso y abarca los hechos pasados, presentes y futuros, noción de pura objetividad y abstracta que se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual, no limitada por las pretensiones de las partes.⁸

En general puede decirse que objeto de prueba judicial puede ser todo aquello que, siendo de interés para el proceso, puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógica (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico), es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos

presentes, pasados o futuros y lo que puede asimilarse a estos (costumbre y ley extranjera).

Expresa Alsina que “objeto de prueba son los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende”, ampliando Palacio tal concepto al expresar que “son los hechos controvertidos y conducentes a la decisión de la causa, afirmados por los litigantes”. De tal modo, el último autor citado sostiene que es posible inferir que el objeto de prueba: está constituido por hechos externos o internos que pueden ser objeto de conocimiento; que deben ser susceptibles de percepción por los sentidos o deducción por la razón, cualquiera sea su naturaleza (física, psíquica, o mixta), hallarse controvertidos por las partes y afirmados por ellas y ser hechos que conduzcan (pertinencia y utilidad) al esclarecimiento de la cuestión controvertida.

La noción se complementa con el tema de la prueba en concreto, es decir, con aquello que es necesario probar en cada proceso según las afirmaciones de cada una de las partes involucradas,

⁵ Ibidem, p.218.

⁶ Devis Echandía, Hernando, “Teoría General de la prueba judicial”, p. 34, Zavalia, Buenos Aires, 1970.

⁷ Falcón, Enrique, M, ob. cit. p.535.

⁸ Devis Echandía, Hernando, Compendio de la prueba judicial, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 1984, p. 89.

⁹ Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, T.1, Zavalia, Buenos Aires, 1970, p.155.

que no es otra cosa que el presupuesto fáctico de los hechos invocados por las partes, que en el proceso civil surge de la demanda y la contestación.¹⁰

En conclusión, por objeto de prueba entendemos aquello sobre lo que puede o debe recaer la prueba, estos es, los hechos que sirven de base a las pretensiones de los sujetos procesales. El objeto de prueba responde a la pregunta que se prueba o que debe probarse en juicio.

Principios: favor probationes y preclusión. (Págs. 241 a 244, TI)

Diversos autores han señalado principios que regulan a la prueba judicial, nosotros haremos referencia a dos concretamente:

El principio del favor probationes supone que en casos de dudas o dificultades probatorias deberá estarse a favor de la admisibilidad, conducencia o eficacia de la prueba.

Se ha afirmado que dicho principio tiene base en la regla de la libertad probatoria, que entronca en las reglas constitucionales de inviolabilidad de la defensa en juicio y de igualdad de las partes en el proceso. Asimismo, por su aplicación, debe invertirse la carga de la prueba impuesta tradicionalmente, conforme las reglas clásicas. Este cambio en las reglas clásicas, tiene fundamento también en el deber de colaboración y solidaridad.

Entonces, bajo el tópico en estudio se comprende una amplia gama de situaciones, como por ejemplo hechos antiguos, que serían aquellos que se han registrado remotamente, incluso más allá de la vida humana; también en el caso de hechos ilícitos (simulación, por caso) y de hechos íntimos sexuales. En todos estos casos, como afirma Peyrano, el favor probationes se manifiesta como la valoración positiva de inferencias presuntivas o indicativas.

Respecto al principio de preclusión de la prueba, se relaciona con los principios impuestos sobre la carga de ésta y la imposición legal de los plazos fatales para su ofrecimiento y producción.

La ley procesal impone a las partes interesadas el deber de urgir la prueba que haga a su derecho suministrándola en el plazo pertinente.

La regla de la preclusión significa para actor o demandado la pérdida de la oportunidad para ejecutar un acto probatorio. Recordemos que no es más que la aplicación del principio procesal de preclusión al campo probatorio.

6.2- PROCEDIMIENTO PROBATORIO: Momentos. (Págs. 244 a 253, TI)

Corresponde ahora dar respuesta a la pregunta: ¿y cómo se prueba?

Se trata, básicamente, de saber cuáles son las formas a respetar para ingresar o incorporar al proceso, prueba que se considere válida limitándonos, por el objeto de estudio de la materia, al aspecto general constituido por el conjunto de formas y reglas que son comunes a todos los medios de prueba, es decir, lo relativo al ofrecimiento de la prueba, oportunidad para solicitarla y recibirla y a su valoración posterior.

Así, dentro de ese aspecto general referido, se pueden distinguir dos momentos o etapas fundamentales:

Introdutivo o práctico, que comprende los actos cumplidos por todos los sujetos del proceso, que persiguen el ingreso definitivo en él de todos los elementos probatorios, etapa que se integra por:

- El ofrecimiento de la prueba: consiste en un anuncio de carácter formal, realizado por las partes en el escrito pertinente, no existiendo para ello fórmula sacramental alguna, siendo suficiente que

¹⁰ Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1973, Pág.223.

del escrito surja claramente el ánimo de ofrecer al juez la proposición de medios de prueba de donde, posiblemente, han de surgir los elementos de convicción que tiendan a acreditar o desacreditar los hechos que se invocan.

- Recepción de la prueba: A las partes les incumbe la elección de los medios de prueba de los que han de valerse en el proceso; al juez, en cambio, le incumbe admitir o no admitir los medios de prueba por ellas ofrecidos.

La admisión es el acto procesal por el cual el juez accede a que un medio de prueba determinado ingrese al proceso como posible elemento de convicción, ordenando agregarlo o practicarlo según el caso.

A los fines de la admisión de las pruebas, el juez se limita a ejercer un control solamente formal de la prueba ofrecida por las partes, que se circunscribe a la oportunidad del ofrecimiento (es decir, que haya sido ofrecida en término, conforme a la legislación procesal. Ej., rechazará la prueba testimonial que no haya sido ofrecida dentro de los diez primeros días del término de prueba, si se trata de un juicio ordinario) y a la observancia de los requisitos formales exigidos por la ley para cada medio de prueba, a los fines de su introducción en el proceso, por ejemplo, que se hayan determinado los puntos de pericia junto con el ofrecimiento de ese medio de prueba (Art. 260 CPCCBA.)

Esto es, en materia civil el juez no puede rechazar la prueba por considerarla impertinente o irrelevante y en consecuencia “únicamente en la sentencia podrá el Tribunal pronunciarse sobre la pertinencia de los hechos alegados o de la prueba solicitada”, según lo preceptúa el Art. 199 CPCCba. El mismo artículo, en su segunda parte, aclara que en ningún caso el tribunal negará la apertura a prueba ni el despacho de diligencias probatorias, salvo que estuviesen prohibidas por la ley (Ej. Art. 309 del CPCCba., que contiene limitaciones sobre testigos parientes), fueren manifiestamente inadmisibles (por ej., no ofrecer prueba junto con la demanda en el juicio abreviado y pretender hacerlo después) o imposibles de producir (se ofrece la declaración testimonial de una persona fallecida).

Finalmente, el Tribunal dictará un decreto o proveído admitiendo la prueba, si se cumplen las condiciones analizadas o rechazándola en su caso y en el cual fijará las audiencias a los fines de recepcionar las declaraciones testimoniales ofrecidas, la absolución de posiciones, el sorteo de peritos, ordenará librar los oficios requeridos, etc.

En contraposición a este sistema que impera en la legislación provincial de Córdoba y que podríamos tipificar como de “libertad probatoria”, en el procedimiento nacional y en lo que a la admisión se refiere, rige un sistema de precalificación discrecional de prueba, en tanto y en cuanto el juez ante su ofrecimiento, puede rechazar aquella que considere “manifiestamente improcedente, superflua o meramente dilatoria” (Art. 364 segunda parte CPCN)

- Diligenciamiento de la prueba: Una vez ofrecida la prueba, y admitida por el tribunal, se inicia este momento. El diligenciamiento de una prueba, consiste en el conjunto de actos procesales que es necesario cumplir para introducir a la causa los distintos elementos de prueba que tiendan a acreditar la veracidad o falta de veracidad de las afirmaciones de hechos que interesa a un proceso.

Comprende este momento, la actividad que realizan todos los sujetos del proceso a los fines de producir la prueba ofrecida, como la confección de las cédulas de notificación para la comunicación a las partes y para la citación de los testigos, la confección de los oficios en la prueba informática, el sorteo de los peritos, etc.

- Introducción definitiva: Finalmente, ocurre cuando la prueba oportunamente ofrecida, admitida y diligenciada, se agrega, se incorpora a la causa, por ejemplo, la declaración del testigo, el dictamen pericial y de esta manera el elemento probatorio queda incorporado al proceso.

Es en este momento cuando, en forma indiscutible, opera el principio procesal de gran trascendencia, el de adquisición o comunidad de la prueba, en virtud del cual la misma no pertenece a quien la aporta y una vez introducida legalmente al proceso, debe tenerse en cuenta

para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la propuso o de la parte contraria, que bien puede invocarla.

- Momento Valorativo, que constituye el segundo momento del procedimiento probatorio, de carácter eminentemente intelectual y a su vez se manifiesta en dos momentos consecutivos y precisos:

El primero, que corresponde a las partes: esta valoración se materializa en los alegatos, como paso anterior al momento decisorio. En éstos las partes hacen mérito de la prueba rendida valiéndose, para ello, de argumentaciones favorables a sus pretensiones o defensas, con la finalidad de convencer al tribunal y obtener finalmente una decisión que satisfaga sus intereses. Dicha valoración consiste no sólo en destacar el éxito de su resultado probatorio, sino también la deficiencia o ineficacia de la prueba de al contraria.

El segundo momento, consiste en la intervención del juez o tribunal, que está limitada a la recepción de los alegatos y una vez agregados al expediente, queda la causa en estado de dictar sentencia; correspondiendo ahora al juez analizar los elementos de convicción incorporados al proceso, para fundar su decisión, conforme al último paso o momento del procedimiento que es la valoración de la prueba.

6.1.2. Carga de la prueba. (Págs. 253 a 256, T I)

Este punto responde a la pregunta: ¿quién debe probar? Se trata de determinar cuál de los sujetos que actúan en el proceso debe producir la prueba materia del debate, o sea, la distribución del onus probando.

En el proceso civil, eminentemente dispositivo, son reglas para que las partes produzcan la prueba de los hechos, con la finalidad de demostrar la verdad de sus respectivas proposiciones. Carga de la prueba significa entonces, una conducta impuesta a uno o a ambos litigantes para que acrediten la verdad de los hechos por ellos alegados.

La carga de la prueba (onus probando) constituye pues, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés, una circunstancia de riesgo; quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, no es pasible de sanción alguna, quedando expuesto a la perspectiva de una sentencia desfavorable.

En otro aspecto, también es una regla para el juzgador o regla de juicio, en cuanto implica cómo debe resolver cuando no existe la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión. La ley procesal debe distinguir anticipadamente entre las partes la fatiga probatoria, determinando las circunstancias que el actor y el demandado deben acreditar, según las proposiciones formuladas por ellos en el juicio.

Concepción clásica

Las reglas sobre la carga de la prueba son aquellas que tienen por objeto determinar cómo debe distribuirse, entre las partes, la actividad consistente en probar los hechos controvertidos que son materia de litigio. Mantiene aún su vigencia, con algunas modificaciones, aunque existen situaciones complejas, donde el problema de determinar quién debe probar resulta de muy difícil solución. Trataremos de establecer, en síntesis, las cargas o responsabilidades de cada uno para lograr zanjar dicha dificultad.

Generalmente, se puede analizar la existencia de tres clases de hechos: los constitutivos, los impeditivos y los extintivos, que funcionan de la siguiente manera en el tema que nos ocupa:

Al actor le incumbe la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, atribuyéndosele el carácter constitutivo al hecho específico del que surge, en forma inmediata, el efecto jurídico pretendido. Así por ej., en un contrato de compra venta, el actor deberá probar la existencia de

dicho contrato, como asimismo, las demás circunstancias que lo tipifican, por ej.: cosa vendida, precio, etc.

En cuanto a los hechos impeditivos, como regla le corresponde su prueba al demandado.

Siguiendo el ejemplo anterior, podemos decir que son hechos impeditivos la existencia de un vicio en el consentimiento o la incapacidad de los contratantes, correspondiendo la prueba de su existencia a quien los invoca como fundamento de su defensa.

De la misma manera, corresponderá al demandado probar la existencia de los hechos extintivos que, en relación al supuesto citado, será, por ej: el pago del precio o cualquier otro medio extintivo de las obligaciones (Art. 724 del C. Civil).

Si bien generalmente estos hechos deben ser probados por el demandado, existen supuestos en que los hechos impeditivos y extintivos deberán ser probados por el actor, cuando constituyeren el fundamento de su pretensión, pues existen situaciones en las que un hecho impeditivo o extintivo funda una demanda; en tal caso, el actor deberá probar el hecho que impidió la constitución de una relación jurídica o que la extinguió, como sucede cuando se solicita la nulidad de un acto jurídico, correspondiéndole al actor la prueba del error, dolo, violencia o cualquier vicio de la voluntad en que funda la demanda.

Como consecuencia de lo expresado, podemos concluir que, tal como lo sostiene la doctrina, cada parte soportará la carga de la prueba respecto de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende (Palacio).

La legislación procesal civil de la provincia de Córdoba (ley 8465) no incluye normas generales que fijen pautas de distribución de la responsabilidad probatoria, con excepción del Art. 548 C.P.C.Cba., referido al juicio ejecutivo: corresponderá al demandado la prueba de los hechos en que funde las excepciones. En cambio, el Art. 377 del C.P.C.N. expresa que “cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

6.3 SISTEMAS DE VALORACIÓN: (Págs. 248 a 253, T I)

En doctrina clásica, se han destacado tres sistemas de valoración de la prueba: el de la Tarifa legal o prueba legal; el de la íntima convicción y el de la sana crítica racional o libre convicción. Sistema de Prueba o tarifa legal: Consiste en que el valor de la prueba está predeterminado por la ley; es ésta la que le señala por anticipado al juez, el grado de eficacia que debe atribuirle a determinado elemento probatorio; por lo tanto el juzgador se encuentra obligado a valorar las pruebas de acuerdo a los extremos o pautas predeterminadas por el legislador en la norma jurídica.

Ha sido prácticamente abandonado por las legislaciones modernas, aunque existen aún algunos resabios, como es el caso del Art. 236 de nuestro C.P.C.Cba), que textualmente expresa que “la confesión judicial hace plena prueba contra el absolvente...”.

Sistema de libre apreciación: Es la antítesis del anterior e implica el otorgamiento de facultades discrecionales al juzgador, quien aprecia la prueba libremente, sin estar atado a criterios legalmente preestablecidos.

El juez para obtener la íntima convicción se vale de los sentimientos, de las intuiciones, de las impresiones, o de otros estados emocionales, de sus conocimientos personales, además de los razonamientos lógicos y de la experiencia.

Sana crítica racional: El juez valora la prueba sin sujeción a criterios legalmente establecidos, pero, a diferencia del anterior, sin la interferencia de factores emocionales, debiendo fundamentar su decisión.

Como señala Couture, las reglas de la sana crítica racional son “las reglas del correcto entendimiento humano”. La sana crítica es la unión de la lógica, la experiencia y la psicología. En cuanto a la primera, y refiriéndonos a la lógica formal, juega un papel trascendental, a través de los principios lógicos supremos que actúan como controles racionales en la decisión judicial y que conforme a la concepción clásica son:

Principio de identidad: cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto-predicado, el juicio es necesariamente verdadero.

Principio de contradicción: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser verdaderos.

Principio de tercero excluido: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser falsos (uno de ellos es verdadero y ningún otro es posible).

Principio de razón suficiente: todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita tener una razón suficiente que justifique, lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad.

6.4. TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS (Págs. 256 a 258).

Modernamente, se ha ido desarrollando en la doctrina y jurisprudencia, un movimiento de cambio que tiende a atenuar en el proceso civil su marcado perfil dispositivo, por otro de tipo publicístico o inquisitivo que otorga al juez un rol más activo o protagónico en el proceso.

Se hace necesario, como consecuencia de ello, adaptar las tradicionales reglas de distribución de la carga probatoria que expresáramos precedentemente, a las necesidades que impone esta nueva tendencia. De esta manera surge lo que se ha dado en llamar “teoría de la carga probatoria dinámica”, cuya regla de distribución, básicamente, puede ser expresada de la siguiente manera: “la carga de acreditar determinado hecho, debe recaer sobre el litigante que se encuentre en mejores condiciones de producirla”. Es decir, se atenúa el rigorismo de los principios llamados clásicos y encuentra su máxima expresión en aquellos supuestos donde la prueba, o parte de ella, resulta inaccesible a una de las partes, supongamos al actor, (por ej., los casos de mala praxis médica, simulación, etc.) En estos casos, se impone la carga probatoria, a quien se encuentre en mejores condiciones de probar; todo ello en virtud de los principios de la lógica, justicia e igualdad de partes ante la ley y solidaridad.

Además, es necesario que concorra otra circunstancia determinante: que la parte se encuentre en reales posibilidades de probar, ya que de lo contrario, atribuir responsabilidad de prueba a quien no tiene esa posibilidad, carecería de todo sentido.

Adviértase también, que no debe confundirse este sistema con el de la inversión de la carga de la prueba, aunque presenta ciertas similitudes. En el último de los nombrados, esa inversión proviene de la ley (Art. 39 del C.P.Laboral de Cba. –Ley Prov. N° 7987-, Art. 509 Inc. 2 C.P.C.Cba.), pero en el sistema de la reformulación, se trata de un sistema que, circunstancialmente, permite que esa responsabilidad probatoria sea atribuida a una u otra parte, tal como ya hemos señalado.

Sin discutir la justicia del sistema, el problema se presenta porque en la actualidad no existen en nuestra legislación procesal, normas precisas que den seguridad jurídica al justiciable en este sentido y que determinen cómo y cuándo el juzgador ha de atribuir esa responsabilidad probatoria a una de las partes en un caso concreto.

7.1- PRUEBA CONFESIONAL (Págs. 268 a 295, T I)

7.1.1- Concepto. Caracteres. Elementos de la confesión. Capacidad. Objeto de la confesión. Absolución de posiciones.

La confesión ha sido considerada en todos los tiempos como la prueba más completa, suficiente por sí sola para tener por acreditados los hechos sin requerir otros elementos de juicio. Por eso se la proclamaba regina probationum.

El Código procesal de la provincia de Córdoba también la considera como la prueba más completa en materia civil pues establece que sólo en el caso que se presenten hechos controvertidos o sobre los cuales no haya conformidad de partes, se recibirá la causa a prueba, lo que significa que si el demandado, al contestar la demanda, reconoce los hechos afirmados por el actor, el juez debe prescindir de la prueba para dictar sentencia. No es más que la aplicación de la conocida frase “a confesión de parte relevo de prueba”.

La confesión debe ser suministrada con “animus confidens” al decir de Alsina. Éste configura el elemento intencional del medio de prueba en estudio, es decir, con la conciencia que se reconoce una circunstancia adversa. Implica el conocimiento acabado que tiene la parte de que el acto puede resultarle perjudicial.

Podemos definir a la prueba confesional diciendo que es una declaración de voluntad y de ciencia efectuada por una de las partes en el juicio respecto de los hechos pasados, que sean de su actuación personal, desfavorables para el confesante, beneficiosos para la contraria y susceptibles de producir consecuencias jurídicas.

Cuando el testimonio emana de un tercero estamos en presencia del testigo, si proviene de una de las partes en el proceso tenemos la prueba confesional. En ambos casos la prueba consiste en una declaración, pero mientras el testigo depone sobre hechos ajenos que han caído bajo el dominio de sus sentidos, el confesante lo hace respecto de hechos ejecutados por el mismo o de los cuales tiene conocimiento.

De la confesión se ha dado un triple fundamento jurídico, ya que por el solo hecho de la confesión la ley obliga al juez a tener por cierto el hecho confesado, vale decir que su eficacia deriva de una disposición de la ley; también se habla de un fundamento lógico, por que siendo más los que dicen la verdad que los que le faltan a ella, debe admitirse que el hecho confesado es cierto. Por último, desde el punto de vista psicológico, ya que nadie reconoce una situación que les desfavorable siendo cuando es la expresión de la verdad.

Elementos.

La confesión es un acto procesal y se presenta como una manifestación de voluntad de una de las partes, cuyos efectos se proyectan en el proceso. Por eso la confesión presenta los mismos elementos que los actos procesales. Así podemos hablar de elementos subjetivo y otro objetivo. El primero tiene en cuenta la persona que puede prestar la confesión, en tanto que el segundo tiene en cuenta la materia sobre la que versa la confesión y por último las circunstancias de modo tiempo y lugar establecidas por la ley procesal.

Seguidamente analizaremos cada uno de los elementos mencionados:

Elemento subjetivo. La confesión debe ser suministrada por las partes titulares de las pretensiones deducidas en juicio, es decir, son los sujetos de esta prueba, actor y demandado. A su vez, debemos aclarar que la confesión como acto voluntario debe ser prestada con discernimiento, intención y libertad. Además debe ser otorgada por un sujeto que tenga capacidad procesal. En este sentido, recordemos, son de aplicación las normas del derecho sustancial que

regulan la capacidad civil. Así podemos afirmar como regla que todas las personas son capaces para disponer y consecuentemente para confesar. Carecen de esta capacidad los incapaces absolutos (las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse por entender por escrito). Podrán confesar sus representantes, padres, tutores y curadores, con los límites impuestos al ejercicio de la patria potestad, tutela y curatela.

Los menores adultos en principio carecen de capacidad para confesar en su representación, lo harán los padres o tutores en los límites impuestos por la ley. Sin embargo, los menores adultos pueden confesar cuando se trata de un negocio jurídico para el cual hayan sido autorizados expresamente por sus padres, o sobre lo que hayan sido objeto de venia judicial. También podrán efectuar por sí el reconocimiento de hechos de carácter personalísimo, por ejemplo el reconocimiento de un hijo.

El penado carece de capacidad procesal para confesar hechos relacionados a su patrimonio, pero tiene capacidad para los que sean atinentes a las acciones personalísimas (Art. 12 Código Penal). Los concursados o fallidos también carecen de capacidad procesal para confesar cuando se trate de los bienes comprometidos en el concurso o la quiebra. (Art. 110 ley 24.522).

Habíamos anticipado anteriormente que la confesión, es prestada con animus confidente, al que la doctrina le asigna diferentes alcances. Alsina afirma que el animus no es otra cosa que la conciencia o conocimiento cabal que tiene quien declara, que mediante la confesión se suministra una prueba a la contraria. Bajo esta postura la clara conciencia y el conocimiento de que con ello se le confiere prueba al adversario hace a la esencia de la prueba. En tanto que otros juristas sostienen que para la validez de la confesión, solo se requiere que sea prestada libremente y que el confesante tenga capacidad, esto es, que sea un acto conciente en condiciones de saber lo que se hace, tal como se exige para cualquier acto jurídico procesal.

El Dr Arbones señala que la prueba de confesión es una prueba bifronte, ya que confiesa primero el proponente pues afirma la existencia de un hecho y después el absolvente aunque éste lo negare, esto es, confiesan ambas partes.

Respecto al elemento objetivo o material podemos decir que la confesión debe caer sobre hechos que fundamenten las pretensiones de las partes. Esos hechos deben ser pasados y de la actuación personal del confesante, adquiridos por la percepción o bien que formen parte de la esfera de su conocimiento personal. En este último caso la declaración versará no sobre la existencia del hecho sino sobre el conocimiento personal. En este último caso la declaración versará no sobre la existencia del hecho sino sobre el conocimiento que de él tiene el declarante.

Los hechos materia de confesión deben reunir los siguientes caracteres:

- Controvertidos
- Desfavorables
- Verosímiles
- Lícitos.

Decimos desfavorables al confesante y favorables a quien los invoca porque si fueran favorables a un tercero el que exige la confesión no se beneficiaría con ella y menos si fueran favorables al propio confesante. Los hechos deben ser verosímiles, es decir, no contrarios a las leyes de la naturaleza o al norma desenvolvimiento de las cosas.

Los hechos además, deberán ser lícitos porque la confesión de hechos reprobados por la ley o cuando ella fuere prohibida respecto de ciertos hechos, no produce efectos jurídicos.

Clases.

La prueba de confesión puede clasificarse atendiendo a diversos criterios.

1. Por el lugar: la confesión puede ser judicial o extrajudicial.

Es el lugar en donde se presta la confesión lo que determina su carácter de judicial o extrajudicial. La confesión judicial es la que se hace ante el tribunal del proceso. Para su validez y eficacia debe rendirse ante el juez de la causa o ante un juez comisionado, conforme lo prescribe el Art. 224 del C.P.C.C. con la debida noticia al contrario a fin de garantizar el contradictorio, Art. 217 del mismo cuerpo legal. La confesión es judicial aunque sea realizada ante juez incompetente. La confesión extrajudicial, por el contrario, es la realizada fuera del juicio y pretende hacerse valer ante el juez. Esta clase de confesión no tiene la fuerza probatoria que la suministrada judicialmente; debe ser introducida al proceso por la utilización de otro medio de prueba y tendrá la eficacia de ésta (Art. 239 del C.P.C.C.) La confesión extrajudicial debe ser siempre expresa.

2. Por el origen: la confesión puede ser espontánea o provocada.

Se dice que la confesión es espontánea cuando se presta sin previo requerimiento del juez o de la parte contraria. Puede prestarse en cualquier estado del juicio y no está sujeta a ninguna formalidad. Cuando el demandado contesta la demanda allanándose a las pretensiones del actor, hay una confesión de los hechos y una admisión del derecho; importa también la confesión por parte del demandante el desistimiento de la acción o el allanamiento a la excepción. La confesión es siempre espontánea ya que no mediando un requerimiento judicial no está obligado a confesar. La confesión provocada es la que se produce mediante interrogatorio y bajo juramento. Sólo puede exigirse en oportunidades expresamente establecidas por la ley y se realiza de acuerdo con las formalidades estrictas que aseguran la eficacia del acto. El Código Procesal de la Provincia de Córdoba le dedica la mayor parte de su articulado a la confesión provocada o también llamada absolución de posiciones.

3. Por el modo: la confesión puede ser expresa o tácita.

La confesión es expresa cuando se presta en forma categórica y no deja lugar a dudas sobre la intención del confesante, tal es el caso del allanamiento a la demanda o la contestación afirmativa a la absolución de posiciones. Hace plena prueba contra quien la realiza, es irrevocable, salvo error o violencia y no puede invocarse prueba en contrario, Conf. Art 236 del C.P.C.C. Es tácita o también llamada ficta confesio en los casos en que la ley autoriza al juez a tener por confesado un hecho, no obstante, no debe existir reconocimiento expreso, lo que puede ocurrir en las siguientes circunstancias:

- A) Cuando citada una parte a absolver posiciones, no comparece si alegar justa causa, no obstante haber sido notificado debidamente al domicilio preciso y bajo apercibimiento.
- B) cuando concurriendo a la audiencia se negase a contestar categóricamente o lo hiciese en forma evasiva. En los dos casos el juez podrá tenerlo por confeso en la sentencia. No hace plena prueba y los hechos favorecidos por presunción pueden ser desvirtuados por prueba en contrario. Arts. 222, 225 y 226 del C.P.C.C.

La absolución de posiciones.

La confesión provocada o absolución de posiciones constituye una especie dentro de la confesión en sentido amplio, como ya hemos podido apreciar. Podemos conceptualizarla diciendo que es la declaración que efectúa una de las partes en audiencia sobre las afirmaciones que le efectúe la contraria en pliego de posiciones.

Conforme surge de la clasificación estudiada la absolución de posiciones es confesión judicial provocada y que puede ser expresa o tácita. El Art. 218 1era parte del C.P.C.C. establece la oportunidad en que puede ofrecerse este medio de prueba.

Deberá ofrecerse por escrito y la parte que la requiera acompañará en un sobre cerrado el pliego de posiciones, que se reservará en secretaría hasta el día de la audiencia.

Es característica de la absolución de posiciones la intimación por una de las partes para reconocer o negar la existencia de un hecho conducente al litigio.

El examen se hace, conforme al pliego de posiciones, el cual se realiza en forma de articulados. Cada posición constituye la afirmación de un hecho por parte del ponente. Arts 221 del C.P.C.C. Se redacta precedido de la fórmula “jure como es cierto” y se expresa cada posición en sentido positivo. Quien ofrece la prueba y formula el pliego se llama ponente y quien debe someterse a ella se denomina solvente. Éste deberá contestar por sí o por no y luego podrá hacer las aclaraciones que estime oportunas.

Por ser un elemento probatorio suministrado por las partes pesa sobre ellos la carga procesal de pronunciarse sobre las afirmaciones contenidas en el pliego. El alcance de esta carga implica el deber de comparecer y declarar. Esta se diferencia de la carga pública que pesa sobre el testigo, que como veremos en líneas más adelante, se integra por tres actividades: comparecer, declarar y decir verdad, pues si no cumple es pasible de penas (puede ser conducido por la fuerza pública y juzgado por el delito de falso testimonio, en cambio, si el absolvente no comparece, genera una presunción legal en su contra que el juez valorará en la sentencia.

La ley, atendiendo a distintas circunstancias, exige a la parte de la obligación de concurrir al tribunal. Es el caso de las personas jurídicas de carácter público a las que, en este supuesto, se les requerirá que declaren vía de informe escrito, bajo apercibimiento de tener por confesa a la administración o repartición, Art. 240 C.P.C.C.

En el caso de tratarse de absolución de posiciones que deba rendir una persona enferma o de edad avanzada, excepcionalmente el juez podrá trasladarse al domicilio del absolvente. Esta circunstancia especial deberá esgrimirse y acreditarse previamente ante el tribunal conforme lo prescribe el Art. 227 del C.P.C.C.

Otro caso de excepción se presenta cuando el absolvente reside en otra jurisdicción, ya sea dentro de la provincia o fuera de ella, en este supuesto se dará comisión al juez que corresponda y se libran los oficios y exhortos necesarios, conforme el Art. 224 C.P.C.C.

Recordemos que la absolución de posiciones es un acto de carácter personalísimo, por ello el absolvente debe ser citado en el domicilio real y constituido (Art. 144 Inc. 3 C.P.C.C.).

Si se trata de una persona jurídica, la absolución de posiciones se prestará por intermedio de sus representantes, habilitados al efecto según los instrumentos jurídicos de su constitución.

En cuanto al procedimiento, la absolución de posiciones se recepciona en audiencia, la que se verificará en los términos de los Arts. 54, 55, 217 C.P.C.C.

A dicho acto procesal, deben concurrir las partes, ponente y absolvente, acompañados de sus letrados patrocinantes. El acto tendrá lugar el día, lugar y hora señalados. Previa espera de ley y abierto el acto se procederá a tomar juramento al absolvente. Éste será interrogado en base al pliego de posiciones presentado por la contraria. Asimismo el ponente podrá formular nuevas posiciones siempre cuando ellas no sean una reiteración de las que se hubiesen contestado. La intervención de los letrados responde al requisito de la defensa técnica. De la lectura de la ley se advierte que el abogado del absolvente puede oponerse a la formulación de alguna posición si no está correctamente formulada o fuere improcedente o ilícita.

El absolvente deberá responder por sí mismo y a viva voz. Podrá consultar apuntes o notas si lo considera necesario en razón de las circunstancias contempladas en la posición.

Si el absolvente manifiesta no recordar el hecho a pesar de ser apercibido el juez lo dará por confeso en la sentencia siempre que las circunstancias especiales como por ejemplo, el transcurso del tiempo que hagan cierto el olvido y que el juez valore en la sentencia. Las respuestas se consignan en el acta tratando de conservar el lenguaje del absolvente. El acta se labrará por escrito haciendo constar en ella el día, mes, hora y año en que se realiza la audiencia, también se consignarán que partes han concurrido y si lo hicieron acompañados de sus letrados patrocinantes o apoderados.

El pliego se agrega al expediente como parte integrante de la audiencia. En el acta sólo se pondrá la respuesta que será por sí o por no y, en su caso, las aclaraciones que formule el

absolvente, al agregarse el pliego al expediente se evita transcribir cada posición en el acta, Art. 235 C.P.C.C.

Para finalizar la valoración efectuada por el juzgador al resolver se realiza a través de los sistemas de pruebas legales y sana crítica racional, según se trate de confesión expresa o tácita respectivamente.

En lo que se refiere a la confesión expresa hace plena prueba contra el confesante, conforme el Art. 236 del C.P.C.C. Es decir, cuando la confesión es lisa y llana, constituye una prueba legal. En caso de confesión expresa su eficacia probatoria está regulada de antemano por el legislador procesal, es decir la norma ritual atribuye certeza objetiva al hecho de la posición que es reconocida. Pero debemos aclarar, sin embargo, que esta regla es válida sólo cuando la confesión se refiere a hechos de contenido patrimonial, pero si ella apunta a otro tipo de cuestiones que comprometen al orden público se le asigna un valor probatorio diferente.

Podemos citar como ejemplo de estas últimas hipótesis, la prueba confesional y el reconocimiento de los hechos que no es prueba suficiente en los juicios de separación personal y divorcio vincular. La excepción prevista en el Art. 232 in fine del Código Civil argentino se refiere únicamente al supuesto de causal objetiva por separación de hecho sin voluntad de unirse por el término continuo de más de tres años. Se excluye de esta excepción a cualquier otra causal.

La confesión ficta tiene un valor diferente al de la expresa ya que crea una presunción judicial en contra del citado a absolver. Debe ser valorada por el juez junto con otros elementos probatorios, conforme los mandatos de la sana crítica racional y no releva por si sola a la contraria de la carga de probar ese hecho. El valor de la ficción no puede ser mayor que el de la realidad y nada obsta para que el perjudicado por ella la destruya por prueba en contrario.

7.2- PRUEBA DOCUMENTAL (Págs. 280 a 295, TI)

7.2.1. Concepto. Documentos que deben acompañarse en la demanda. Oportunidad. Valor probatorio.

Es necesario definir qué se entiende por documento.

En un sentido amplio, la prueba documental comprende todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento con prescindencia del modo en que esa representación

¹¹ aparezca exteriorizada. Por su parte, la doctrina ha dicho que documento es todo elemento externo capaz de dar señales de algo sucedido con anterioridad y que es producto de la mano del ¹² hombre.

En sentido estricto, por prueba documental se entienden aquellos documentos que adquieren la forma literal (escrita) y se los denomina instrumentos.

Los autores le asignan a este medio el carácter de representativa, indirecta y real.

El primer carácter refiere que el documento lleva en si la virtud de hacer conocer un dato. La expresión "representativa" da cuenta de que convierte en presente un acontecimiento ocurrido en el pasado.

¹¹ Palacio; Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1973, IV, p.418.

¹² Conf. Ferreyra De De la Rua, Angelina- Gonzalez de la Vega de Opl, Cristina, Teoría General del Proceso, Advocatus, Córdoba, 2003, t.II, p.210.

El otro carácter mencionado es el de ser un medio de prueba indirecto; ello es así porque a través suyo se conoce el hecho a probar y el juez tiene un contacto mediato con la materia de prueba, ya

¹³ que conoce los hechos por intermedio del documento.

Por último, la documental es considerada una prueba real y bajo este carácter Couture explica que el “documento no es la declaración de voluntad, sino la representación de la declaración de

¹⁴voluntad; el documento es un objeto”.
A pesar de los conceptos vertidos, la legislación utiliza ambos términos, documentos e instrumentos, como si se tratara de términos sinónimos

El documento es una obra del ser humano, pero en cuanto al modo de captar la realidad (a través de escritos, fotografías, filmaciones, grabaciones, informática, etc.) que es perceptible por los sentidos con aptitud de reconstruir históricamente de modo indirecto y representativo un hecho

¹⁵ cualquiera.

En el orden sustancial la ley regula los instrumentos efectuando la distinción en públicos y privados (Arts. 979 y 1012 del Código Civil).

Por su parte, la ley procesal cordobesa lo estatuye en el Libro Primero, Título III, Capítulo IV, Sección Tercera denominada “Documental” reconociendo a este medio de prueba pero refiriéndose a los “instrumentos”, entendiendo por tales a los literales y firmados. Pero esto no debe entenderse como una prohibición de la ley ritual al ofrecimiento de los documentos en sentido amplio, sino que ellos pueden ser ofrecidos como prueba documental, pero perfeccionados para su eficacia por el auxilio de otros medios probatorios.

En general, las manifestaciones del hombre suelen quedar reflejadas en objetos que sirven de soporte a tales estampas; ello se vincula con la forma del acto, como exteriorización de la voluntad.

El sistema del C.P.C.C. impone al actor con la demanda (Art. 182) y al demandado en su contestación la carga de acompañar la documentación “de que haya de valerse” (Art. 192).

En un análisis teleológico de las normas citadas se infiere que toda prueba documental debe ser acompañada junto con las alegaciones, salvo aquella que no se encuentre en poder de la parte, debiendo en su caso designar con la mayor precisión su contenido y el lugar en que se encuentre bajo apercibimiento de pagar las costas causadas por la presentación tardía.

El sistema se completa con el Art. 241 del C.P.C. que fija los límites máximos para el ofrecimiento de la prueba documental tanto en primera como en segunda instancia. De este modo, no serán admitidos mientras no se hubiera dictado sentencia, pero si se presentaren después del llamamiento de autos no se los admitirá, salvo que fueran de fecha posterior o que llevando fecha anterior se exprese bajo juramento o se afirme, no haberlos conocido o podido obtenerlos.

Recordemos cuáles son los documentos que deben acompañarse con la demanda:

Documentos a acompañar – C.P.C. Art. 182: “El actor deber acompañar a la demanda los documentos de que haya de valerse.”

Como ya habíamos anticipado en otro segmento, la doctrina los clasifica en documentos: habilitantes de la instancia, fundantes de la pretensión, justificantes de la pretensión. Aunque no existen tipos puros y a veces se confunden y entremezclan, el documento habilitante de primer instancia puede a su vez ser fundamento de la pretensión del acto.

¹³ Ferreyra De De la Rua, Angelina-Gonzalez de la Vega de Opl, Cristina, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8465, La Ley, Buenos Aires, 2002, t. II, p.429.

¹⁴ Couture, Eduardo. Fundamentos, p. 424 .

Los documentos habilitantes de la instancia, son aquellos en donde el derecho se manifiesta y sin los cuales no puede requerirse su apertura, por ejemplo, la partida de defunción o en la reivindicación el título pertinente.

Por su parte, los documentos fundantes de la pretensión, son aquellos que comprueban todo lo relativo a la causa de pedir y a las defensas opuestas, por ejemplo, el contrato de locación en un cobro de alquileres.

Por ultimo, los documentos justificantes de la pretensión son aquellos generalmente emanados de terceros y por tanto no constituyen prueba documental, sino al decir de la doctrina testimonial escrita, debería ofrecerse de acuerdo al régimen de aquella prueba, vaya como ejemplo una factura de compra, el presupuesto de un taller, etc.

Los documentos que deben acompañarse con la demanda son los habilitantes de la instancia, como por ejemplo, la partida de defunción en el caso de la declaratoria de herederos, como ya señaláramos, o la partida de matrimonio para tramitar el divorcio.

Para la eficacia probatoria del documento privado es necesario que sea reconocido por la parte que lo ha otorgado o que el tribunal lo declare reconocido. Art. 248 C.P.C.C.

El desconocimiento debe ser expreso, pues el silencio o las respuestas evasivas importan el reconocimiento ficto de la documental.

En caso de negativa de la firma, el legislador ha previsto una especie de pericial caligráfica automática, Art. 242 C.P.C.C., pero no basta la negativa para desconocer la documental, sino que conforme las previsiones del Art. 243 del citado cuerpo legal, negada la autenticidad se deberán indicar, bajo apercibimiento de reconocimiento ficto, documentos públicos o privados reconocidos que lleven la firma de quien desconoció la documental o, por lo menos, manifestar que no existen esos documentos.

Por ultimo, respecto al valor convictivo de la prueba documental, haremos la siguiente distinción: si se trata de un instrumento privado, requiere para su validez el reconocimiento expreso o tácito, o la acreditación de su autenticidad mediante prueba pericial en caso de impugnación. El reconocimiento expreso implica para el juzgador una especie de prueba legal o tasada de la que no podrá apartarse. En cambio, el reconocimiento ficto, realizado a través de pericial caligráfica, deberá ser valorado por el juzgador, conforme la sana critica racional, teniendo en cuenta el resto del material aportado a la causa.

En caso de instrumentos públicos, basta que cumplan con los requisitos previstos por la ley fonal en el Art. 980 C.C., no obstante debe distinguirse entre instrumentos cuyas formas están sacramentalmente impuestas adsolemnitatem, y a aquellos en los que pueden cumplirse las formalidades mínimas, o sea, las adprobationen.

De todas maneras, aquellos instrumentos que tienen efecto erga omnes valdrán por si solo como tales, vaya como ejemplo una escritura traslativa de dominio, etc.

8.1.- PRUEBA TESTIMONIAL. (Págs. 297 a 328)

8.1.1- Concepto. Objeto. Caracteres. Excepciones al deber de concurrir. La carga pública del testigo, su alcance y excepciones.

Cuando el testimonio emana de un tercero, estamos en presencia de la prueba testimonial o prueba de testigos. El testimonio es una manifestación del pensamiento. No se trata de crear, modificar o extinguir estados jurídicos sino simplemente de narrar al juez los hechos tal como

fueron percibidos por el testigo.

En estos tiempos se exige la prueba documental o un principio de prueba por escrito para acreditar la existencia de ciertos actos jurídicos. Sin embargo, la prueba testimonial resulta indispensable para hacer verosímil un hecho jurídico. Lo cierto es que no siempre los hechos pueden registrarse en documentos. Por ello, en la actualidad, se le reconoce un papel preponderante, encontrándose amplia y minuciosamente regulada en todos los ordenamientos rituales.

Podemos conceptualizar la prueba testimonial, siguiendo las enseñanzas de Devis Echandia, afirmando que es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace ante un juez con fines procesales sobre lo que sabe respecto de un hecho de cualquier naturaleza.

En cuanto a los caracteres, podemos mencionar los siguientes:

La carga pública se caracteriza por ser personal, histórica y representativa.

El carácter de personal alude al sujeto u órgano de prueba y hace referencia al sujeto que suministra el elemento probatorio. Se trata de una prueba indirecta en la que el dato se obtiene por intermedio de quien declara, se diferencia de los medios llamados directos en los que el dato probatorio se logra por contacto inmediato del juez con el objeto de prueba, como por ejemplo, el reconocimiento judicial.

Por otro lado, se le asigna el carácter de prueba histórica por la naturaleza de su contenido. Consiste en la narración o reconstrucción de los hechos de los cuales el testigo tiene conocimiento y los relata en la audiencia.

El testigo contesta ante un interrogatorio sobre hechos pasados. Es claro entonces que el testigo conoció el hecho con anterioridad, esto es, antes de la oportunidad de declarar.

El testimonio, por último, tiene una función representativa, ya que al declarar el testigo reconstruye o reproduce un hecho, lo describe y a tal fin se vale de la memoria.

¿A quien se denomina testigo?

El testigo es la persona capaz, extraña al juicio, que es llamada a declarar sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos. Característica del testigo es la extrañeza, para ser testigo en un juicio es suficiente con no tener la calidad de parte en un juicio, por ende debe tratarse de un sujeto extraño a la relación jurídica procesal. Se trata que el testigo sea una persona desinteresada en las resultas del pleito, pesa sobre el deber de ser veraz en sus dichos y también ser imparcial.

Se adquiere la calidad de testigo en el proceso desde que se dicta la providencia que dispone su recepción. Decimos que se trata siempre de una persona física por cuanto ellas son las que pueden transmitir la información percibida a través de los sentidos, asimismo, quien rinda el medio de prueba bajo estudio de estudio. En este punto los cuerpos formales han atribuido esta habilidad genérica a todas las personas mayores de 14 años.

En el sistema actual no encontramos normas reguladoras específicas, pero por una interpretación teleológica, es dable decir que los menores que tengan 14 años pueden ser testigos. Por cierto que el juez deberá analizar el mérito probatorio de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional y conforme a los criterios de valoración los que tendrán en cuenta entre otras cosas la edad del testigo y la congruencia de sus respuestas, etc.

En principio, todas las personas ajenas al proceso y con las condiciones de idoneidad exigidas por las leyes pueden ser testigos; sin embargo se instituyen inhabilidades específicas. En la ley adjetiva cordobesa están prescriptas en el Art. 309. Se trata de lo que la doctrina ha denominado testigos excluidos y a los que la ley expresa que no deben ser admitidos como testigos. La prohibición tiene fundamento ético, tiende a proteger la solidaridad familiar que se impone atendiendo a principios que se entroncan con el orden público familiar. De esta manera se evita la violencia que podría ocasionar el testigo al tener que declarar contra un miembro de su familia. Sin lugar a dudas la ley ha preferido cuidar estos vínculos procurando que se utilicen otros medios de

prueba.

Sin embargo, la ley establece excepciones y en determinadas circunstancias aquellas personas podrán declarar en virtud de lo establecido por el Art. 310 del C.P.C.C.

Estas hipótesis tienen su fundamento en el carácter indispensable del testigo.

Para la efectivización de este medio de prueba se le asigna el carácter de carga pública. Pesa sobre quien debe ser testigo la triple obligación de:

- Comparecer
- Declarar y
- Decir la verdad.

Esto conlleva para un tercero extraño al proceso la obligación de cumplir con un deber cívico. El juez en virtud de la coertio pueda en caso de no asistir ordenar que sea detenido y conducido por la fuerza al tribunal.

Seguidamente analizaremos cada una de las obligaciones que pesan sobre el testigo y las excepciones que la misma ley prevé para cada una de ellas.

- Conforme el Art. 287 del C.P.C.C., la obligación de comparecer admite excepciones. El testigo puede excusarse de asistir al tribunal por razones de jerarquía del cargo o por imposibilidad física. También podrá dispensarse en caso que el testigo residiera fuera de la provincia, así lo dispone el Art. 306 del C.P.C.C.

Todos estos sujetos pueden hacerlo por escrito, respetando las disposiciones del código relativas al interrogatorio, Arts. 293 y 294 C.P.C.C. La finalidad de la ley es no distraer la atención de funcionarios a quienes se les tornaría materialmente imposible tener que declarar en todas las causas que pudieren presentarse en razón de su trabajo (por tener que concurrir personalmente).

Estas personas deberán rendir su testimonio por escrito a través de informes bajo juramento, por lo tanto, la parte que ofrezca estos testigos en el acto deberá acompañar pliego abierto de preguntas. Dicho interrogatorio deberá ser anoticiado a la contraria para que dentro del tercer día de notificado pueda efectuar observaciones a acompañar sus preguntas.

Otra excepción a la obligación de comparecer se refiere a la imposibilidad física, edad avanzada u otra circunstancia que impidan al testigo presentarse a declarar. Este hecho debe ser invocado y valorado por el juez. En este caso el tribunal podrá constituirse en el domicilio del testigo a fin de decepcionar el acto. Art. 307 C.P.C.C.

- El testigo también tiene el deber de declarar. Tiene que contestar relatando todo lo que conozca sobre los hechos consultados. Este deber de declarar reconoce ciertas limitaciones contempladas en el Art. 308 del C.P.C.C. El fundamento de la primera hipótesis prevista en el inciso 1 está dado por la tutela del principio constitucional de defensa en juicio. La otra -inciso 2- protege el secreto profesional; por cierto, para que sea atendible este impedimento las preguntas deben referirse a hechos cuyo conocimiento adquirió el declarante por el ejercicio de su profesión o ministerio pudiendo entonces abstenerse de contestar.

- La última y más importante obligación es el deber de decir la verdad, Art. 297 CP.C.C. Por su parte el Art. 275 del Código Penal establece la pena relativa al falso testimonio, pues reprime con prisión de un mes a cuatro años al testigo que afirmare una falsedad, negare o callare la verdad. En idéntico sentido se dispone el Art. 313 del C.P.C.C.

Objeto: El objeto de este medio de prueba son los hechos de los cuales el testigo ha tenido conocimiento directo por la percepción. Por cierto que estos hechos deben ser

controvertidos. En el orden sustancial encontramos limitaciones para utilizar este medio de prueba. El Art. 1193 del Código Civil prevé que los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de \$10.000 deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos. La norma señala la necesidad de prueba documental para acreditar la existencia del contrato. Sin embargo la prueba testimonial puede ser utilizada para probar algún elemento relativo a este.

En otros casos no hay restricción expresa para el uso de este medio de prueba, pero el Código de fondo impone otros medios probatorios para acreditar el hecho, así por ejemplo, el 1184 requiere prueba documental, concretamente el instrumento publico para la demostración de ciertas situaciones jurídicas.

La prueba testimonial es un medio absolutamente formal ya que solo podrán ser examinados los testigos que hayan sido propuestos en la forma prevista en el Art. 284 del C.P.C.C. La finalidad que persigue es saber de antemano de quién se trata y lograr su comparendo. La individualización adecuada hace al derecho de defensa de la contraria quien conocerá antes de que se realice la declaración quién la va a prestar. Las partes pueden acompañar las preguntas en sobre cerrado que permanecerá así, en secretaría, hasta el momento que comience la audiencia.

Las interrogaciones están contenidas en lo que se llama el pliego de preguntas. El pliego cumple una función ordenadora, esto significa que las partes pueden formular a través de sus letrados otras preguntas que las allí contenidas, ya sean aclaratorias o ampliatorias. Además, se consigan en forma enumerada.

Se llama interrogatorio al conjunto de preguntas que la parte formula al testigo. Este difiere de las posiciones por las siguientes razones:

1. Las posiciones importan afirmaciones que el absolvente debe negar o reconocer categóricamente en tanto que las preguntas al testigo son interrogaciones y tienden al esclarecimiento del hecho.
2. las posiciones se refieren a hechos personales del absolvente o a circunstancias de su propio conocimiento.

La pregunta normalmente está precedida de la formula "...para que diga el testigo si sabe y cómo lo sabe, dando razón de sus dichos...", Art. 288 C.P.C.C..

La razón de los dichos puede darse al contestar cada pregunta o a la terminación del examen; se trata de explicar la forma de conocimiento por parte del testigo.

La primera interrogación que se le hace al testigo es sobre las generales de la ley.

¿Por qué se denominan generales de la ley?

Este consiste en un interrogatorio preliminar obligado, es relativo a las generales de la ley, así denominadas por ser ellas las mismas para todos los testigos, a diferencia de las específicas, dirigidas a cada uno en función de los hechos controvertidos en el proceso. Tienen por finalidad establecer que se trata de la misma persona citada para el efecto. Art 298 C.P.C.C.

Por ultimo, decimos que una vez decepcionada la audiencia puede presentarse la alternativa de que alguna de las partes pida el careo de los testigos.

El careo es el acto mediante el cual se interroga en forma simultánea a dos testigos, para disipar la incertidumbre derivada de las contradicciones de sus declaraciones. La procesal cordobesa lo admite en el Art. 305.

A continuación les presentamos un pliego de preguntas y luego el acta en donde consta la declaración formulada por el testigo.

PLIEGO DE PREGUNTAS A TENOR DEL CUAL DEBERA RESPONDER EL TESTIGO

1. El interrogatorio comenzará con las preguntas concernientes a las generales de la ley (Art. 298 C.P.C.C.).
2. Para que el testigo diga si sabe y cómo lo sabe, dando razón de sus dichos, si presenció el accidente de tránsito el día 25 de febrero de 2007 a las 15 hs aproximadamente.
3. Para que diga el testigo, dando razón de sus dichos, dónde estaba ubicado cuando ocurrió el hecho.
4. Para que diga el testigo, dando razón de sus dichos, qué vehículos intervinieron en el accidente.
5. Para que diga el declarante si sabe, dando razón de sus dichos, cómo ocurrió el accidente.
6. De público y notorio.

Formas de las respuestas Art. 304 C.P.C.C.

Audiencia de declaración testimonial

En la Ciudad de Córdoba a los veintidós días del mes de junio de dos mil ocho, siendo DIA y hora de audiencia fijada en estos autos caratulados “Chiavassa Pablo c/ Denise Bodino- Ordinario- Daños y perjuicios-“, a los fines de decepcionar las declaraciones testimoniales ofrecidas por la parte actora, comparecen ante V.S. y secretaria autorizante, el accionante Sr. Pablo Chiavassa, acompañado d su letrada patrocinante Dra. María Emilia García, y la demandada Sra. Denise Bodino, acompañada de su letrada patrocinante Dra. Lucia Lupoli. Previa espera de ley es declarado abierto el acto por S.S. y se procede a hacer comparecer al primer testigo propuesto, Sr. Luis Straddella, quien previo juramento de leu prestado en legal forma, procede a declarar a tenor del pliego de preguntas que se adjunta por el proponte: La primera interrogación es por las generales de la ley (Art. 298 CP.C.C.) dijo llamarse Luis stradella, D.N.I. 11.324.456, de 45 años de edad, divorciado, de profesión docente, con domicilio en Artigas 213 de Barrio Patria, de esta ciudad de Córdoba, que no conoce a las partes, y que no le comprenden las demás generales de la ley.. A la segunda dijo que si vio el accidente. Dice que iba caminando hacia su trabajo, la escuela Gobernador Alvarez sito en calle Duarte Quiroz 830 y que al llegar a la intersección de calle Duarte Quiroz y Sol de Mayo, presencio el choque. A la tercera dijo que se encontraba en la intersección de las calles antes mencionadas. A la cuarta dijo que el choque se produjo entre el automóvil Peugeot 206, cuyo color es celeste casi gris que transitaba por calle Duarte Quiroz y un auto Renault Clio oscuro, negro, de los cuales no pudo advertir el número de dominio. A la quinta dijo que el semáforo indicaba luz verde por eso el estaba por cruzar la calle cuando vio que el automóvil Clio, que venia fuerte, no se detuvo, ni freno a pesar que no estaba habilitado para esa maniobra y que con ello choco al Peugeot 206 que transitaba de Este a oeste por calle Duarte Quiroz. Que el hecho ocurrió en forma intempestiva y que advirtió que el Peugeot sufrió varios daños en la parte izquierda. además agrego que no se quedo más tiempo a observar la escena porque estaba en horario de ingreso al trabajo. Con lo que termino el acto, que previa lectura y ratificación firman los comparecientes, después de S.S., por ante mí, doy fe.

Firma Juez

firma secretaria

Firma accionante

Firma demandada

Firma letrados

Valoración.

La valoración del testimonio es entendida como el examen crítico de los dichos del testigo, sabemos que es realizada por las partes en los alegatos y por el juez en la sentencia.

La ley establece un tiempo especial para y una forma determinada para cuestionar la persona del testigo. Es lo que se conoce comúnmente como “alegar la idoneidad del testigo”. La ley 8465 determina que debe hacer la impugnación a la idoneidad del testigo (se impugna la idoneidad de la persona que ha testificado y no sus dichos, ya que esta última debe hacerse en los alegatos) por vía incidental, es decir, por el trámite de juicio abreviado (Art. 418, Inc. 5 CP.C.C., Art. 314 C.P.C.C.)

El juez, al efectuar la valoración, deberá dejar de lado aquellos testimonios inoficiosos, es decir, aquellos que no aportan ningún elemento de convicción o que no tienen relación mediata o inmediata con las pretensiones deducidas. Luego, desmenuzará los dichos del testigo, estudiará sus diversas partes y tratará de advertir si existen congruencias en las respuestas, analizando además, las especiales condiciones del testigo.

8.2.- PRUEBA PERICIAL (Págs. 329 a 354)

8.2.1.- Concepto y requisitos. Caracteres. Objeto. Naturaleza jurídica. El dictamen pericial. Condiciones del perito. Perito de control y consultor técnico

La tarea judicial no puede versar sobre hechos que el juez está en condiciones de constatar, personalmente. Por otra parte, el derecho o las cuestiones jurídicas no pueden ser materia de pericia, porque como sabemos, su aplicación es un acto que constituye la esencia de la función judicial.

Entonces la prueba pericial se impone cuando en un trámite judicial se hace necesaria la intervención de una persona que conozca lo que el juez no sabe: este sujeto es el perito, al cual el magistrado debe recurrir ineludiblemente cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba son necesarios determinados conocimientos especiales, es decir, aquellos propios de una cultura profesional especializada.

¹⁶

Para Palacios la prueba pericial es aquella que es suministrada por terceros: a raíz de un encargo judicial y fundados en los conocimientos científicos, artísticos o prácticos que poseen, comunican al juez las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen.

Este medio de prueba es de carecer indirecto, debido a que la suministra un tercero, pero calificado por especiales condiciones de idoneidad.

Los peritos son auxiliares de la justicia. Sin lugar a dudas esta prueba ha adquirido mayor importancia, significación y relevancia con los avances técnicos y científicos.

En el campo del proceso civil el perito interviene como regla general por iniciativa de las partes, pero aún puede también ser ordenada oficiosamente por el juez, sea sobre la base de imprecisiones del derecho de fondo o utilizando las facultades para mejor proveer que la ley procesal autoriza (Art. 260 y 323, Inc. 3).-

¹⁶ Palacio Lino Enrique, Derecho procesal Civil, T. IV, p. 674.

La pericia presenta los siguientes caracteres:

- Es un acto procesal o un conjunto de actos que se cumplen por encargo judicial.
- La tarea encomendada debe ser realizada en forma personal por el perito designado.
- Se trata de una prueba indirecta, ya que el juez tomará contacto con los hechos por su intermedio.
- Las conclusiones del perito se emiten por medio de un dictamen que se incorpora al expediente.
- El perito es un tercero, extraño al proceso y que reviste el carácter de órgano de prueba.
- La peritación constituye una declaración de ciencia, porque el perito emite su dictamen sobre la base de lo que conoce por percepción, inducción o deducción respecto a los hechos.

El objeto de esta prueba está constituido por los hechos controvertidos y sus causas o consecuencias, que pueden ser de diversas especies y acusar diferentes calidades (técnicas, científicas o artísticas).

Respecto a la naturaleza jurídica de la prueba pericial, algún sector de la doctrina calificado por cierto, entiende que la pericia no es un medio de prueba, sino que sólo importa una forma de asistencia intelectual prestada al juez en la inspección o en la valoración de la prueba. Así se ha entendido que no es una prueba, sino de un medio para su obtención, desde que sólo aporta elementos de juicio para su valoración.

Por nuestra parte afirmamos que la prueba pericial es un medio de prueba, que el perito es un órgano de prueba, cumpliendo su función por encargo judicial. Así ha sido legislado en el Código Procesal Civil de la Provincia de Córdoba y en casi todas las legislaciones formales.

Como regla puede decirse que cualquier hecho puede ser objeto de examen pericial, salvo aquellos que pudieren afectar a las reglas morales, las buenas costumbres o cuya indagación fuera prohibida por la ley, en este sentido está prohibido efectuar el denominado inspectio corporis, es decir, la investigación sobre el cuerpo humano sin consentimiento del sujeto. Los hechos pueden estar constituidos por conductas humanas, sucesos naturales u otros aspectos de la realidad material, cosas u objetos que sean creación del hombre o productos de la naturaleza, la persona física humana y sus condiciones psíquicas.

La ley establece las condiciones relativas al ofrecimiento de este medio probatorio y que hacen a la admisibilidad formal de prueba pericial.

En tal sentido las partes, en el escrito de ofrecimiento de prueba, deberán determinar los hechos que deba contraer la pericia bajo pena de inadmisibilidad (Art. 260, segunda parte, C.P.C.C.), es conveniente que también se indique la profesión o especialidad que se requiere y, por último, es útil que en forma expresa se señalen los puntos sobre los que deberá versar el dictamen.

El plazo para el ofrecimiento y diligenciamiento de la prueba pericial es el ordinario que concede la ley para la producción de todos los medios de prueba (Art. 212, C.P.C.C.). Esto significa que debe ser ofrecida, instada y diligenciada en el plazo ordinario de prueba establecida para cada tipo de juicio. El juez, en la audiencia de la designación del perito, fijará plazos especiales y más breves para que acepte el cargo y presente el dictamen.

Respecto al lugar, debe decirse que el inicio de las tareas se realizan en la sede del tribunal y, en general, las tareas técnicas propiamente dichas se realizan en el lugar que el perito indique (su oficina, el lugar de ubicación del bien objeto de examen, etc.).

El Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba establece que el perito al concluir su trabajo presentará en el tribunal un dictamen o informe escrito (Art. 278 C.P.C.C).

El dictamen contiene una declaración de ciencia. Al mismo tiempo decimos que es un documento objetivo, es decir desprovisto de intencionalidad. Pero decimos que no se trata de una simple narración, sino que contiene conceptos técnicos, artísticos o científicos.

Este acto procesal debe ser fundamentado. El dictamen debe contener en forma clara y sencilla los antecedentes de orden técnico que se tuvieron en cuenta para opinar, debe identificar las cosas o personas que haya examinado, deberá señalar también el camino lógico seguido para arribar a las conclusiones.

El contenido del dictamen debe responder estrictamente al encargo judicial, es decir, debe ser completo y no pecar en excesos o defectos, no puede omitir de responder a algún punto de pericia, pero tampoco dictaminar sobre puntos diferentes a los requeridos.

En caso que los puntos sean varios el dictamen debe responder a cada uno en particular y a todos los requeridos, además de los se estimen que complementan a los anteriores o que constituyen presupuestos necesarios para sus conclusiones, sin desatender ninguno de los aspectos de los hechos, ni las razones y observaciones que las distintas partes les hayan formulado.

Las pericias extrapetita carecerán de mérito probatorio y podrán disminuir la eficacia del medio al ser valorada por el tribunal en el momento de dictar la sentencia.

Estas circunstancias pueden dar lugar a que las partes objeten el informe pericial en la oportunidad de alegar (Art. 279 y 280 CP.C.C).

El dictamen podrá ser ampliado a petición de parte o por requerimiento del tribunal, Art. 279 segunda parte CPCC; la ampliación implica que el experto deberá responder respecto a una cuestión omitida o aclarando alguna cuestión que haya sido expuesta en forma poco clara.

Por otro lado hablaremos del elemento subjetivo de la prueba pericial, que está formado por las personas que participan del acto pericial; en tal sentido son las partes las proponentes, el juez el destinatario y el perito es el órgano de prueba.

Por regla general el tribunal designa a un solo perito, pero podrá si lo estima necesario, designarlos en forma plural, conforme el Art. 261 CPCC

Cuando el órgano de prueba está integrado por varios sujetos, las deliberaciones referidas a su trabajo deben efectuarlas los peritos oficiales designados en forma conjunta Art. 277, CPCC; la negligencia de uno de ellos no excusa la de los otros, que deberán practicar la diligencia y el dictamen en el plazo señalado, Art. 280 C.P.C.C.

Respecto a las condiciones del perito debemos aclarar que la ley no especifica expresamente cuáles son las condiciones que debe reunir un perito pero, sin lugar a dudas, para poder actuar en la calidad de tal se requiere:

- Edad debe tratarse de una persona capaz, se rige por las reglas de la capacidad del Código Civil. El perito debe tener “madurez de juicio” que se presupone no alcanzada hasta la mayoría de edad; también se requiere plenitud de aptitudes intelectuales.

- Calidad habilitante: los peritos oficiales deben tener título en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de expedirse, siempre que la profesión arte o técnica estén reglamentadas; la reglamentación se refiere, por una parte, al título profesional otorgado por Universidad u otro instituto educativo y la habilitación se refiere a disposiciones dictadas por los colegios profesionales o tribunales superiores para las actuaciones de esos sujetos. Sin embargo debemos aclarar que este requisito especial es sólo para quien ha sido designado como

perito oficial, ya que para actuar en juicio como perito de control no se requiere la acreditación de título en la especialidad, Art. 262 C.P.C.C.

En el sistema de la provincia de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia, en uso de sus facultades de superintendencia, forma listas de peritos de diversas especialidades; éstas son confeccionadas sobre la base de una solicitud que los profesionales interesados efectúan para ser incluidos en las denominadas “listas oficiales”.

La ley establece también incompatibilidades para actuar como perito, estableciendo que las causales para recusar a los peritos serán las mismas que para los jueces, Art. 270C.P.C.C. La remisión efectuada por el código, es a los efectos de preservar en el perito el mayor grado de imparcialidad, conforme al Art. 268, 17 273 del cuerpo legal mencionado.

El perito de control, por su parte, actúa colaborando en la defensa de los intereses técnicos de la parte que lo propuso; el nombramiento recae en persona de confianza y por ende será un defensor de sus intereses, por ende actúan en forma subjetiva.

Los peritos de control o contraloreadores están autorizados para presenciar as operaciones técnicas que realice el perito oficial, a fin de efectuar un control de opinión que vaya a emitir en su dictamen. El perito de control puede adherir o discrepar fundadamente con las conclusiones arribadas por el perito oficial. Art. 278, ultima parte C.P.C.C.

El Código Procesal de la Nación ha incorporado la figura del consultor técnico, que ha reemplazado al perito de parte.

El consultor técnico es una persona que ha solicitud de una de las partes y sobre la base de sus conocimientos, presencia las operaciones técnicas que realice el perito, formula las observaciones que estime pertinentes y dentro del plazo fijado a aquél presenta por separado su respectivo informe, debiendo cumplir este último los mismos requisitos, Art. 472 CPCC

El informe del consultor técnico no tiene el mismo valor que el de la prueba pericial.

Por último nos referiremos a la valoración de la prueba pericial.

Como todos los medios de prueba, también la pericial es meritada por las partes en la etapa discursoria y por el juez en el momento del dictado de la sentencia.

Las partes en los alegatos podrán cuestionar el dictamen del perito fundándose en razones de orden sustancial y también podrán afectar observaciones de carácter formal dirigidas a restarle eficacia probatoria; podrán aducir que se trata de conclusiones infundadas; por ej. que no existe nexo lógico entre las premisas y la conclusión, o que el informe es incoherente o contradictorio. El juez apreciará la eficacia probatoria de la pericial en el momento de dictar sentencia; meritará el dictamen y sus ampliaciones o aclaraciones si las hubiere en forma integral. Debe señalarse que las leyes procesales han utilizado diferentes sistemas para la valoración de la prueba pericial.

El sistema de la tarifa legal ha sido admitido por nuestro Código Procesal para en el Art. 283 sólo para el caso de que las partes hubieran dado al perito el carácter de árbitros, en cuyo caso el juez no puede apartarse de lo concluido por el perito.

También el sistema de la sana crítica racional ha receptado por la mayoría de las legislaciones y por el Código Procesal de la Provincia de Córdoba, que establece que el dictamen del perito no es vinculante para el juez que apreciara el mérito de la prueba de acuerdo a las reglas de la Sana Crítica Racional. Cabe destacar que el juez tiene amplia libertad para apartarse del dictamen e incluso rechazarlo cuando encuentre que éste no está debidamente fundamentado, sea absurdo inverosímil o carente de credibilidad, pero es de advertir que la decisión en este sentido debe ser suficientemente motivada para no incurrir en una conducta discrecional o arbitraria.

9.1- PRUEBA INFORMATIVA (Págs. 356 a 371 TI)

9.1.1- Concepto. Caracteres. Naturaleza jurídica. Elementos. Procedimiento. Valoración.

La prueba informativa es el medio por el cual se aportan al proceso datos concretos acerca de actos o hechos resultantes de la documentación, archivos o registros del informante (oficinas públicas, entidades privadas o personas físicas), para la incorporación de expedientes,

17

testimonios o certificados que obran o se extienden por oficinas públicas.

Del concepto vertido, la prueba informativa supone entonces la previa registración de los datos sobre los cuales ha de versar el informe y que están al alcance de quien lo suscribe, en virtud de las funciones que ejerce y no por las percepciones sensoriales anteriores de éste.

La ley procesal establece las condiciones de procedencia de la prueba de informes en sentido estricto, diciendo que “los informes que se soliciten a las oficinas públicas, escribanos con registros y entidades privadas deberán versar sobre hechos concretos y claramente individualizados que resulten de la documentación, archivos o registros contables del informante” (Art. 317, primera parte C.P.C.C.).

También admite la prueba de informes impropia cuando señala la posibilidad de requerir a oficinas públicas la remisión de expedientes o copias autenticadas de ellos o certificados relacionados con el juicio. Art. 317 segunda parte C.P.C.C.

Esta última posibilidad configura, además de la incorporación del dato informativo, un modo de requerir para el proceso prueba documental que se encuentra en poder de las entidades públicas informantes.

Cabe aclarar que el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Pcia de Córdoba, expresa que no será admisible el pedido de informes que tienda a sustituir o ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por la ley o por la naturaleza de los hechos a probar. (Art. 318 del C.P.C.C.)

Por otra parte, decimos que el objeto de la prueba bajo estudio se refiere a la materialidad fáctica sobre la que puede recaer el informe y también a las circunstancias de modo tiempo y lugar de su producción.

El objeto de la prueba de informes está señalado por el Art. 317 del que ya diéramos cuenta y que establece que deberán versar sobre hechos concretos y claramente individualizados que resulten de la documentación, archivos o registros contables del informante, así la posibilidad jurídica del medio puede analizarse desde un punto de vista positivo y otro negativo. Desde el punto de vista positivo el objeto de prueba debe estar constituido por hechos concretos y claramente individualizados. En su faz negativa este medio de prueba está limitado en el Art. 318 del citado cuerpo legal, cuando se establece la sanción de inadmisibilidad del pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos.

La regla general es que si existe un medio de prueba idóneo para la obtención de determinado elemento probatorio, éste es el que debe ser utilizado y en consecuencia no puede ser sustituido por otro.

La prueba de informes debe ser propuesta por las partes y admitida formalmente por el tribunal; su diligenciamiento se realiza por medio del libramiento de oficios y la contestación debe ser realizada directamente por el informante.

En cuanto a las modalidades, la prueba de informes no admite otro medio de expresión que no sea el escrito; así para su recepción debe librarse el oficio respectivo y también por este medio será la respuesta del informante.

Los oficios pueden ser redactados por los abogados que intervienen en calidad de patrocinantes o apoderados y que están autorizados para firmarlos, su diligenciamiento les

¹⁷ Kielmanovich, Jorge, L teoría de la prueba y de los medios probatorios, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2004, Pág. 443

competente y si no lo hicieren en tiempo propio pueden incurrir en negligencia Art 212, C.P.C.C, en el texto del oficio el litigante debe incorporar la transcripción del decreto que ordena el diligenciamiento de la prueba, Art. 322 1era parte C.P.C.C.

La ley sanciona de diferentes formas la mora o incumplimiento en el deber de informar si quien debe suministrarlo es una entidad pública y esta circunstancia deberá ser comunicada al Ministerio de Gobierno. Si se tratare de un escribano o entidades privadas, podrá ser pasible de una multa de hasta 10 ius por cada día de retardo Art 321 C.P.C.C.

Si la reticencia en evacuar el informe correspondiera a una entidad privada, conforme la norma precitada “se le impondrá una multa a favor de la parte que ofreció la prueba, de hasta 10 ius por cada día retardo.”

En lo que concierne a la dimensión temporal, la prueba de informes debe ofrecerse y diligenciarse dentro del plazo ordinario que la ley establece para cada tipo de juicio.

Debe señalarse, que nada obsta que pueda ser solicitada como medida para mejor proveer, Art. 325 y 486 C.P.C.C

El informante tiene la obligación de suministrar el dato solicitado. Sin embargo la ley establece excepciones en el caso de que existiere una justa causa o razones fundadas en la reserva o secreto, circunstancia que deberá ser comunicada al tribunal dentro del quinto día de recibido el oficio, Art. 319 C.P.C.C.

Por ultimo nos referimos a la valoración del informe, diremos que estará condicionado por diferentes circunstancias, así puede haber sido expedido por instituciones publicas a través de funcionarios autorizados o por representante de personas jurídicas privadas. El problema se presenta cuando el informe emana de entes privados. En estos casos el juez deberá tener en cuenta la importancia institucional y el prestigio reconocido al establecimiento de que se trate.

En el caso que el informante sea un particular, puede evacuar un informe respecto de las constancias, puede evacuar un informe respecto de las constancias de sus libros y archivos. En tal caso no actúa como persona física en merito de sus conocimientos personales, sino como titular de los libros y archivos.

Sintetizando, decimos que cuando el informe proviene de un funcionario público que actúa dentro de los límites de su competencia, tiene la fuerza convictiva de un instrumento público y hace plena fe sobre la autenticidad de lo comunicado, conforme los Art. 993 a 995 del C.C. En cambio, si el informante es una entidad privada, en este caso el juez debe meritarlo junto con otros elementos de juicio aportados al proceso y a través de las reglas y principios que informan la sana critica racional.

9-8.2-INSPECCIÓN JUDICIAL (Págs. 374 a 383 T I)

9.2.1-Concepto e importancia. Delimitación. Caracteres. Naturaleza jurídica. Valoración.

La inspección judicial es el acto por el cual el juez en forma personal y directa examina un lugar o una cosa vinculada con el objeto del pleito, con el fin de obtener elementos de convicción para un proceso determinado.

El reconocimiento judicial es un caso típico de prueba directa pues el juez toma contacto directo con lo inspeccionado, bajo ningún caso puede delegar su comisión.

La inspección no debe restringirse a simples percepciones visuales (inspección ocular), sino que en la mayoría de los casos comprende otras aprehensiones de carácter sensorial.

No pueden ser los hechos pasados ni los futuros. Sin embargo podrían examinarse las

secuelas o rastros dejados por el hecho que ocurrió anteriormente. También podría realizarse la inspección sobre hechos que han pasado pero aún subsiste parte de ellos al momento de realizarse la diligencia.

Entre los caracteres podemos mencionar:

- Directa
- Personal.
- No representativa.
- Formal y
- Lógica

El objeto de la prueba de inspección son los hechos, que tienen que ser de índole material en sentido amplio, es decir, susceptibles de ser captados por el magistrado a través de la percepción sensorial.

Respecto al lugar, dependerá del objeto o sujeto de que se trata, si por su naturaleza pueda ser trasladado o si es conveniente que el tribunal se desplace a otro sitio para la mejor realización de la diligencia.

El tiempo de diligenciamiento es el ordinario que la ley establece para todo medio de prueba, también puede solicitarse como diligencia preparatoria del juicio ordinario, Art. 486 C.P.C.C., o como medida para mejor proveer.

También puede ser ordenada a solicitud de parte interesada o dispuesta de oficio por el tribunal. La ley procesal autoriza la realización de la inspección y la pericial en forma simultánea. Art. 258 C.P.C.C.

La prueba deberá ser valorada por el juez con sujeción a las reglas de la sana crítica, aunque sólo tendrá eficacia plena el acta labrada, ya que por ser suscripta por juez y secretario, valen como instrumento público.

10.1-PRUEBA DE INDICIOS (Págs. 385 a 404 T I)

10.1.1- Concepto del indicio. Naturaleza. Requisitos. Clases. Valor probatorio. Las presunciones y el indicio. La conducta de las partes en el proceso.

La prueba de indicios cobra relevancia cuando se pretenden corroborar ciertas circunstancias o hechos de prueba difícil. Así por ejemplo, se aplica cuando sólo existe principio de prueba en hechos ilícitos o íntimos, de los que no exista prueba directa.

La prueba indiciaria se vincula con el principio del favor probaciones, que ya hemos caracterizado.

En general se entiende por indicio un hecho conocido (hecho indicador) del cual se induce otro desconocido (hecho indicado), mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.

Así como los indicios constituyen medios de prueba, las presunciones constituyen reglas de razonamiento.

Couture ha señalado que la presunción exhibe tres elementos: un hecho conocido (indicio), un hecho desconocido (que se pretende probar) y una relación de causalidad. Ellas se vinculan a través de una operación lógica, por lo que se reconstruye el hecho desconocido de la forma en que se considera que probablemente ha ocurrido.

Las presunciones pueden ser legales o del hombre u hominis, las primeras son las establecidas por la ley y admiten a su vez una subclasificación: iure et iure o iures tantum, según admitan o no prueba en contrario, las presunciones hominis se manifiestan por el razonamiento que efectúa el órgano jurisdiccional, a partir de cierto hecho para arribar a determinada conclusión.

La eficacia de este medio probatorio dependerá de diferentes factores: principalmente que el hecho generador (hecho indicante) esté debidamente probado; además del grado de veracidad, de la compatibilidad con otros elementos, de lo que señalan las normas de la experiencia con la cual se lo relaciona, del grado de dependencia y conexión con otros indicios, etc.

Este medio de prueba debe ser valorado de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional.

En el derecho procesal moderno se sostiene que es lícito para el juez extraer argumentos de prueba de la ponderación de los comportamientos procesales de los litigantes. Estos argumentos implican la valoración de una conducta que resulta contraria a reglas procesales y en especial al principio de solidaridad o colaboración con el proceso.

La regla ha sido incorporada legislativamente al Código procesal Civil y Comercial de la Pcia de Córdoba en el Art. 316.

La conducta procesal puede asumir distintas manifestaciones con valor probatorio; así por ejemplo, cuando un comportamiento es omisivo, oclusivo o contradictorio, también cuando implique mendacidad.

10.1.2. Prueba Difícil. Nuevas tendencias.

Como ya indicáramos, el principio del favor probationes permite al juez a preciar el material probatorio de manera más o menos rígida. La problemática de la prueba difícil encuentra una solución adecuada a través de dos vías: el favor probationes, que opera cuando la dificultad probatoria es in re ipsa, y las pruebas leviores, que funcionan cuando es necesario una actividad probatoria complementaria en miras de demostrar que se está en un terreno de difícil prueba.

10.2- PRUEBAS INNOMINADAS (Págs. 405 a 411 T I)

10.2.1. Medios de prueba innominados. Sistema legal

Históricamente se conocen dos sistemas de regulación de los medios de prueba; el primero de ellos, conocido como taxatividad legal, se caracteriza porque el legislador enuncia y limita los medios de prueba que pueden ser utilizados en el proceso. Para ello prevé un catálogo y veda en forma expresa la utilización de otros que no estén expresamente previstos.

En cambio, el segundo es que prevén los Códigos procesales en la actualidad, son los sistemas de prueba libre y autorizan al juzgador a admitir todos los medios de prueba que consideren idóneos a fin de formar su convicción, aunque no estén expresamente regulados. Se enuncian los medios de pruebas clásicos, pero además de modo expreso o tácito, permiten la producción de otros no previstos.

El sistema presenta a su vez dos modalidades: el que enumera los medios de prueba y en una disposición abierta prevé la posibilidad del juzgador de admitir y ordenar otros no previstos cuando lo estime conveniente. Así ocurre en el Art. 378 del CPCN y en el Art. 202 del C.P.C.C que autorizan la utilización de medios no previstos.

En el procedimiento cordobés estos nuevos medios deben ser introducidos al proceso utilizando analógicamente algún procedimiento establecido para otro y que pueda ser idóneo; en cambio en el sistema de la Nación la regulación es diferente, ya que otorga al tribunal la facultad discrecional de establecer la forma del diligenciamiento sin imponer el uso de la analogía.

Referidos a los medios no enumerados, la jurisprudencia actualmente los admite en algunos casos como prueba documental y en otros como indicios, pero por regla general para darle eficacia se requiere, además, de otra prueba complementaria (por ejemplo, la pericial o testimonial). Por ejemplo, prueba corroborante de un video o de una grabación pueden ser testigos que participaron en él o que por alguna circunstancia conocieron el conflicto.

10.2.2. Medios de prueba mixtos

Las partes pueden solicitar que el tribunal, conforme a reglas legales o con fundamento en el Art. 202 del C.P.C.C, ordene la producción de medios mixtos o combinados. Por ejemplo, nuestra ley procesal cordobesa dispone expresamente en el Art. 258 la realización simultánea de la inspección judicial y la pericia, que toda prueba documental lleva implícita la pericial caligráfica subsidiaria, Art. 242 C.P.C.C, y la posibilidad de reconocimiento judicial y testimonial, Art. 303 C.P.C.C. Pero la realización simultánea puede ser ordenada por el juez, aunque no esté expresamente previsto, cuando las partes así lo soliciten y ello resulte conveniente para el esclarecimiento de la verdad.

Seguidamente les presentamos un artículo de doctrina que puede resultarles de interés:

LAS GRABACIONES Y FILMACIONES COMO MEDIOS DE PRUEBAS EN EL PROCESO CIVIL.

Sonia Cabral ¹⁸

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Proceso judicial y tecnología. 3. Necesidad de formular algunas precisiones: 3.1 Las grabaciones privadas en el proceso civil: ¿son o no son pruebas ilícitas? 3.2 ¿son o no son un documento?. 4. Intervenciones telefónicas por el juez civil. 5. Forma de incorporarlas al proceso. 6. Prueba de intervenciones telefónicas y momento de analizar su ilicitud o procedencia. 7. Conclusiones.

1. Introducción

El propósito del presente trabajo es enfrentar la relevancia probatoria de los soportes técnicos que contengan la voz humana, la imagen o ambas a la vez, siendo uno de los temas que las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación generan en torno a la prueba judicial. Abordaremos en este cometido, los registros que hace el propio interlocutor al utilizar el servicio telefónico o cuando filma determinada circunstancia. Incluimos los casos en que un particular

¹⁸ Docente de la Cátedra "C" de Teoría General del Proceso (U.N.C.), docente de Derecho Procesal I (Teoría General del Proceso, UES21).

ajeno a la conversación sin estar autorizado las registra de modo fílmico. También se plantea en ésta investigación las llamadas intervenciones o interceptaciones, es decir las grabaciones de conversaciones realizadas por terceros, cuando es el Estado quien las interfiere mediante orden judicial. Pero se impone la aclaración que nuestro encargo es siempre limitado al ámbito del Proceso Civil y con algunas referencias al Proceso de Familia.

En las épocas que corren el derecho no puede ignorar que el pensamiento se transmite más rápidamente por medio de una conversación hablada entre presentes o vía telefónica que por un instrumento escrito, lo que nos lleva a preguntarnos sobre las posibilidades de introducir al proceso los medios de reproducción de la comunicación que referenciamos en relación a los medios de prueba, sobre todo cuando el orden normativo no los tiene en cuenta. Pero las dudas que nos surgen no se limitan a esa sola pregunta, sino que partiendo de la irrevocable vinculación con el derecho a la intimidad del tema que nos ocupa ya que, la razón de esta actividad es captar determinados hechos que servirán (o no, ya lo veremos) para un proceso, pero también para inmiscuirse ilegítimamente en la esfera propia de las persona en su ámbito privado o íntimo que tiene resguardo constitucional. Pero, sabemos que la Constitución Nacional también garantiza el derecho a un debido proceso y comprendido dentro de éste el derecho a practicar los medios de pruebas pertinentes. Aquí centraremos nuestro esfuerzo. Porque el empalme de la telefonía, la fotografía, la video filmación y la grabación con el derecho a la intimidad, queda bastante claro, porque una persona puede ser “captada” por cualquiera de estos procedimientos, aún cuando habla por teléfono o directamente en forma oral con otras personas presentes sin su consentimiento. Creemos que la Constitución no debe ser un obstáculo para eludir la justa recomposición de los conflictos por la invasión de la tecnología, máxime cuando pueda estar comprometida una garantía que la misma Constitución protege.

19

Sabemos que contamos con una orfandad legislativa, al decir de Carbone , ya que el panorama legal se ciñe en primer lugar, al Art. 18 de la Constitución Nacional, en segundo lugar dos leyes nacionales, una regulando las comunicaciones a distancia, y la ley de inteligencia del estado, y las normas procesales de cada ordenamiento provincial junto al nacional. El referido artículo 18 de la Constitución Nacional no contempla otra comunicación que no sea la correspondencia, por ello las leyes nacionales referidas sólo contienen algunas pautas lo que nos obliga a bucear en la doctrina y la jurisprudencia.

2. Proceso Judicial y tecnología

El Proceso Judicial en cuanto a los objetos probatorios se ha acostumbrado a plasmar la palabra escrita como medio de comunicación. Pero el papel no es el único medio de contener la palabra escrita, razón por la cual el Proceso puede captar la palabra escrita sin soporte de papel y, más aún, la palabra hablada. Los adelantos informáticos y en el campo de las telecomunicaciones, desde el punto de la tecnología comprenden distintos soportes donde se asientan la imagen o el sonido que los legisladores del siglo XIX ni siquiera podían imaginar, por lo que no fueron tenidos en cuenta en los Códigos Civiles, penales ni procesales ya que el soporte clásico era el papel. Los nuevos contornos tecnológicos desfallecen a los operadores jurídicos de desafíos probatorios, de dudas en cuanto a su incorporación eficaz en el proceso de vehículos que representan la voluntad y el pensamiento, así sumamos al problema de una fotografía, ignoradas en muchas legislaciones procesales, no obstante conocida en el siglo XIX, o del telegrama, télex, le agregamos el documento electrónico: correo electrónico (e-mail, contratos vía Internet), videos, fax, fotocopias, cintas magnetofónicas o grabaciones, disquetes, discos ópticos, discos rígidos, CD –Rom, DVD etcétera.

Se ha afirmado que las deficiencias que pueden generar los nuevos medios de probatorios que podían captar estas técnicas modernas estaban relacionadas con la seguridad, fiabilidad o

¹⁹ Carbone, Carlos Alberto. “Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de pruebas”, Pág. 21, Ed. Rubinzal Culzoni. 2005

manipulabilidad. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que estos riesgos no son mayores o al menos iguales a los medios de pruebas tradicionales que tratan desde antaño los Códigos procesales, donde el documento escrito es el claro ejemplo.

En el actual estado de cosas que involucra ciencia, tecnología, derecho a la intimidad, el verdadero sentido del proceso, sea cual fuere, plantea muchos interrogantes que el legislador decimonónico ni se imaginaba, ni tampoco el del siglo XIX, que empezó a observar algunos cambios en el modo de comunicarse; si bien algunos estados desarrollados en el siglo XX se comenzaron a captar algunas aristas fundamentales del tema abordado, el legislador del siglo XXI no puede desconocer esta profunda innovación que en consecuencia afecta las viejas concepciones que a su vez conmueven el soporte en el que se escriben y, más aún, en el que se oyen o se ven esas voces, y consiguientemente su repercusión en la forma de probar en el

²⁰ proceso.

En realidad tribunalaria, no puede negarse que hoy en día estos nuevos soportes probatorios, son un escollo o problema, más que una oportunidad para avanzar en el esclarecimiento procesal de los hechos.

3. Necesidad de formular algunas precisiones:

3.1. Las grabaciones privadas en el proceso civil: ¿son o no son pruebas ilícitas?.

En materia civil se puede esgrimir una grabación para acreditar una deuda, un pago, una injuria

laboral o en familia en un juicio de divorcio, en un incidente de remoción de síndico, entre otros supuestos.

Partimos de la base que hay una aparente desconfianza en la doctrina a admitir la prueba de grabaciones obtenidas subrepticamente, sin consentimiento del interesado-ya que no habría

problema en admitir la rendida en caso contrario-, sin orden judicial. Es más, sostienen su rechazo liminar por ser pruebas ilícitas, en razón que el afectado ignora el fin que tendría la conversación.

Así encontramos dos posturas, por un lado están aquellos que rechazan la admisibilidad de las pruebas referidas atento su condición de ilícitas. En tanto que, por otro costado, se encuentran quienes están a favor de su admisibilidad. Sucintamente expondremos cada una de ellas:

Posturas en contra:

Kielmanovich entiende que admitir la prueba de grabaciones obtenidas subrepticamente se produce un serio quebrantamiento del derecho de defensa en juicio y de la libertad personal, extremos que convertirían a la prueba en ilícita.

Sobre el particular tema de la ilicitud, puede ya directamente residir en la prueba en sí misma considerada (ilicitud sustancial) por encontrarse ésta prohibida para ciertos hechos o respecto de determinados tipos de procesos, o bien puede referirse al modo o procedimiento de adquisición de la prueba de por sí lícita (ilicitud formal). Respecto a ésta última, podemos mencionar dos corrientes principales en lo que atiende a su admisibilidad en juicio. Para una, la prueba ilícitamente obtenida es válida y eficaz, sin embargo, cuando el sujeto que perpetró el acto que condujo al descubrimiento del crimen mismo es también sancionado. En cambio, para la segunda postura entiende que tales pruebas deben excluirse de absolutamente del proceso ya que se aprecia “como un mal menor el de que algún criminal haya de escapar a la justicia”, que el que las

búsqueda de las pruebas por medios ilícitos . Si ²³autoridades “representen un papel innoble” en la

²⁰ Carbone, Carlos Alberto. Ob. cit. Pág. 46.

²¹ Son los casos que originaron los fallos motivo de nuestro estudio.

²² Carbone, Carlos Alberto. Ob. Cit. Pág. 313.

²³ Kielmanovich, Jorge, L, La grabación subrepticia de un conversación telefónica como prueba en el proceso civil”, L.L. 1984-B, Págs. 733 y sgtes.

bien estas doctrinas fueron de exclusiva aplicación para el procedimiento penal, posteriormente sus conclusiones fueron extendidas al civil, con gran resistencia.

Una tercera posición ha sido elaborada por la jurisprudencia alemana que excluye a la prueba ilegítimamente obtenida, salvo cuando el procedimiento en cuestión constituya el único medio

²⁴

razonable para salvaguardar otro valor constitucional fundamental.

Para quienes optan por el rechazo, postulan que se trata de prueba ilícita aquella comunicación telefónica gravada sin consentimiento del afectado que en principio no está destinada a ser difundida y se desarrolla en el entendimiento y en función de esa privacidad.

En apoyo a lo señalado se ha expresado también que “cualquiera que sea el sistema procesal vigente, debe considerarse implícitamente consagrada la prohibición de utilizar pruebas cuya

²⁵

ilicitud sea evidente. En ese orden de ideas, afirman, el Art. 378 del Código Procesal Civil establece que la prueba deberá producirse por los medios previstos por la ley y por los que el juez disponga “siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso”. Lo cierto es que a veces esa licitud o ilicitud no aparece evidente, sino que se encuentra inmersa en “una zona gris”.

Se dice que la violación de la correspondencia ofende precisamente la garantía constitucional consagrada en el Art. 18 de la constitución Nacional, la que se entiende como comprensiva de la telefónica, a pesar que lógicamente no está incluida expresamente en el texto constitucional. A su turno la Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798 condiciona la interceptación y registro a la

²⁶

previa autorización judicial.

²⁷

En la actualidad el fenómeno puede y debe ser atendido a la luz del derecho a la intimidad consagrado en Art. 1071 bis del Código Civil.

Opiniones a favor

Para otros, en cambio, perfilan su opinión en sostener su admisibilidad y afirman que el hecho que se postule una prueba complementaria la tornaría eficaz, por lo que no debería propiciarse su rechazo ante el desconocimiento como propio de las voces gravadas, por cuanto si eso sucede

²⁸

con el instrumento escrito por parte del perjudicado, aquel debe ser, sometido a una pericia. .

²⁹Alsina duda de su eficacia “por la imposibilidad de

establecer la identidad de su autor” .

³⁰

Otros autores, que postulan su admisión, la asimilan lisa y llanamente a la prueba documental. Leonardo Colombo, sostiene que “la libertad más absoluta debe regir cuando se trata de demostrar las circunstancias alegadas por los litigantes. Únicamente frente a la moral, las buenas

²⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída, Las escuchas telefónicas en la experiencia judicial, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 14, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1997, Pág. 97 y sgtes.

²⁵ Devis Echandía, H. “Teoría General de la prueba judicial”, t. I, Pág.539, Ed. Zavalía.

²⁶ La citada ley luego de definir como “correspondencia de telecomunicaciones” a toda “comunicación que se efectúe por los medios de telecomunicaciones públicos o privados autorizados”(Art. 2), indica que la correspondencia de telecomunicaciones es inviolable y que su “interceptación es sólo procederá a requerimiento de juez competente” (Art. 18); y que la inviolabilidad de la correspondencia de telecomunicaciones importa la prohibición de abrir, sustraer, interceptar, interferir, cambiar su texto, desviar su curso, publicar, usar, tratar de conocer o facilitar que otra persona que no sea su destinatario conozca la existencia o contenido de cualquier comunicación confiada a los prestadores del servicio y la de dar ocasión de cometer tales actos.” (Art. 19).

²⁷ Como lo sostiene, entre otros civilistas, Orgaz Alfredo: La Ley sobre intimidad, E.D., t. 60, Pág. 929.

²⁸ Art. 242 C.P.C.C Pericial caligráfica subsidiaria. Todo ofrecimiento de prueba documental lleva implícita la pericial caligráfica para el supuesto de negarse la autenticidad.

²⁹ Lo que hoy fácilmente superable a través de las pericias fonéticas. Alsina, Hugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Ediar, Buenos Aires, 1963, t.III, p.489.

³⁰ Colombo, Leonardo, Algunas consideraciones sobre la prueba fonográfica de los hechos. LL 77-679.

costumbres, el orden público o un precepto legal expreso esa libertad encuentra su límite”. .
Dicho autor afirma a favor de la tesis irrestrictamente permisiva, que la prueba así obtenida no “vulnera ninguna garantía individual”. La incorporación al proceso de la prueba que nos ocupa, responde a un criterio que otorga y reconoce preeminencia la interés general por sobre el privado de las partes.

La registración magnetofónica o fonográfica de una conversación telefónica, tomada en forma subrepticia por uno de los interlocutores o por un tercero, ha sido pacíficamente admitida en nuestros tribunales civiles, como así también cuestiones de derecho de familia, principalmente

como elemento de comprobación del adulterio, como desarrollaremos en líneas más abajo.
Palacio critica que no se permita la grabación subrepticia porque el conocimiento de que la grabación va a ser utilizada no es un elemento esencial del medio de prueba, ya que la eficacia

probatoria del mismo radica en la ignorancia de que será utilizado en el proceso. Sostiene el autor citado que la jurisprudencia no puede pasar por alto que la Constitución permite hacer excepciones al principio de la inviolabilidad de la correspondencia, y a pesar de no haber ley al respecto, aquellas se pueden admitir en ocasiones en el ámbito del Derecho Civil, donde también

ese derecho a la privacidad debe ceder.

Se ha dicho que no deben asimilarse en su totalidad los medios fonográficos a los instrumentos escritos, por sus especiales características diferenciadas a la hora de obtener fuentes de prueba

con el fin de imposibilitar el acceso al proceso de los primeros. Entonces sería admisible el reconociendo telefónico del deudor de la suma debida, reclamo judicial posterior, prescripción y contestación de interrupción por el reconocimiento de la deuda basada en el artículo 3989 del

Código Civil : fue tal reconocimiento libre, espontáneo a quien se deseaba hacer esa manifestación; por eso no hay delito, inviolabilidad del secreto . Proviene de relaciones estrictamente inter partes con el fin de que surta efecto dentro de ese reducido ámbito, del mismo modo que el destinatario de una carta pueda hacerla valer como medio de prueba y con

prescindencia de su carácter. Por lo que el reconocimiento de una obligación civil en forma telefónica cuando es dado en forma libre y espontánea a una persona a la que se le desea hacer tal manifestación, máxime si es su acreedor, no obsta a que el favorecido con dicho reconocimiento lo haga valer en un proceso contra el deudor. Opinión ésta que hacemos nuestra. La cuestión se complica en el caso del diálogo entre el deudor y una tercera persona grabado clandestinamente por el acreedor u otro tercero. No teniendo normas debemos acudir a los

³¹ Colombo, L., Ob. Cit., Pág. 1152.

³² Cám. Civil 2º de la Capital Federal, marzo 29-949, L.L., t. 54,.479; CN Civ., Sala A, agosto 24-954, L.L., t. 77, p. 678; CNCiv., Sala A, junio 25-958, L.L. t. 91, p. 270, CNCiv. Sala D, agosto 5-959, L.L. t. 96.p.209, por citar algunos.

³³ Palacio, Lino. Derecho Procesal Civil, t. IV, Pág. 471.

³⁴ Palacio Lino, un caso de grabación de conversaciones telefónicas ofrecida como medio de probatorio. E.D. 142-611. En nota a fallo, el autor destaca : “Fue la comentada, en suma, una sentencia correctamente estructurada pero a mi entender injusta, porque otorgó a la “libertad personal” y “a la privacidad de las comunicaciones” un sentido desvinculado de las circunstancias del caso, y vino implícitamente a respaldar, con excesivo rigor formal, la actitud que la Corte Suprema comenzó a descalificar a partir del precedente de fallos, 238-550, o sea la “renuncia consiente” a la verdad jurídica objetiva.” Opinión que humildemente compartimos. Así también podemos mencionar la opinión del Dr. Germán Bidart Campos para quien... “se ha extendido exageradamente el amparo de la privacidad...”, en E.D. t. 140, Pág. 600.

³⁵ Carbone, Carlos Alberto. Ob. Cit. Pág. 319.

³⁶ El Art. 3989 del Código Civil establece que se interrumpe la prescripción por el reconocimiento, expreso o tácito, que el deudor hace del derecho.

³⁷ Palacio, ob. Cit., Pág.. 468

dispuesto por el Código Civil en materia de cartas misivas, que establece que las misivas dirigidas a terceros no se admitirán para su reconocimiento aunque se reconozca por ellas una obligación.

Antes de tratar de resolver el problema debemos partir del concepto de terceros. Diremos entonces, que el tercero es aquel que está desvinculado con las partes o con el juicio de que se trata, por lo que no puede reputarse tercero, a nuestro entender, al apoderado o abogado de la parte, a quienes les fue dirigida la conversación telefónica por el deudor demandado, de modo que en estos supuestos no se halla en tela de juicio el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia.

Entendemos que esto es aplicable a los asuntos de familia y laboral.

Así como en materia civil fue admitido al esposo interceptar una epístola de su esposa infiel dirigida al amante dejando de lado el artículo 1036 del Código Civil, podría admitirse si uno de los cónyuges graba un diálogo telefónico de esta naturaleza.. Siguiendo a Carbone, podemos establecer lo siguiente: si nació con motivo de relaciones existentes entre las partes contentientes de un proceso están llamadas a perjudicar o favorecer únicamente a ellas. Se excluyen, en principio, aquellos terceros ajenos a esa relación que aspiran a sacar provecho de esas pruebas, salvo excepciones. Así se convalidó la actividad del empleador que capta la conversación de un conmutador de su empresa entre un empleado imputado y tercero-ex dependiente también-, donde acordaban sustraerle mercadería, si bien se basó en la prueba del proceso penal, puede afirmarse que es válidamente aplicable ofrecer la grabación como prueba de injuria en un proceso laboral, válidamente fundado en el mismo hecho. En el caso el propio titular de un servicio telefónico y al mismo tiempo del negocio en el cual está instalado el servicio tiene derecho a conocer y controlar, incluso interceptando, el contenido de las comunicaciones que se reciben y se transmiten, sin que su conducta en tal sentido implique violación a la privacidad de terceros que utilizan las instalaciones telefónicas, porque éstas no se hallan

38

destinadas a su uso privado, sino a la atención del giro normal del negocio.

La jurisprudencia que postula el rechazo de la grabación en sede civil se basa fundamentalmente, y como ya lo hemos precisado, en que el afectado desconocía que lo estaban grabando y que iba a ser utilizada en su contra, a diferencia del instrumento escrito que el interesado firma sabiendo

39

dicha circunstancia. .

Hoy existe un criterio jurisprudencial que entiende que una grabación obtenida en forma privada por el beneficiado de la conversación sin que el afectado se enterara de tal cometido, y que luego la hace valer en el juicio, encuadra en las prohibiciones del Art. 18 de la Constitución Nacional, el artículo 10 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre , el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 11, inciso 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en la ley 19.798, que declara inviolable lo que define como “correspondencia de telecomunicaciones” (artículos 2º y 18), veda su interceptación, publicación y uso por quien no sea su destinatario (artículo 19) e impone el secreto a las personas afectadas a los servicios (Art. 20) y a toda persona que de cualquier manera tenga conocimiento de su existencia o contenido (Art. 21). Pero cuando aún así no se entendiera-se dice- dicha

³⁸ E.D. del 4/7/91 N°7775, p.1, E.D. 140-599 con la opinión, que compartimos ,de Germán Bidart Campos.

“ El propietario pudo entonces interesarse en conocer el contenido de las conversaciones habidas mediante sus aparatos de conexión e intercomunicación telefónicos, su conducta de interceptarlas no ha lesionado la intimidad ni los derechos de terceros que gozarán de inmunidad frente a él. Si se enteró de actividades delictivas y se valió de ese medio para radicar la denuncia penal, toda la secuela procesal probatoria no ha sido viciada por un acto inicial de carácter constitucional, ni queda atrapada como nula dentro del encuadre de la teoría del fruto del árbol venenoso.”

³⁹ CNCom., sala D, 18-5-89, in re “Sananes, José Franklin c/ Unifarma S.A”, J.A. 51-R-62 N° 11.934, E.D. 142-608, L.L.1989-D-329.

grabación afecta la regla moral y de ese modo opera la exclusión del citado artículo 378 del

⁴⁰ C.P.C.C.N. . Así se resolvió que el registro fue obtenido por el actor en forma disimulada, sin consentimiento del demandado, con una suerte de ardid, resultando claro que éste no se hubiese prestado a ella de conocer el propósito del actor, porque una comunicación telefónica como la que habría sido grabada en principio no está destinada a ser difundida y se desarrolla en el entendimiento y en función de esa privacidad. Sostiene el decisorio que, al grabar la conversación, el actor abusó de la confianza depositada en él por el demandado, infringiendo de esta manera el

⁴¹ principio de buena fe, básico en la moral y las buenas costumbres. .

3.2. Son o no son un documento?

En general la jurisprudencia ha entendido que las cintas magnetofónicas y discos con grabaciones

⁴² son documentos. La cinta magnetofónica portante de una grabación es un documento en sentido lato. Se ha entendido por tal “a todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza. En ese orden de ideas no sólo son documentos los que llevan signos de escritura, sino también todos aquellos objetos que como...(las) cintas magnetofónicas poseen la misma aptitud ⁴³representativa”. Desde esta perspectiva, las cintas grabadas pueden recibir tratamiento procesal de documento: es decir ofrecidas en la oportunidad prevista por los Códigos procesales y, consecuentemente, ser sometidas al reconocimiento de sus autores o –agregamos– involuntarios coautores, y en su caso, puestas a examen y dictamen de un perito en la materia de que se trata. También encontramos posiciones enfrentadas respecto a la fuerza probatoria de los documentos privados y su aplicación analógica a las grabaciones y filmaciones privadas. Así se afirma, en primer lugar, no se puede equiparar la voz grabada con la firma manuscrita, por la simple razón que existen normas de derecho de fondo que impiden ese forzoso cotejo. En segundo lugar, para que un documento privado pueda serle opuesto a su otorgante debe estar firmado, es decir debe existir la presunción de que ha existido una libre manifestación de voluntad de querer dar a esa

⁴⁴ expresión escrita el valor de documento privado . Ambos documentos- instrumento privados y cinta magnetofónica- exhiben una trascendente desemejanza: el instrumento privado lleva la firma de su autor o emisor que obró con plena libertad y conciencia de su actuación, mientras que en las cintas magnetofónicas quien virtió telefónicamente expresiones verbales subrepticamente grabadas, actuó sumido en una ignorancia que comprometió seriamente el ejercicio de su libertad

⁴⁵⁴⁶ personal . Opinión no compartida por Palacio La constancia que se quiere hacer valer se ha

⁴⁰ Art. 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “Medios de Prueba. La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso”.

⁴¹ CNCiv., Sala I, 9/3/2004, autos “ León, Gerardo Alberto c/ Vara, Pedro s/ Cobro de Sumas de dinero”, www.elDial.com.

⁴² Los dibujos, cuadros, planos, fotografías, radiografías, películas, cintas magnetofónicas y discos con grabaciones se encuentran incorporados al género de los documentos por imperio de las disposiciones del Art. 370, párr. 2º, del C.P.C.N. C1º CC Santiago del Estero, in re Napau S.A. c. Rodríguez Roberto y otros. L.L. 1997. E.

⁴³ Palacio, Lino E. ,Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977,t. IV, Pág..417.

⁴⁴ Arts. 1012,1014 y 1036 del Código Civil, constituyen ejemplos de ello.

⁴⁵ Así lo entendió la CN Com. Sala D., in re “Sananes, José F. c/ Uniforma S.A. E.D., t. 142 Pág.. 608, (con opinión discrepante de Palacio Lino E).Consecuentemente, se resolvió que las cintas no pueden ser ofrecidas como prueba documental a tenor de lo dispuesto en el Art. 378, párrafo 1º, CPCN.

⁴⁶ Palacio Lino E. Un caso de grabación de conversaciones telefónicas ofrecida como medio probatorio E.D., t. 142 Pág.. 608 y sgtes.

obtenido con total ignorancia y desconocimiento de la persona cuya voz se dice que ha sido gravada. Nos preguntamos entonces, si el consentimiento o conocimiento de ambos interlocutores para la grabación de la conversación, permitiría excluir de esta su carácter de ilícita. Se ha establecido una similitud entre las cartas misivas y las grabaciones telefónicas. Pero

⁴⁷ también sobre el particular las aguas se dividen. Por un lado, y en contra de la mentada similitud se ha dicho que quien redacta y remite una carta, sabe o debe saber que está confeccionando un instrumento privado que sale voluntaria y conscientemente de su fuero interno para ingresar al mundo exterior en el que aquella podrá apreciarse como prueba documental en un proceso judicial-salvo, aclaran- se trate de cartas confidenciales; en cambio quien conversa telefónicamente no pudo prever que por esta vía se encuentra así suministrando involuntariamente prueba contra sí para un proceso pendiente o futuro, justamente cuando el sujeto conoce que en principio esa comunicación se encuentra constitucionalmente privilegiada, presumiendo que el contenido de la misma no se exteriorice o trascienda.

4. Intervenciones telefónicas por juez civil.

Nos preguntamos si la atribución genérica para intervenir las comunicaciones telefónicas en el proceso penal, también la tienen los jueces cuya misión es aplicar el Derecho Privado. Porque la Ley Procesal Penal no es la única que podría reglamentar esa medida, ya que también en los procedimientos civiles pueden presentarse casos en los que podrían eventualmente justificarse como necesario y razonable apelar a la intervención en las comunicaciones.

En primer lugar, y partiendo de la Carta Magna y de la interpretación que se ha hecho del artículo ⁴⁸

18, podríamos decir que la limitación del derecho fundamental a la correspondencia epistolar y telefónica no puede ser competencia exclusiva y excluyente del juez penal.

Podemos citar ejemplos en la legislación nacional: en la ley concursal el Juez se encuentra ⁴⁹

facultado para la detención y apertura de la correspondencia.

En el orden contencioso administrativo se faculta a los jueces a las pesquisas domiciliarias.

También el Código Civil da ejemplos de medidas que restringen derechos fundamentales, como el de propiedad y la libertad desde el inicio de la causa como sucede en el juicio de insania: el juez puede mandar recaudar los bienes del denunciado como demente y ordenar su internación con el ⁵⁰

sólo informe médico; también los Códigos Procesales permiten arrestar al testigo que no ⁵¹

comparece y cuando miente notoriamente y ponerlo a disposición de la Justicia del Crimen.

⁴⁷ Kielmanovich, Jorge L. La grabación subrepticia de una conversación telefónica como prueba en el proceso civil", L.L. 1984-B pag. 736 y 737. También en el mismo sentido, Inadmisibilidad e ineficacia de la prueba de grabaciones telefónicas subrepticias en el proceso civil, L.L. 2004- D. E.D. Pág. 961 y sgtes. Véase, E.D. 142-609.

⁴⁸ Las reglas sobre defensa en juicio y debido proceso emergentes del Art. 18 de la Constitución Nacional tienen aplicación en cualquier fuero, no limitándose sólo al penal. La orientación genérica de la Corte es que las normas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser observadas en todos los procesos, sin que quepa diferenciar causas criminales, juicios especiales, procedimientos ante tribunales administrativos, e incluso causas seguidas en la jurisdicción militar. ("Lopez", Fallos, 310:1797)

⁴⁹ Ley de Concursos y Quiebras, Art. 88 Contenido. La sentencia que declara la quiebra debe contener:...

6. Orden de interceptar la correspondencia y de entregarla al síndico.

La incautación se refiere a todo tipo de correspondencia; se le entregará al fallido, una vez abierta, la puramente personal. Se librará oficio a las empresas estatales o privadas destinadas a las comunicaciones.

⁵⁰ Juicio de insania Art. 148 Código Civil: Cuando la noticia aparezca notoria e indudable, el juez mandará inmediatamente recaudar los bienes del demente denunciado, y entregarlos, bajo inventario, a un curador provisorio, para que los administre.

La Ley de Telecomunicaciones en su artículo 18 prevé la limitación al secreto mediando orden de juez competente y el artículo 5 de la ley 25.520 en cuanto establece que las comunicaciones telefónicas son inviolables excepto cuando mediere orden o dispensa judicial.

Frente al silencio de las leyes fundales y rituales no debe interpretarse que el sentido de las mismas haya sido su prohibición pero tampoco que existe una autorización a los jueces para intervenir.

52

Carbone concluye sobre la factibilidad de que los jueces ordenen intervenciones telefónicas en el proceso penal y que no existen diferencias sustanciales para apartarlo de tal cometido al juez civil y una interpretación válida es que si no hay ley en el ámbito civil que lo prevea, a contrario sensu la restricción a la libertad y secreto de las comunicaciones pueden ser limitadas por vía judicial. Bajo esta postura se infiere entonces que si los jueces penales no son los únicos que pueden restringir los derechos fundamentales de la inviolabilidad de la propiedad, de la correspondencia, también pueden ser competentes los jueces civiles.

En la vereda de enfrente, hay quienes no se les ocurre cómo una intervención telefónica pueda ordenarse fuera del proceso penal ya que sólo puede ser justificada la limitación de un derecho fundamental al servicio del ius puniendi del Estado.

Pero entonces nos topamos un contrasentido: si la jurisprudencia civil admite la introducción al proceso de conversaciones telefónicas grabadas por las partes, y no pueda autorizarse al juez que el sea quien ordene levantar el secreto constitucional de las comunicaciones, como puede ser en materia laboral para acreditar causales de injurias, o por las relaciones de familia en juicio de divorcio. Si donde las grabaciones entre particulares suelen tener operatividad es en el Derecho de Familia, vinculados a los procesos de divorcio contenciosos, por lo que no se encuentra estorbo constitucional alguno de que un juez del Derecho Privado pueda disponer una intervención telefónica.

Con respecto al juicio de divorcio, sea que se intercepte o no la línea, presupone en el sujeto activo una sospecha de posible adulterio y por ello adopta los recaudos técnicos necesarios para el registro de la conversación, pero sobre el punto compartimos la opinión que a igual resultado

53

podría llegarse solicitándolo como prueba anticipada. Ya que sería poco congruente que el juez civil no accediera a intervenir la línea y grabar la conversación como prueba anticipada con la seriedad que supone la intervención jurisdiccional.

En apoyo a lo que venimos afirmando se ha sostenido la existencia de un derecho matrimonial de interceptación de la correspondencia, ya que el curso habitual y normal de las cosas nos dice que el cónyuge que abre una carta destinada nominalmente al otro, entiende que aquella lo comprende y que su contenido "no es confidencial", ya que amistades y familiares dirigen su correspondencia a uno de los esposos, el conocido o pariente, sin que de ello podamos concluir la exclusión del otro. Dicha postura ha llevado a afirmar que exista un derecho a interceptarla. En síntesis, se afirma que el cónyuge carece del derecho a intervenir la línea telefónica, pero existe un interés público que se pretende encontrar y preservar mediante el juicio contencioso, que

Art. 835 del C.P.C.C. Medidas precautorias. Internación. Cuando la demencia apareciere notoria e indudable, el tribunal de oficio, adoptará las medidas establecidas en el Art. 148 del Código Civil, decretará la inhibición general de bienes y las providencias que crea convenientes para asegurar la indisponibilidad de los bienes muebles y valores. Si se tratase de un presunto demente que ofreciere peligro para sí o para terceros, el tribunal ordenará su internación en un establecimiento público o privado. Concordante con el Art. 629 del C.P.C.N.

⁵¹ Arts 313 C.P.C.C y 449 de C.P.C.N.

⁵² Carbone, Carlos Alberto. Ob. Cit. Pág. 323.

⁵³ Aunque somos conciente que ello implicaría al supuesto cónyuge inocente someterlo a acudir al órgano jurisdiccional para solicitar dicha prueba, con las demoras que implica.

obliga a extremar la apreciación de la prueba, significando otorgar la libertad a las partes -para comprobar previos actos ilícitos- acercando de esta manera los elementos de convicción suficientes al juez de los hechos que se sustentan las causales, también por aplicación del

55

principio del favor matrimonii.

La doctrina adversa a la validez y admisibilidad de las pruebas de grabaciones de escuchas telefónicas en forma subrepticia, postula de lege ferenda la conveniencia de legislar los supuestos que autoricen a intervenir las comunicaciones por orden judicial y en forma detallada. Se responde a la postura anterior que hasta que ello suceda (legislar los supuestos que autoricen a intervenir las comunicaciones), no hay impedimentos para que en determinados supuestos, cuando ello sea necesario para el descubrimiento de la verdad y no estén disponibles otros medios de prueba para la defensa del derecho, los jueces puedan echar mano de las intervenciones.

5. Formas de incorporación al proceso.

Si sostenemos que la grabación es un documento, habrá entonces que acudir al medio de prueba documental para su incorporación al proceso. En materia civil, se ofrecerá en la demanda, contestación de demanda o reconvención, o bien en la etapa de ofrecimiento de prueba. Pero estos medios de prueba no escritos si bien son documentos, por su especialidad necesitan de una prueba complementaria. Al estar su contenido oculto en un soporte determinado (casete, disco duro, disco compacto, disquete, cinta video, etc.) necesita ser revelado por algún dispositivo técnico idóneo, como un reproductor, monitor con computadora, etc. “La necesidad de la complementariedad” significa que, la más de las veces, la eficacia probatoria de un nuevo método confirmatorio reclama la existencia de ciertos elementos coadyuvantes externos. Así, sucede con un procedimiento de reconocimiento por parte del justiciable, frente a quien desea hacerlas valer, y en el supuesto de que fuera desconocida su autenticidad por este último, ser materia de una pericia especializada para determinar la validez probatoria de las mismas. La necesidad de complementariedad se traduce, generalmente, en cuestiones relacionadas con la autenticidad y los procedimientos probatorios subsidiarios.

6. Prueba de intervenciones telefónicas y momento de analizar sus ilicitud o procedencia.

Respecto de la prueba de grabaciones el problema pasa por analizar casi siempre, al menos ese parece ser el problema que refleja la mayoría de los fallos que analizamos para el presente trabajo, si se obtuvo la misma violando o no tales garantías. En éste caso se impugna tal prueba, ¿entrará en el tema de la procedencia probatoria?. Decimos que si, dado que en este caso está vinculada con la legalidad del medio probatorio proyectado a un momento generalmente preprocesal, cual es la forma en que se obtuvo de la fuente probatoria determinada. Se debe analizar si la actividad tendiente a su registración se hizo de acuerdo a las pautas legales, especialmente las surgidas de la Carta Magna. Según la interpretación de la Corte Suprema de Justicia del derecho a la inviolabilidad de la defensa en juicio, ésta deberá siempre pronunciarse ante el juez cuando se impugne de inconstitucional la obtención de la grabación incorporada al proceso tratándose de un supuesto de procedencia. Y ello será así, pensamos, si la ilicitud se aprecie ab initio. Si es palpable la violación a algún derecho o libertad fundamental de la parte perjudicada por la prueba, si es clara se rechazará.

Pero como no es sencillo, el órgano judicial se verá de algún modo constreñido a admitirla porque es precisamente en la fase probatoria cuando puede acreditarse esa obtención irregular del medio. En este caso sólo en la sentencia deberá apartarse de su contenido a los efectos de formar su convicción.

⁵⁴ Entendemos que se trata de la invocación del principio de la libertad de los medios probatorios y del derecho de elección del medio probatorio, elección que supone aquella libertad, o si se prefiere, libertad que posibilita esa elección.

⁵⁵ En contra, Kielmanovich, Jorge, L, ob. cit.

Es decir que el análisis de la licitud del medio de prueba que introduzca la grabación dependerá del modo en que se obtuvo la fuente, y este análisis es patrimonio siempre del tribunal oral o del juez de la sentencia-según el esquema procesal de que se trate- revisable mediante los recursos que correspondan.

El argumento expuesto es otro que confirma la existencia del principio que propiciamos: el derecho a utilizar los medios de pruebas idóneos y pertinentes.

7. Conclusiones

1. Las grabaciones subrepticias pueden servir como prueba para el proceso, cuando éstas constituyan el vehículo para atentar contra la seguridad de la nación o el instrumento para la comisión de delitos contra la vida, la libertad y otros de similar naturaleza y en situaciones que por la real urgencia del caso -no sin reservas- excluyan la alternativa de solicitar la autorización judicial para la interceptación. En alguna medida sería una aplicación de la doctrina del “único ⁵⁶medio razonable”.

2. El principio del favor probaciones, de escaso desarrollo doctrinario y difícil conceptualización pero insoslayable importancia para los procedimientos judiciales en los tiempos actuales, supone que en casos de objetivas dudas o dificultades probatorias, deberá estarse a favor de la admisibilidad, conducencia o eficacia de la prueba, y flexibilizando en particular el criterio que ⁵⁷

gobierna el régimen de la admisibilidad y eficacia de la prueba indiciaria.

En hipótesis de duda parecería preferible pecar por exceso antes que por falta en su proveimiento, dado que en este último caso podría resultar irremediabilmente frustratorio del reconocimiento de los derechos discutidos en la litis, a diferencia de la primera, que a los sumos, podría implicar una ⁵⁸

demora en la tramitación de la causa.

3. En principio a las normas procesales les corresponde reglamentar y hacer efectiva la garantía constitucional del debido proceso y defensa en juicio por lo que se presumen sancionadas a favor ⁵⁹

de los justiciables. Y en esta tesitura afirmamos: el principio de libertad de los medios probatorios y del derecho de elección del medio probatorio, elección que supone aquella libertad-o dicho de otro modo-libertad que posibilita esa elección.

4. Es una prueba documental, pero como prueba científica necesita de otro valor procesal que es la complementariedad: otros medios de prueba deberán abordar el objeto que es el soporte que contiene la imagen o el sonido.

5. Por último, afirmamos lo que dijimos al comienzo de trabajo: creemos que la Constitución no debe ser un obstáculo para eludir la justa recomposición de los conflictos por la invasión de la tecnología, máxime cuando pueda estar comprometida una garantía que la misma Constitución protege.

Bibliografía Consultada

Alsina, Hugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Ediar, Buenos Aires, 1963, t.III.

Bidart Campos, Germán, “El Servicio telefónico de un local de comercio y la privacidad de las comunicaciones”. E.D. 140- 600.

Carbone, Carlos Alberto. “Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de pruebas”, Ed. Rubinzal Culzoni. 2005.

⁵⁶ Kielmanovich, Jorge L. o. cit., Pág. 736.

⁵⁷ Kielmanovich, Jorge L. Teoría de la prueba y de los medios probatorios, Ed. Abeledo Perrot, Pág. 60

⁵⁸ Kielmanovich, Jorge L. Grabaciones magnetofónicas, prueba pericial y documentos, el principio del favor probaciones. L.L. 1997-E, Pág. 984 y 985.

⁵⁹ Sagues, Pedro N., Elementos de Derecho Constitucional, Tomo II, Pág. 757, 2003.

- Colombo, Leonardo, "Algunas consideraciones sobre la prueba fonográfica de los hechos". LL 77-679.
- Devis Echandía, H. "Teoría General de la prueba judicial", t. I, Ed. Zavallá
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, Las escuchas telefónicas en la experiencia judicial, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 14, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1997.
- Kielmanovich, Jorge, L, "La grabación subrepticia de un conversación telefónica como prueba en el proceso civil", L.L. 1984-B.
- Kielmanovich, Jorge L. "Teoría de la prueba y de los medios probatorios", Ed. Abeledo Perrot.
- Kielmanovich, Jorge L "Grabaciones magnetofónicas, prueba pericial y documentos, el principio del favor probaciones". L.L. 1997-E 983
- Kielmanovich, Jorge L "Inadmisibilidad e ineficacia de la prueba de grabaciones telefónicas subrepticias en el proceso civil".L.L. 2004- D. E.D. 961.
- Orgaz Alfredo: La Ley sobre intimidad, E.D., 60, Pág. 929.
- Palacio, Lino E. ,Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977,t. IV.
- Palacio Lino, "Un caso de grabación de conversaciones telefónicas ofrecida como medio de probatorio". E.D. 142-611.
- Sagues, Pedro N., Elementos de Derecho Constitucional, Tomo II, Pág. 757, 2003.

Legislación

Constitución Nacional

Código Civil Argentino

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Ley de Concursos y Quiebras

Ley de Telecomunicaciones

10.3. Medidas para mejor proveer .

En general, en el ámbito del proceso civil, el juez no tiene la facultad de investigación autónoma puesto que, como sabemos, el poder de disposición pertenece a las partes, no puede por ende, suplir la negligencia probatorias de éstas.

En consecuencia, no puede el juez incorporar pruebas que las partes no hayan ofrecido, salvo la inspección judicial que puede ordenarse de oficio. Pero la ley procesal faculta al tribunal a ordenar medidas para mejor proveer cuando las pruebas aportadas a la causa sean insuficientes para alcanzar el grado de certeza requerido para el dictado de la sentencia.

La procedencia de la medida depende exclusivamente del criterio del juez. Las partes no pueden hacer indicación al Tribunal, ni aún tratándose del ministerio fiscal. Debe ser un acto espontáneo e incluso el juez debe ignorar a quién va a favorecer.