



Universidad Nacional del Nordeste
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas

*La decisividad como cualidad de la prueba que legitima
el ejercicio de la actividad instructoria del juez en el
proceso civil*

Autor: Andrés Martín Salgado

Director: Dr. Sergio Claps

Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho y Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, en Corrientes, 2020.

ÍNDICE

Introducción.....	1
Capítulo I. El estudio de las reglas de la actividad instructoria del juez en el proceso civil: paradigmas epistemológicos	7
1. Los paradigmas epistemológicos que permiten conocer el derecho.....	7
2. La necesidad de combinar los paradigmas epistemológicos normativista y realista para estudiar las reglas que regulan la actividad instructoria del juez en el proceso civil.....	8
3. Fuentes de información. Técnica de recolección de datos utilizada. Criterios de inclusión y de exclusión para la selección de las resoluciones y sentencias analizadas e interpretadas	11
4.- Problemas e hipótesis	14
5- Objetivos	15
Capítulo II. El ejercicio de las facultades instructorias del juez civil en la doctrina argentina y en los diversos sistemas procesales	17
1. El ejercicio de las facultades instructorias del juez civil en la doctrina argentina	17
2. El ejercicio de las facultades instructorias del juez civil en los diversos sistemas procesales.....	22
Capítulo III. Principales cambios y novedades sobre la prueba en el nuevo Código Procesal Civil y Comercial del Chaco	25
1. Antecedentes y finalidad de la reforma procesal civil y comercial en el Chaco	25
2. Novedades referidas al ofrecimiento de pruebas	25
3. Novedades referidas al ofrecimiento y la producción de la prueba pericial....	26
4. Novedades referidas al trámite del beneficio para litigar sin gastos.....	30
5. Aspectos novedosos en relación a la audiencia preliminar	30
6. Incorporación atenuada de la declaración de parte.....	31

7. Producción de prueba testimonial y declaración de parte en la audiencia de vista de causa	32
7.1. ¿Quién comienza a interrogar al testigo?	33
7.2. ¿Quién interroga al testigo por las generales de la ley?	35
7.3. ¿Es conveniente presentar pliego de preguntas?	35
7.4. ¿En qué momento se debe producir la prueba testimonial?	36
7.5. ¿Cómo deben ser las preguntas?	38
7.6. ¿Se puede volver a preguntar al testigo luego del contrainterrogatorio que realizó la parte contraria a la que lo ofreció?.....	40
7.7. ¿Se deben sustanciar las objeciones? ¿Se pueden rechazar in limine? ¿Se debe retirar el testigo?.....	41
8. Declaración testimonial de menores de edad.....	41
9. Iniciativa probatoria del juez	41

Capítulo IV. ¿Cuál es la cualidad de la prueba que legitima el ejercicio de la actividad instructoria del juez en el proceso civil?.....	43
1. Relación entre verdad, prueba y sentencia justa.....	43
2. ¿Cuándo la sentencia es jurídicamente justa?.....	44
2.1. La propuesta de Taruffo	45
2.1.1. Correcta elección e interpretación de la norma.....	46
2.1.2. Comprobación de los hechos	50
2.1.3. El proceso justo	53
3. La verdad de los hechos en disputa como característica necesaria de las decisiones judiciales.....	54
4. El razonamiento práctico en la decisión del juez.....	56
5. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	57
6. Conclusión parcial sobre la importancia de la actividad instructoria del juez	58

Capítulo V. ¿Cuándo la prueba es decisiva para la solución jurídicamente justa del caso concreto?.....	62
1. El contexto de acreditación y la dimensión jurídica de la controversia como parámetros para determinar cuando la prueba es decisiva	62
1.1. La rebeldía. El reconocimiento, la negativa de los hechos y la	

impugnación de la autenticidad de los documentos	64
1.2. El allanamiento.....	67
1.3. La reconvencción	68
2. La prueba decisiva en segunda instancia	68
3. El ejercicio de las facultades instructorias en el juicio de prescripción adquisitiva	71
4. El ejercicio de las facultades instructorias en la prueba documental.....	73
5. El ejercicio de las facultades instructorias en la prueba de informes	74
6. El ejercicio de las facultades instructorias en la prueba pericial	76
7. El ejercicio de las facultades instructorias en la defensa de pago	80
8. El ejercicio de las facultades instructorias para la acreditación del daño y su cuantificación.....	82
9. El ejercicio de las facultades instructorias en las medidas cautelares	84
10. El ejercicio de las facultades instructorias en los procesos jurisdiccionales de acompañamiento	86
11. Conclusión parcial sobre la influencia del contexto de acreditación y de la dimensión jurídica de la controversia en la decisividad de la prueba....	88
Conclusión.....	91
Bibliografía general	93
Jurisprudencia.....	99
Anexo.....	101

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CN	Constitución Nacional Argentina
CPCC	Código Procesal Civil y Comercial
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
CPCCC	Código Procesal Civil y Comercial del Corrientes
CPCCCh	Código Procesal Civil y Comercial del Chaco (Ley 2559-M)

INTRODUCCIÓN

El Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina destaca como indiscutible intención del constituyente el afianzamiento de la justicia. Dicha finalidad no sólo ha marcado el diseño de la estructura y funciones asignadas al Poder Judicial, sino que también resulta una línea política que debe guiar la actividad de todos los órganos y funcionarios del Estado, especialmente la de los jueces.¹ Sin embargo, la realidad indica que no todas las sentencias son lo suficientemente justas como para considerar cumplida la referida obligación constitucional.

El procesalista italiano Michele Taruffo señala que la verdad de los hechos decisivos para la solución justa del caso es una meta del proceso judicial y un rasgo necesario de las decisiones judiciales (2008, p. 20). En este sentido, resulta indiscutible la relación entre verdad y sentencia justa, como así también la importancia de la prueba decisiva como herramienta que permite al juez formar su convicción sobre los hechos alegados por las partes y de esa manera poder seleccionar correctamente la norma para la solución del caso.

No obstante, en la práctica judicial se pone en evidencia que no siempre las partes demuestran interés y diligencia en el ofrecimiento y en la producción de las pruebas necesarias para que el juez forme su convicción sobre los hechos alegados por los litigantes, decisivos para la solución jurídicamente justa del caso concreto.

En dicho contexto, surge la importancia de la actividad instructoria del juez como herramienta que le permite neutralizar la omisión, el desinterés o la negligencia en el ofrecimiento o en la producción de la prueba, disponiendo la producción o la ampliación de los medios que considere más adecuados para acreditar la veracidad o la falsedad de los hechos decisivos alegados por los litigantes, quedando, de esta manera, el sentenciante en mejores condiciones para cumplir con la función constitucionalmente asignada (afianzar la justicia). Ello es así por cuanto al contar con pruebas que permitan acreditar la verdad o la falsedad de los supuestos fácticos contemplados en las normas

¹ Alfonso Santiago (h), refiriéndose al afianzamiento de la justicia como fin del Estado enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, sostiene: “De esto se deduce que toda actuación de los órganos del Estado y, aun de los particulares, que no satisfaga parámetros mínimos de justicia, es de por sí inconstitucional” (Santiago, Alfonso (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho*, editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, p. 55 y ss.).

jurídicas que el juez seleccionará para resolver el caso, existe una probabilidad preponderante de que la norma seleccionada sea la correcta; y, por tanto, que la sentencia sea justa, cumpliéndose de esta manera con la función constitucional asignada.

Lamentablemente, la realidad indica en el proceso civil una fuerte resistencia de los jueces a suplir la omisión o el desinterés de los litigantes en el ofrecimiento o en la producción de pruebas decisivas; aún, pese a que los códigos procesales facultan en mayor o menor medida a hacerlo.

En la doctrina y en la jurisprudencia no hay consenso sobre las condiciones que deben concurrir para que el juez ejerza la función instructoria en el proceso civil. No obstante, existen tres tesis claramente definidas: una restrictiva, que no acepta el ejercicio de las facultades instructorias; otra tesis intermedia que lo permite sólo con el objetivo de ampliar los medios probatorios producidos; y una tesis amplia que permite que el juez disponga todo tipo de medidas probatorias.

Dentro de las tesis que aceptan el ejercicio de las facultades instructorias del juez en el proceso civil, existen dos posturas claramente definidas. La primera de ellas considera que el juez no puede disponer la producción de medidas de mejor proveer cuando no existan pruebas de los litigantes, puesto que en dicho caso el juez debe resolver conforme al principio de la carga de la prueba; como derivación de ello, sólo admiten la posibilidad de que el juez amplíe los medios probatorios producidos en la causa. Por otro lado están quienes sostienen que el juez puede disponer la producción de medios probatorios para formar su convicción sobre los hechos expuestos por las partes.

La tesis que permite el ejercicio de las facultades instructorias del juez solamente para ampliar los medios probatorios producidos, al igual que la que se opone al ejercicio de las facultades instructorias, pueden obstaculizar el dictado de una sentencia justa en aquellos casos en que los litigantes no hayan ofrecido la prueba decisiva que permita al juez formar su convicción sobre los hechos decisivos para la solución jurídicamente justa del caso concreto. Ello es así por cuanto la correcta selección de la norma jurídica prevista por el legislador para la solución del caso, requiere que el juez se encuentre convencido de la verdad de los supuestos fácticos previstos en la norma.

La segunda postura genera profundos temores en los operadores del derecho, por cuanto consideran que el juez puede disponer la producción de cualquier medio probatorio, sin ningún tipo de límites ni condiciones, lo cual resulta manifiestamente

inadmisible. Aquí aparecen los fantasmas de la parcialidad y de la arbitrariedad del juez.

En dicho contexto, se propone un nuevo criterio que legitima, limita y condiciona el ejercicio de las funciones instructorias del juez civil, en aquellos casos en que la prueba es decisiva para la solución jurídicamente justa del caso concreto, constituyendo una herramienta que permite al juez transitar el camino hacia una sentencia justa y cumplir con la función constitucional asignada. A diferencia de las primeras posturas, considero que la actividad instructoria del juez en el proceso civil, debe estar condicionada por la decisividad de la prueba cuya producción se ordenará. Dicho con otras palabras, la decisividad es una cualidad determinante de la prueba para legitimar el ejercicio de la actividad instructoria del juez en el proceso civil.

La novedosa propuesta sobre la legitimación del ejercicio de la actividad instructoria del juez en el proceso civil genera diversos interrogantes cuyas respuestas se ofrece a lo largo del presente trabajo. Entre ellos, los que conforman la base de la argumentación son: ¿cuál es la cualidad de la prueba que legitima el ejercicio de las actividades instructorias del juez en el proceso civil?; y ¿cuándo la prueba es decisiva para la solución jurídicamente justa del caso concreto?

Para ello, se analizan e interpretan reglas procesales, algunas normas jurídicas de fondo,² doctrina y jurisprudencia sobre acreditación de los hechos alegados por las partes, impugnación de prueba documental, contestación de la demanda, oposición de excepciones y reconvencción. Esto permite conocer lo que dicen las reglas sobre la actividad probatoria, como así también confrontar y dar cuenta de la conformidad de la práctica judicial con las reglas que condicionan el ejercicio de las funciones instructorias del juez en el proceso civil.

Cabe destacar que durante el transcurso de la investigación se sancionó y entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial; asimismo, la Nación y la mayoría de las provincias incorporaron el modelos de proceso por audiencias e implementaron la oralidad a las reglas procesales civiles, lo cual requirió la adecuación del material de estudio inicialmente propuesto en el proyecto de tesis.

La originalidad del tema radica en la perspectiva desde la cual se lo aborda, que difiere de las tres posturas que actualmente sostienen la doctrina y jurisprudencia sobre el ejercicio de las facultades instructorias del juez en el proceso civil. Esta perspectiva diferente desde la cual se analiza la legitimación del juez para el ejercicio de las

² Sólo se analizan algunas normas de fondo para demostrar y ejemplificar como influyen en el contexto de acreditación.

funciones instructorias posee la virtud de restringir la posibilidad de que se provean o amplíen pruebas de oficio en cualquier caso en que el juez tenga dudas sobre los hechos alegados por las partes. Por otro lado, permite suplir la omisión o el desinterés de las partes en el ofrecimiento o en la producción de pruebas para formar la convicción del sentenciante sobre hechos expuestos por los litigantes, decisivos para la solución jurídicamente justa del caso concreto. Finalmente, la propuesta se sustenta en la función constitucional asignada a los jueces (afianzar la justicia), lo cual quita valor a cualquier cuestionamiento basado en reglas o principios de jerarquía inferior.

La investigación resulta de gran relevancia social y cognitiva. Tal como se anticipó, la actividad instructoria del juez en el proceso civil resulta una herramienta de suma utilidad para que el juez pueda arribar a una solución justa y de esa manera cumplir con la función constitucional asignada (afianzar la justicia). Ello es así por cuanto existe una indiscutible relación entre verdad y sentencia justa, dado que para que el juez pueda seleccionar correctamente la norma jurídica prevista para la solución del caso, debe estar convencido sobre la verdad o falsedad de los supuestos fácticos contemplados en la norma. Por tanto, la investigación producirá un beneficio directo en los justiciables, dado que el ejercicio de las funciones instructorias en aquellos casos en que la prueba resulta decisiva para la solución jurídicamente justa del caso concreto, favorece el dictado de sentencias justas, mejorando la imagen que actualmente posee la sociedad del Poder Judicial.

En cuanto a la relevancia cognitiva, en este trabajo se determinan criterios objetivos para establecer la decisividad de la prueba para la solución jurídicamente justa del caso concreto. Esto ahuyentará el temor a la arbitrariedad de la actividad instructoria del juez en el proceso civil y permitirá a los restantes operadores del derecho controlar, cuestionar y eventualmente solicitar la revisión de la decisión mediante la cual se dispone la producción oficiosa de la prueba. Esta cuestión es relevante especialmente en el momento por el que atraviesa el proceso civil y comercial argentino, en que la adopción del modelo de proceso por audiencias llegó para quedarse.³ En este contexto la oralidad es un método que optimiza las condiciones de la información que el juez tendrá en cuenta para tomar la decisión final, lo cual permite avizorar que el éxito de su implementación obligará a reformular viejas prácticas del juez en los interrogatorios a

³ Según informe de Gabriela A. Iturbide, al mes de septiembre de 2018, la oralidad en los procesos civiles y comerciales ya estaba implementada en nueve provincias y en otras ocho estaba en proceso de implementación y preparación (2019).

testigos y litigantes, reflatando inevitablemente los debates sobre el ejercicio de las facultades instructorias del juez.

Finalmente, la relevancia cognitiva también se reflejará en el ámbito académico, al que se le podrá ofrecer una perspectiva diferente sobre las condiciones para el ejercicio de la actividad instructoria y, especialmente, sobre el rol del juez en la audiencia de producción de las pruebas orales,⁴ como herramienta para elegir entre las mejores soluciones jurídicamente posibles.

Previo al desarrollo del trabajo, considero pertinente aclarar que la decisividad como cualidad de la prueba que legitima el ejercicio de la actividad instructoria del juez, es aplicable en los procesos civiles, comerciales, laborales⁵ y contenciosos administrativos. Queda excluido expresamente el proceso penal, dado que en la mayoría de los códigos procesales existen algunas deudas con la Constitución Nacional; puntualmente, me refiero al juicio por jurados. Dicha circunstancia genera la necesidad de que el único sistema procesal constitucionalmente válido que pueda regir en el proceso penal actual sea el sistema acusatorio puro, en el que los jueces carecen de facultades instructorias, puesto que la verdad de los hechos debe ser exigida al acusador.

Por función de estas pautas, la tesis se organiza de la siguiente manera:

En el *Capítulo I* se exponen los paradigmas epistemológicos mediante los cuales se estudian las reglas que regulan la actividad instructoria del juez en el proceso civil. En el *Capítulo II* se hace una referencia introductoria a la opinión de la doctrina argentina sobre el ejercicio de las facultades instructorias del juez civil y al estado de la cuestión vinculado a otros sistemas procesales.

En el Capítulo III se comparten las conclusiones arribadas sobre los principales cambios y novedades en materia probatoria, con especial detenimiento en el interrogatorio de testigos, por el gran impacto que en su práctica genera la implementación de la oralidad. Como se anticipó en la Introducción general, durante el transcurso de la investigación se sancionó y entró en vigencia el nuevo Código Procesal Civil y Comercial del Chaco (Ley 2559-M; antes Ley 7995), por lo cual su implementación es reciente y hay escasa bibliografía al respecto.

Quienes no estén interesados en los aspectos introductorios referidos en los

⁴ En la provincia del Chaco y en la mayoría de los códigos procesales civiles argentinos que optaron por el proceso por audiencias, la audiencia de producción de las pruebas orales se denomina “audiencia de vista de causa”.

⁵ Se tiene en cuenta aquí el principio *indubio pro operario*.

párrafos anteriores, podrán comenzar directamente por el núcleo central de la propuesta, que comienza en el *Capítulo IV*. En este apartado se expone sobre la cualidad de la prueba que legitima el ejercicio de la actividad instructoria del juez en el proceso civil, con mención especial a la importancia de la actividad instructoria del juez en el proceso civil cuando se trata de prueba decisiva para la solución jurídicamente justa del caso concreto. Para ello, se describe, analiza e interpreta la función constitucional asignada a los jueces; y, la relación entre verdad, prueba y sentencia justa. Posteriormente se argumenta sobre la utilidad de la actividad instructoria del juez en los casos de omisión o desinterés de las partes en el ofrecimiento o producción de pruebas decisivas para la solución jurídicamente justa del caso concreto, como medio para que el sentenciante cumpla con la función constitucional asignada (afianzar la justicia).

Finalmente, en el *Capítulo V* se expone sobre el contexto de acreditación y la dimensión jurídica de la controversia como variables que condicionan la decisividad de la prueba. Para ello, se analizan e interpretan normativa, doctrinaria y jurisprudencialmente las reglas procesales y algunas normas jurídicas de fondo sobre acreditación de los hechos alegados por las partes. Finalmente, se observa, identifica e interpreta normativa, doctrinaria y jurisprudencialmente las actividades procesales de impugnación de la prueba documental, de la contestación de la demanda, de la oposición de defensas y de la reconvencción. Tales actividades permiten responder cómo influyen el contexto de acreditación y la dimensión jurídica de la controversia en la decisividad de la prueba para la solución jurídicamente justa del caso concreto. A su vez, ello explica las condiciones que legitiman la actividad instructoria del juez en el proceso civil.

Quienes deseen profundizar los temas que se desarrollan en cada capítulo, podrán recurrir a las citas, referencias y comentarios situados a pie de página. Al final se podrá encontrar la bibliografía consultada y el listado de la jurisprudencia analizada y mencionada en el trabajo.

CAPÍTULO I

EL ESTUDIO DE LAS REGLAS DE LA ACTIVIDAD INSTRUCTORIA DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL: PARADIGMAS EPISTEMOLÓGICOS

1. Los paradigmas epistemológicos que permiten conocer el derecho

En relación al objeto de estudio de la ciencia del derecho existen dos respuestas posibles. Una de ellas es que los hechos observados sean las normas jurídicas (derecho positivo). La otra respuesta posible es que el objeto de estudio de la ciencia jurídica sean los fenómenos jurídicos, es decir, los comportamientos y las prácticas de los seres humanos con relación a determinado sistema de derecho positivo y el modo en que éste funciona. Dichos fenómenos constituyen las prácticas de los órganos públicos y especialmente las de los jueces.

Mientras que la primera se basa en la teoría normativista del derecho y en una ciencia normativa, esto es, descriptiva de normas jurídicas; la segunda se caracteriza por postular una teoría del derecho realista y una ciencia jurídica enfocada en la sociología descriptiva de los fenómenos jurídicos. Estos dos enfoques teóricos son distintos y se corresponden a dos modelos semánticos o de interpretación empírica del derecho. El primer modelo es el de la dogmática jurídica que tiene por campo de observación inmediato a las normas jurídicas y sólo mediatamente los fenómenos jurídicos a los cuales las normas refieren. El segundo modelo es el de la sociología jurídica, que tiene como campo de observación inmediato los comportamientos humanos, a través de los cuales se establece el grado de efectividad de las normas jurídicas (Ferrajoli, 2004, p. 22-23).

Los dos modelos semánticos, normativista y realista, poseen objetos de observación y métodos de investigación y de control empírico diversos. El modelo normativista requiere como método específico de observación el análisis del lenguaje legal, es decir, la interpretación jurídica de las proposiciones normativas. El modelo semántico realista recurre como método de investigación a la observación sociológica (Ferrajoli, 2004, p. 23-24).

Sintetizando los posibles paradigmas epistemológicos Luigi Ferrajoli señala que:

El 'normativismo' y el 'realismo jurídico' representan (...) dos diversos modelos semánticos o de interpretación empírica de la teoría del derecho, correspondientes a dos posibles universos de la ciencia jurídica: el universo lingüístico de las normas considerado desde el interior, y el universo extralingüístico de los acontecimientos considerados desde el exterior. Correlativamente, dogmática jurídica y sociología del derecho, análisis del lenguaje legal y observación sociológica, verdad jurídica y verdad factual, refutación jurídica y refutación factual pueden concebirse como disciplinas, métodos de investigación y criterios de verificación y de control empírico correspondientes respectivamente a dos niveles observacionales distintos – el nivel de la observación o la interpretación de las normas y el nivel de la observación o la determinación de los hechos– que en su conjunto constituyen el nivel de observación de la ciencia jurídica. (2004, p. 44)

Ferrajoli refiere a la insuficiencia de un enfoque exclusivamente normativista o exclusivamente realista. Propone integrar los dos modelos semánticos, a los que no considera contradictorios, incompatibles, ni alternativos, ni excluyentes, puesto que refieren a cosas distintas. Sostiene que una teoría del derecho no debe ser ni normativista, ni realista, sino ambas cosas a la vez, puesto que su objeto de observación debe ser tanto el universo normativo como el factual, debiendo observárselos, más que como universos separados, como dos caras de una o dimensiones de un único universo (2004, p. 63). Explica que un enfoque puramente normativista sólo permite establecer lo que las normas dicen e interpretar su significado, por lo que una ciencia basada exclusivamente en dicho paradigma, no podría proporcionar nada más que una representación del “deber ser” de los fenómenos jurídicos proyectados por las normas. Por su parte, un estudio exclusivamente realista únicamente posibilita describir el funcionamiento efectivo de los sistemas jurídicos con arreglo a la observación de los hechos, pero no permitiría confrontar la conformidad de los fenómenos jurídicos con las normas que los regulan (2004, p. 68-69).

2. La necesidad de combinar los paradigmas epistemológicos normativista y realista para estudiar las reglas que regulan la actividad instructoria del juez en el proceso civil

Tal como lo anticipara, el estudio de las reglas que regulan los diversos aspectos vinculados con la actividad probatoria, podría realizarse a la luz del paradigma epistemológico normativista. Ello supone que el objeto de estudio inmediato sean las normas jurídicas (derecho positivo) y sólo mediatamente los fenómenos jurídicos a los cuales las normas refieren. Su método específico de observación es el análisis del lenguaje legal (interpretación de las proposiciones normativas).

Lo cierto es que el estudio de estas reglas a la luz de un enfoque epistemológico puramente normativista, arroja resultados claramente insatisfactorios, puesto que omite considerar un aspecto determinante: la actividad de los diversos sujetos que intervienen en el proceso judicial, especialmente, la de los jueces, quienes solucionan el conflicto de forma justa.

En tal sentido, un análisis puramente normativista del derecho a la prueba impide advertir que existen casos en los que el juez debe disponer la producción de medios probatorios decisivos para la solución justa del caso, supliendo la omisión y hasta el desinterés de las partes.

Como se señaló al inicio, resulta indiscutible que los jueces deben resolver en forma justa las cuestiones que se someten a su consideración. La prueba juega un rol fundamental dentro del proceso judicial puesto que mediante ella el juez puede determinar la veracidad o falsedad de los hechos decisivos expuestos por las partes, encuadrarlos en la norma correcta y así arribar a la solución justa del caso. Como consecuencia de ello, no sólo las partes en disputa deben demostrar la veracidad de los hechos en que basan sus pretensiones y defensas sino que los jueces también deben tratar de conocer la verdad de los hechos relevantes para la solución justa del caso, disponiendo la producción o la ampliación de los medios probatorios que consideren más adecuados para probar la veracidad o la falsedad de tales hechos.

Un análisis puramente normativo de la cuestión explicaría los casos de omisión y desinterés de las partes en el ofrecimiento y producción de la prueba, remitiéndose a la regla procesal en la cual se establece que cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas cuya aplicación sirva de fundamento a su petición, defensa o excepción,⁶ sin tener en cuenta si la prueba es decisiva para la solución justa del caso concreto.

Es indiscutible que dicha explicación no arroja resultados satisfactorios puesto

⁶ Art. 367 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco (Ley 2559-M; antes Ley 7950).

que omite considerar que tratándose de una prueba decisiva, la fría aplicación de la regla sobre la carga de la prueba, impedirá al juez formar su convicción sobre hechos decisivos para la solución justa del caso concreto y, como consecuencia de ello, obstaculizará al juez la posibilidad de seleccionar la norma correcta para la solución del caso y, de esta manera, cumplir con su función de resolver en forma justa las controversias sometidas a consideración.

Otra posibilidad de estudio de las reglas que dan cuenta de los diversos aspectos vinculados con la actividad probatoria, podría ser el paradigma epistemológico realista. Su objeto de estudio es la práctica judicial, lo cual por sí solo tampoco arroja resultados satisfactorios, puesto que omite considerar las reglas de la actividad probatoria que resultan determinantes para legitimar el ejercicio de la actividad instructoria del juez en caso de desinterés o negligencia de las partes en el ofrecimiento y en la producción de pruebas decisivas para la solución justa del caso. En tal sentido, la práctica judicial indica que en numerosas causas los jueces disponen la producción de medios probatorios no ofrecidos por la partes, suplen la negligencia de los litigantes en la producción de pruebas o formulan preguntas que no son decisivas para la solución justa del caso.

Es evidente que el análisis de estas reglas bajo un modelo exclusivamente normativista o basado en un paradigma puramente realista, obstaculizaría un conocimiento completo del tema. En tal sentido, Ferrajoli explica que:

una teoría del derecho exclusivamente normativista, en cuanto se cierra a la investigación de hecho sobre la efectividad de las normas y, por lo tanto, sobre la invalidez y sobre la ilegitimidad de una parte relevante del sistema normativo y de la organización del poder, corre el riesgo de caer en el vicio ideológico de la confusión de las normas con la realidad: define y analiza los principios normativos del proceso penal (...) pero descuida sus denegaciones de hecho no sólo en el nivel operativo, sino incluso en el nivel legal (...). Inversamente, una teoría del derecho exclusivamente realista, marginando el otro elemento de la divergencia –el normativo–, corre el riesgo de caer en el vicio ideológico opuesto de la confusión de la realidad efectiva con el derecho, que impide de la misma forma la identificación de las tasas de invalidez e ilegitimidad presentes en un sistema jurídico. (...) Un realismo jurídico tosco (...) puede llegar a una descalificación del valor normativo del derecho, a la identificación del derecho con la fuerza y a la consecuente justificación de modelos de organización jurídica de tipo decisionista

y antigarantista. (2004, p. 71-72)

Por ello, siguiendo la propuesta de Ferrajoli, considero que para estudiar los aspectos vinculados con la actividad probatoria y con el ejercicio de las funciones instructorias del juez en el proceso civil, es necesario combinar los paradigmas epistemológicos normativista y realista. En este modelo de combinación de paradigmas, los objetos de análisis y observación serán tanto las normas jurídicas como las prácticas judiciales. De esta manera se podrá conocer lo que dicen las reglas sobre la actividad probatoria y también el funcionamiento efectivo del sistema procesal en lo vinculado con la actividad instructoria del juez en el proceso civil; y, lo que es más importante, permitirá confrontar y conocer la conformidad de la práctica judicial con las reglas que regulan la actividad probatoria.

En suma, resulta manifiestamente insuficiente utilizar una metodología que solamente permita describir aisladamente lo que dicen las reglas jurídicas que condicionan el ejercicio de las funciones instructorias del juez en el proceso civil. Por ello, en este trabajo se emplean herramientas, propias de la metodología cualitativa, que permiten la interpretación crítica, confrontando su conformidad con la práctica judicial y, fundamentalmente, con los valores que condicionan la función constitucional de los jueces.¹ Esto hará posible determinar cuáles son las condiciones que legitiman el ejercicio de la actividad instructoria del juez en el proceso civil.

3. Fuentes de información. Técnica de recolección de datos utilizada. Criterios de inclusión y de exclusión para la selección de las resoluciones y sentencias analizadas e interpretadas

Conforme dichos lineamientos, en el *Capítulo IV* se describe, analiza e interpreta la función constitucional asignada a los jueces, y la relación entre verdad, prueba y sentencia justa. Se argumenta sobre la utilidad y necesidad de la actividad instructoria del juez en los casos de omisión o desinterés de las partes en el ofrecimiento o producción de pruebas decisivas para la solución jurídicamente justa del caso concreto; todo ello, tomando como base la bibliografía que allí se menciona.

Luego, en el *Capítulo V* se expone sobre el contexto de acreditación y la

dimensión jurídica de la controversia como variables que condicionan la decisividad de la prueba. Para ello, se describen, analizan e interpretan normativa, doctrinaria y jurisprudencialmente las reglas procesales y algunas normas jurídicas de fondo sobre acreditación de los hechos alegados por las partes. También se observa, identifica e interpreta normativa, doctrinaria y jurisprudencialmente las actividades procesales de impugnación de la prueba documental, de la contestación de la demanda, de la oposición de defensas y de la reconvención.

Posteriormente, mediante el análisis e interpretación de resoluciones y sentencias, se demuestra cómo influye en diversos procesos el contexto de acreditación y la dimensión jurídica de la controversia como variables que condicionan la decisividad de la prueba, y la importancia del ejercicio de las facultades instructorias del juez cuando se trata de pruebas decisivas para arribar a la mejor solución jurídica posible del caso. Las resoluciones y los fallos que se analizan provienen de juzgados y tribunales de la provincia del Chaco. En ellos, se buscarán las razones para confirmar o refutar las hipótesis; es decir, cualidad o cualidades que legitimen el ejercicio de las facultades instructorias del juez en el proceso civil y parámetros que permitan establecer cuándo la prueba es decisiva para la solución jurídicamente justa del caso concreto.

Para la selección de las resoluciones y los fallos analizados en el *Capítulo V* se utilizaron los siguientes criterios de inclusión. En primer lugar, se tuvo en cuenta las particularidades del tema en estudio, dado que se trata de resoluciones y sentencias provenientes de juzgados con competencia en materia civil y comercial.⁷ En segundo término, teniendo como punto de partida las preguntas que motivan la investigación,⁸ sólo se apuntó a la detección de casos en que los jueces ordenaron la producción de pruebas en ejercicio de facultades instructorias, supliendo la omisión o el desinterés de los litigantes.⁹ El período analizado comprende desde el año 2005, hasta el mes de febrero de 2020 inclusive. Luego de descargarse los archivos, se buscó¹⁰ cadenas de palabras tales como “facultades instructorias”, “medida de mejor proveer”, “art. 36, inc.

⁷ Quedan excluidos los fueros del menor de edad y la familia (por tratarse de procesos reservados), laboral, contencioso administrativo y penal.

⁸ ¿La decisividad de la prueba legitima el ejercicio de las facultades instructorias del juez? En caso afirmativo, ¿cuándo la prueba es decisiva para la solución jurídicamente justa del caso concreto?

⁹ Para la detección de casos en que se ejercieron facultades instructorias, se buscó en las listas de despacho que publica digitalmente el Poder Judicial del Chaco en su página web, en las que se encuentra proveídos, resoluciones y sentencias en expedientes no reservados de los fueros civil y comercial, entre otros.

¹⁰ La búsqueda se realizó con el buscador del sistema operativo Windows.

5”, “art. 355 bis”, “art. 50, inc. 6”, entre otras.¹¹ Dicho criterio de exclusión se justifica en que la tesis no tiene por finalidad reflotar la vieja discusión sobre la conveniencia de que el juez supla la negligencia o el desinterés de las partes en el ofrecimiento y producción de pruebas, sino que apunta a confirmar la necesidad de limitar el ejercicio de tal facultad a los casos en que la prueba pueda resultar decisiva para la solución justa del caso. Como consecuencia directa de ello, se excluyen todos los casos en que los jueces no ejercieron facultades instructorias porque su análisis carece de utilidad para la investigación.

Otro criterio de exclusión en aquellos casos en que se detectó que jueces y tribunales ordenaron de oficio medidas probatorias, fue la ausencia de sentencia definitiva al mes de febrero de 2020, puesto que en tales procesos no es posible analizar si la sentencia hubiera sido más justa de haberse ordenado la producción de alguna prueba, supliendo la omisión o el desinterés de los litigantes, dado que no es posible conocer cuál habría sido el resultado de la prueba no producida. Ello es así por cuanto la única forma de responder las preguntas que guían la investigación, es analizando, interpretando y confrontando la resolución en que se ordenó la medida probatoria supliendo el desinterés de los litigantes, con la sentencia definitiva en la que se hace mención al resultado de dicha actividad probatoria.

Por similares razones a las expuestas precedentemente, también se excluyen aquellos casos en que a pesar de haberse dispuesto la producción oficiosa de pruebas, al mes de febrero de 2020 aún no se habían dictado las sentencias definitivas.

A fin de garantizar la mayor cantidad de órganos e instancias judiciales, se privilegió la selección de sentencias de juzgados de primera instancia de las ciudades de Resistencia y Villa Angela, a tribunales de segunda instancia de Resistencia y de Presidencia Roque Sáenz Peña, y al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco.

Se excluyen del análisis e interpretación los casos similares en que se repite el ejercicio de facultades instructorias, con resultados similares a las sentencias definitivas seleccionadas, puesto que el resultado de la investigación no varía por el hecho de que haya mayor cantidad.

Finalmente, se excluyen las resoluciones y las sentencias del Juzgado de Primera

¹¹ En los artículos 36, inciso 5 y 355 bis del viejo Código Procesal Civil y Comercial del Chaco (Ley 968) se regulaban las facultades instructorias del juez; tales facultades se encuentran en el artículo 50, inciso 6 del nuevo Código Procesal Civil y Comercial (Ley 2559-M).

Instancia en lo Civil y Comercial de la Decimocuarta Nominación de la ciudad de Resistencia, en el que me desempeño desde el año 2012.

La recolección de datos no incluye entrevistas ni encuestas, por considerar que las resoluciones y los fallos reflejan con espontaneidad la realidad y la aplicación del derecho, en razón de que los jueces y demás operadores del derecho no se sienten observados por el investigador.

En suma, además de las normas jurídicas y la doctrina, los datos que se analizan e interpretan en el *Capítulo V* se acotan a los casos detectados y seleccionados según los criterios expresados, en los que surgió de la sentencia la utilidad de la prueba ordenada de oficio por jueces y tribunales.

Tales actividades posibilitan analizar la actividad instructoria del juez en los casos de omisión o desinterés de las partes en el ofrecimiento o producción de pruebas decisivas, como herramienta que le permite formar su convicción sobre los hechos alegados por los litigantes y, de esa manera, seleccionar correctamente la norma jurídica que le permita dictar una sentencia justa y cumplir con la función constitucional asignada (afianzar la justicia). A su vez, ello explicará y demostrará las cualidades de la prueba que legitiman la actividad instructoria del juez en el proceso civil.

4.- Problemas e hipótesis

Tal como lo anticipara en el proyecto de tesis, la decisividad como cualidad de la prueba para legitimar la actividad instructoria del juez en el proceso civil, genera diversos interrogantes cuyas respuestas buscaré a lo largo de la elaboración de la tesis.

La pregunta principal que guiará la investigación, es ¿qué cualidad debe tener la prueba para legitimar el ejercicio de las funciones instructorias del juez en el proceso civil? La hipótesis es que el juez se encuentra legitimado a ejercer las funciones instructorias cuando la prueba es decisiva para la solución jurídicamente justa del caso concreto. Ello conduce necesariamente a la formulación de dos subpreguntas muy importantes para la investigación, que se encuentran íntimamente vinculadas a la primera. Una de ellas es: ¿cuándo la prueba es decisiva para la solución jurídicamente justa del caso concreto? Allí, la respuesta tentativa es que la decisividad de la prueba dependerá del contexto de acreditación y de la dimensión jurídica de la controversia.

5.- Objetivos

Con la investigación me he propuesto como objetivo general determinar qué cualidad de la prueba legitima el ejercicio de las funciones instructorias del juez.

Afirmar que el juez se encuentra legitimado para ejercer las funciones instructorias cuando se trate de prueba decisiva, requiere necesariamente que se determine cuándo la prueba es decisiva para la solución jurídicamente justa del caso concreto. Sobre dicha cuestión, la hipótesis es que la decisividad de la prueba dependerá del contexto de acreditación y de la dimensión jurídica de la controversia. Por ello, también me he propuesto como objetivo general de la investigación determinar si el contexto de acreditación y la dimensión jurídica de la controversia permiten establecer cuándo la prueba es decisiva.

Los objetivos particulares son: 1) Describir, analizar e interpretar la función constitucional asignada a los jueces. 2) Establecer la relación entre verdad, prueba y sentencia justa, destacando la importancia de la prueba como herramienta que permite al juez formar su convicción sobre los hechos expuestos por los litigantes, especialmente de los hechos decisivos para la solución jurídicamente justa del caso concreto. 3) Argumentar sobre la utilidad de la actividad instructoria del juez en los casos de omisión o desinterés de las partes en el ofrecimiento o producción de pruebas decisivas para la solución jurídicamente justa del caso concreto, como medio para que el sentenciante cumpla con la función constitucional asignada (afianzar la justicia). 4) Analizar e interpretar normativa, doctrinaria y jurisprudencialmente las reglas procesales y algunas normas jurídicas de fondo sobre acreditación de los hechos alegados por las partes. 5) Observar, identificar e interpretar normativa, doctrinaria y jurisprudencialmente las actividades procesales de impugnación de la prueba documental, de la contestación de la demanda, de la oposición de excepciones y de la reconvencción.

Tales objetivos particulares permitirán responder cómo influyen el contexto de acreditación y la dimensión jurídica de la controversia en la decisividad de la prueba para la solución jurídicamente justa del caso concreto. A su vez, ello permitirá explicar las condiciones que legitiman la actividad instructoria del juez en el proceso civil

(objetivo general).

CAPÍTULO II

EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES INSTRUCTORIAS DEL JUEZ CIVIL EN LA DOCTRINA ARGENTINA Y EN LOS DIVERSOS SISTEMAS PROCESALES

1. El ejercicio de las facultades instructorias del juez civil en la doctrina argentina

En este apartado se realizará una breve referencia a la opinión de la doctrina sobre el ejercicio de las facultades instructorias del juez en el proceso civil argentino.

Actualmente existen tres tesis claramente definidas respecto de tales funciones. La primera de ellas consiste en que el juez no debe suplir la negligencia o el desinterés de las partes en el ofrecimiento o en la producción de medios probatorios, dado que se afectaría la garantía de imparcialidad del juez y el principio dispositivo que caracteriza al proceso civil. Esta postura es abiertamente defendida por Adolfo Alvarado Velloso, quien considera que el juez actuante en el litigio debe conformarse con los medios probatorios que aporten las partes y resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado, negado y probado en las etapas respectivas. Textualmente este autor considera que “No preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la verdad real”, inclinándose concluyentemente en que el juez no se ocupa de probar los hechos litigiosos (2014, p. 225).

Asimismo, Alvarado Velloso considera que

un juez que sale oficiosamente a confirmar (o probar) las afirmaciones que ha hecho una parte procesal y que han sido negadas por la otra, en aras de encontrar la Verdad resplandeciente y final, pertenece por derecho propio a lo más granado del elitismo inquisitorial. (2005, p. 189)

Cuestiona fuertemente a los jueces que mediante pruebas de oficio o de medidas para mejor proveer, buscan lograr la meta de la justicia con desmedro del método de discusión. Cuestiona el sistema procesal civil legislado al señalar que no puede hablarse con propiedad de una imparcialidad judicial si el sistema le permite al juez civil

subrogar a la parte procesal en la tarea de probar.¹²

Alvarado Velloso considera que la desigualdad real que puede existir entre las partes no debe ser paliada por el juez, en razón de que es el encargado final de asegurar la igualdad jurídica de las partes procesales. Añade que tal desigualdad puede revertirse con defensor *ad hoc* o por asesores que actúen conjuntamente con los representantes del menor o del trabajador, pero nunca

por el juez pues, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, logra sólo desequilibrar el fiel de la balanza de la Justicia y hacer ilegítima su sentencia. Por justa que sea en los hechos... y para el sentir del propio juzgador. (2005, p. 264)

En suma, Alvarado Velloso, principal exponente de quienes se oponen terminantemente al ejercicio de las facultades instructorias del juez en el proceso civil, considera que el ejercicio de las facultades instructorias atenta abiertamente contra la imparcialidad del juez, pues dicha garantía lleva implícita la prohibición de participar en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción.

En una posición intermedia se ubican quienes consideran que el juez no puede disponer la producción de medidas de mejor proveer cuando no existan pruebas de los litigantes, puesto que en dicho caso el juez debe resolver conforme al principio de la carga de la prueba;¹³ como derivación de ello, se admite la posibilidad de que el juez amplíe los medios probatorios producidos en la causa. En esta posición se ubican autores como Roberto Loutayf Ranea y Ernesto Solá, quienes sostienen que “pueden los jueces dictar las medidas para mejor proveer para complementar la actividad probatoria de ellas, pero de ningún modo para suplir por este medio el error, la omisión, la inactividad o negligencia de las partes” (2011, p. 790). Citando a Lino Enrique Palacio y a Adolfo Alvarado Velloso, estos autores agregan que “el deber de mantener la igualdad de las partes en el proceso resulta quebrantado, si mediante el ejercicio de

¹² El tal sentido, con términos muy duros Alvarado Velloso afirma que “Los jueces de América en general no han sido preparados para actuar con imparcialidad. En rigor, una gran mayoría ignora en qué consiste esa destreza..., así como cuál es su verdadera esencia o las variadas situaciones en las cuales el concepto queda vulnerado y, con él, la garantía del debido proceso”. Agrega que “la cultura paternalista que al mejor estilo Macondo nos han impuesto los parámetros autoritarios que rigen desde siempre en este sufrido sur del continente, hace que los jueces en general vean como correctas las actitudes propias que cumplen a diario para tratar de igualar la desigualdad natural de las partes procesales en homenaje –otra vez– a una difusa meta de Justicia que bien pueden llegar a lograr. Pero ilegítimamente”. Considera que el problema surge “del doble papel protagónico del juez y parte que el sistema inquisitivo acuerda al juzgador” (2005, p. 263).

¹³ Este aspecto podrá profundizarse en Jorge W. Peyrano (1978, p. 83).

facultades instructorias los jueces suplen la negligencia probatoria de una de las partes” (2011, p. 790). En similar sentido, Luis Álvarez Juliá, citando a Colombo, expresa:

Creemos que si bien en nuestro procedimiento sigue rigiendo el principio dispositivo, donde se ha de conservar la limitación impuesta por la ley en cuanto a la producción de determinados medios de prueba, y donde la actividad jurisdiccional no puede suplir el error, la omisión o la inactividad de la parte, su finalidad debe ser la de aclarar dudas que suscite el estudio de la causa al dictar sentencia. (1996, p. 711)

En la posición intermedia también se encuentra Carlos Raúl Ponce, quien sostiene que el magistrado no puede disponer la producción de la prueba cuando ha existido inactividad procesal de los justiciables y se ha decretado la caducidad o negligencia del medio probatorio; entiende que si

el tribunal ya ha decidido al respecto, no puede volver sobre el tema oficiosamente a través de una medida para mejor proveer en orden a la preclusión procesal, sin perjuicio que eventualmente el interesado en la alzada recurra a la vía del replanteo en los términos del artículo 260, inciso 2º del Código Procesal. (2012, p. 135)

En la misma línea también Amalia Fernández Balbis expresa que

esas facultades no pueden ser ejercidas para suplir la negligencia en que hubiera incurrido cualquiera de las partes en la producción de la prueba por ella ofrecida, ya que lo contrario importaría afectar la igualdad que tienen los jueces el deber de mantener entre los litigantes. (2006, p. 1089)

En esta posición intermedia también podría ubicarse a Amanda Estela Kees y Gustavo M. Armando Vispo, quienes al comentar el artículo 34, inc. 5, del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco, expresan que la facultad para ordenar de oficio las diligencias necesarias a fin de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, es subsidiaria, complementaria o integradora de la actividad de las partes. Consideran que las facultades instructorias del juez tienen por finalidad el dictado de una sentencia justa, por lo que tal facultad no puede ser renunciada en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. Sin embargo, luego afirman que el ejercicio de tales facultades se halla sujeto a tres limitaciones: la primera de ellas es la necesidad de que las medidas probatorias tengan

por finalidad formar la convicción del juez sobre los hechos controvertidos; la segunda limitación reside en la prohibición de que las facultades instructorias puedan ser ejercidas para suplir la negligencia de cualquiera de las partes en la producción de la prueba por ella ofrecida, puesto que ello afectaría la igualdad de las partes en el proceso; y, en virtud de la tercera limitación, exigen que el ejercicio de las facultades instructorias se ejerza de manera compatible con el derecho de defensa de las partes.

En similar sentido se ha expresado la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Resistencia, que dejó sin efecto la resolución de primera instancia en la que en ejercicio de las facultades instructorias dispuso la producción de pruebas sobre las que anteriormente había declarado la negligencia de la oferente.¹⁴

Finalmente, se encuentran quienes sostienen que el juez puede disponer la producción de medios probatorios para formar su convicción sobre los hechos expuestos por las partes,¹⁵ incluso supliendo la negligencia probatoria de las partes. En esta posición, claramente liderada por Roland Arazi, también se ubican Augusto Mario Morello y Juan Carlos Vallejos. En comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia dictado en la causa “*Oilher*”,¹⁶ Morello expresa que “aún mediando negligencia de parte el deber del juez que sabe de la existencia de prueba decisiva y de su propia necesidad de llegar a la verdad objetiva, lo ha de mover a suplir de esa omisión”; y luego agrega que

La garantía de la defensa se articula armoniosamente con la directiva del Preámbulo, de ‘afianzar la justicia’. Ambas exigen en los jueces un comportamiento activo que en el área de la prueba no puede encontrarse bloqueado por la actividad ni aun por las omisiones de las partes. (1981, p. 891)

Por su parte, Vallejos expresa que:

el juez puede ordenar prueba de oficio siempre que se respeten los hechos afirmados (congruencia), la igualdad (se adquiere para el

¹⁴ Cfr. Cám. Apel. Civ. Com. de Resistencia, Sala 4a, “*Grow S.R.L. en Autos: “Grow S.R.L. C/ Saucedo Pabla S/Juicio Ejecutivo”, Expte. N° 13.253/05 S/Recurso de Queja por Apelación Denegada*”, Resolución N° 97, Expte. N° 22331/08, 31/03/2009.

¹⁵ Roland Arazi sostiene que “El principal deber del juez es dar una sentencia justa, o lo más justa posible. Para ello tiene que utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda; las partes tienen la carga de aportar las pruebas, pero si el juez no está convencido de cómo ocurrieron los hechos controvertidos, el ordenamiento procesal le otorga una serie de instrumentos para que pueda cumplir con ese deber fundamental. Si no los usa, no podrá dictar una sentencia justa” (2008, p. 28).

¹⁶ Cfr. CSJN, “*Oilher, Juan C/ Arenillas, Oscar N.*”, Fallos 302:1611, 1980.

proceso en busca de la verdad objetiva por ser prueba 'esencial' para la justa composición de la litis) y la bilateralidad (posibilidad de contraprueba). (2004, p. 33).

María Eugenia Jiménez afirma que

no cabe más que afirmar que el 'conocimiento de la certeza de los hechos' se impone al juzgador y no deviene impedimento alguno, supla este la negligencia de la parte, y opere una sustracción a favor del órganos jurisdiccional de la dirección formal del proceso. Sostenemos a ciencia, creemos, cierta, que siempre que devenga necesaria se ordenada 'prueba oficiosa', indefectiblemente será esta precedida por la inoperancia de parte o insuficiencia del medio empleado por esta a fines de acreditar los hechos. Si es necesario que sea S.S. quien ordene se despliegue actividad probatoria, se sobre-entiende que han sido las partes las que no han logrado se produzca la prueba debida, o la que producida no ha alcanzado convicción en el juzgador. (...) Conforme dicho razonamiento, podemos abreviar en consecuencia que el pretendido límite no es tal, sino todo lo contrario, casi resultaría, en algunas oportunidades, 'presupuesto' de las medidas objeto de estudio. Conforme los parámetros y los modernos criterios (en el sentido más amplio del concepto) sobre la 'justicia', 'verdad jurídica objetiva', 'debido proceso', mal puede la judicatura so-pretexto de 'suplir negligencia' alguna, evitar disponer 'medidas para mejor proveer' que persigan lograr la convicción. (2007, p. 304)

Jiménez cita jurisprudencia en el sentido de que "La facultad de dictar medidas para mejor proveer que tienen los jueces es amplia e independiente de la actividad cumplida u omitida por los litigantes" (Cam. Nac. Civ., Sala E, DJ 1996-0-826, en Jiménez, 2007, p. 303).

En esta posición también podría ubicarse Valeria Di Bernardo, quien considera que el principio dispositivo no significa por sí monopolio para la iniciativa probatoria, ni impide la concurrencia de un poder instructorio del juez. Explica que en la búsqueda de convencimiento judicial acerca de lo discutido en el proceso, tanto las partes como el juez deben colaborar mutuamente; que ello no supone sustituir la actividad de las partes, por la del juez, sino tan sólo afirmar su compatibilidad.

Asimismo, Di Bernardo considera deseable atribuir al juzgador iniciativa probatoria con los siguientes límites: 1) los hechos controvertidos o discutidos por las

partes; 2) que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la actividad probatoria; y, 3) que se respete el principio de contradicción y el derecho de defensa, garantizándose la posibilidad de recurrir la providencia que ordena la producción oficiosa de la prueba, de controlar la producción y de ofrecer otros medios de prueba (2011, p. 483).

En similar sentido, Marcelo Sebastián Midón distingue entre fuentes y medios de prueba; luego, expresa que si en sus alegaciones los justiciables hacen afirmaciones respecto de fuentes, el juez puede válidamente acordar, aún oficiosamente, el medio para incorporarlas al proceso (2007, p. 53).

2. El ejercicio de las facultades instructorias del juez civil en los diversos sistemas procesales

Michele Taruffo aborda la cuestión vinculada con el ejercicio de los poderes instructorios, al analizar la imparcialidad del juez durante el desarrollo del proceso. Señala que es un problema que se plantea en los sistemas del *common law* y, en particular, en el contexto del *adversarial system* norteamericano, como así también en algunas concepciones del proceso del *civil law* (2009, p. 49 y ss.). Explica que el legislador estadounidense confirió a los jueces federales algunos poderes relevantes de iniciativa, entre los cuales se destaca el poder de ordenar de oficio la consulta técnica y el interrogatorio de testigos no ofrecido por las partes (reglas 614 (a) y (b) y 706 de las *Federal Rules of Evidence*, introducidas en el año 1975 para los procesos civil y penal). Sin embargo, advierte que tales normas fueron introducidas en el contexto de un modelo procesal marcadamente adversarial, en el que las partes poseen el monopolio casi completo de todas las iniciativas procesales, y el *trial* en el que se practican las pruebas está conducido por los abogados con la técnica del interrogatorio cruzado ante un juez que sólo debe asegurar la corrección de la confrontación y, cuando corresponde, ante un jurado que permanece completamente pasivo. Agrega que

la praxis del proceso estadounidense está inspirada en una ideología según la cual es la libre confrontación entre las partes lo que determina el mejor desarrollo del proceso según los cánones del *fair trial* y de la *procedural justice*, mientras que el papel ideal del juez se cumple siendo un *passive umpire*, un árbitro pasivo. En un contexto estructural y normativo de este tipo, la neutralidad y la imparcialidad del

juez se hacen depender de la condición de que éste mantenga una actitud de pasividad casi total en el desarrollo del proceso. (Taruffo, 2009, p. 49-50)

Como consecuencia de ello, la realidad indica que los jueces federales norteamericanos optan por abstenerse de ejercer los poderes instructorios conferidos por las *Federal Rules of Evidence*, frente al riesgo de que la búsqueda de la verdad los haga parecer no imparciales.

En relación a Inglaterra, Taruffo explica que el proceso civil se ha separado recientemente del modelo tradicional del *common law*. Las *Civil Procedure Rules* introducidas en 1998 han atribuido al juez un papel central en la dirección del procedimiento, confiriéndole poderes de iniciativa instructoria, aún no en el sentido continental del término, dado que se permite al juez inducir a las partes a que soliciten se disponga la producción de las pruebas que considere necesarias para la determinación de los hechos. De todos modos, es evidente que las modificaciones introducidas por las *Civil Procedure Rules* implican otorgar al juez civil inglés un papel marcadamente activo en la adquisición de las pruebas. Como bien destaca Taruffo, “el juez alcanza el mismo resultado que obtiene el juez continental ejerciendo los poderes de iniciativa probatoria en sentido estricto” (2009, p. 50-51).

Con respecto a los sistemas procesales del *civil law*, Taruffo explica que en la segunda mitad del siglo XX ha surgido la tendencia a atribuir al juez civil un papel activo en la adquisición de las pruebas y en la averiguación de la verdad. Afirma que en algunos casos como en España se otorga al juez la atribución de solicitar a las partes que pidan las pruebas que considera necesarias. En otros casos, la referida tendencia se traduce en la atribución al juez de poderes de iniciativa instructoria autónoma; en algunos casos como Francia, con alcance general (cfr. art. 10 del *Code de Procédure Civile*); en otros, con alcance amplio, como ocurre en Alemania, en que el juez puede disponer de oficio la producción de todos los medios probatorios, salvo la testimonial; y, en otros con alcance restringido, como en Italia, en que el juez puede ordenar de oficio sólo algunos medios de prueba. Taruffo aclara que en ninguna de tales variantes se ha puesto en discusión la vigencia del principio dispositivo, ni ha convertido al proceso en inquisitorio, ni se ha pretendido menoscabar la imparcialidad del juez. Agrega que los poderes instructorios atribuidos al juez tienen naturaleza integradora y supletoria, por lo que están destinados a ser usados excepcionalmente, sólo cuando los

litigantes no hayan ofrecido las pruebas que permitan formar la convicción del sentenciante sobre los hechos (Taruffo, 2009, p. 51).

Se considera oportuno señalar que para Taruffo el juez debe ordenar de oficio una prueba cuando sea pertinente para llegar a una determinación más completa de los hechos de la causa, y debe ordenarla en cuanto responda a los criterios normales de relevancia y admisibilidad. Explica que el juez no conoce *ex ante* el resultado que dicha prueba podrá tener, por lo que es difícil de sostener que la ordena con la finalidad de favorecer a una de las partes. Agrega que lo que el juez debe favorecer es el descubrimiento de la verdad, independientemente de que ello implique la victoria de una de las partes (2009, p. 51).

CAPÍTULO III

PRINCIPALES CAMBIOS Y NOVEDADES SOBRE LA PRUEBA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DEL CHACO¹⁷

Tal como se anticipó en la introducción general, durante el transcurso de la investigación se sancionó y entró en vigencia el nuevo Código Procesal Civil y Comercial del Chaco (ley 2559-M; antes Ley 7995).¹⁸ Habiendo efectuado un detenido estudio y análisis del mismo, se considera oportuno compartir en este Capítulo las conclusiones arribadas sobre los principales cambios y novedades en materia probatoria.

1. Antecedentes y finalidad de la reforma procesal civil y comercial en el Chaco

El nuevo Código Procesal Civil y Comercial del Chaco ha tenido su modelo en el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial para la Nación,¹⁹ el que a su vez se basó en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. En este último se instituyó el denominado proceso por audiencias basado en la intermediación, concentración y publicidad; se adopta la oralidad como método optimizador de las condiciones para mejorar la información que el juez tendrá en cuenta para tomar la decisión final; y alcanza así su máxima expresión en la audiencia de vista de causa, en la que se producen las declaraciones de los testigos y de las partes, como así también se escuchan las explicaciones de los peritos y, finalmente, los alegatos de las partes.

2. Novedades referidas al ofrecimiento de pruebas

Una de las principales novedades del nuevo Código Procesal Civil y Comercial

¹⁷ Cfr. Salgado, 2018.

¹⁸ El nuevo Código Procesal chaqueño fue sancionado el 19 de diciembre de 2016 y entró en vigencia el 1 de agosto de 2017.

¹⁹ El Anteproyecto fue elaborado por un equipo de procesalistas liderados por los Dres. Mario Kaminker y Roland Arazi. Fue formalmente presentado en el Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en el año 2015 en la ciudad de San Salvador de Jujuy.

(en adelante CPCCCh), es que el proceso de conocimiento más amplio está conformado por el juicio sumario, con reglas muy similares al proceso sumario anteriormente regulado en la Ley 968. En tal sentido, el art. 323 del nuevo CPCCCh establece que “Todas las contiendas judiciales que no tuvieren señalada una tramitación especial serán ventiladas en juicio sumario”.

Una característica fundamental del proceso ordinario regulado en la vieja Ley 968 es que las pruebas²⁰ se pueden ofrecer en una oportunidad diversa a la de la interposición y contestación de la demanda. En consecuencia, en el nuevo CPCCCh, habiendo desaparecido el proceso anteriormente denominado ordinario, la prueba debe ser acompañada y ofrecida con la demanda y la contestación de la misma. En tal sentido, el art. 335 del nuevo CPCCCh indica que:

Con la demanda, se acompañarán los documentos que obraren en su poder, y si no los tuviere los individualizará, indicando su contenido, la persona en cuyo poder se hallaren, o el lugar, archivo u oficina donde se encuentren y se ofrecerá la declaración de parte. También deberán ofrecerse todas las demás pruebas de que intenten valerse.

3. Novedades referidas al ofrecimiento y la producción de la prueba pericial

La primera parte del art. 433 de nuevo CPCCCh establece que: “La prueba pericial podrá llevarse a cabo con antelación a la demanda”. Esta norma tiene su origen en el art. 450 del referido Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Nación presentado en el Congreso Nacional de Derecho Procesal que se realizó en la Provincia de Jujuy en el año 2015 (en adelante: Anteproyecto Kaminker). En dicho Anteproyecto se establecía el deber de producir la prueba pericial con antelación a la demanda. En similar sentido, se redactó el art. 434 del Proyecto de nuevo CPCCCh elevado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados del Chaco.

La producción de prueba pericial con anterioridad a la demanda no es un invento argentino. En tal sentido, Roberto Berizonce expone que existe una tendencia en el derecho comparado a acentuar la importancia de la instrucción preliminar. Cita los casos de la *consulenza tecnica* en el proceso civil italiano, la prueba pericial anticipada en el derecho alemán, el *référé probatoire* del proceso francés, la acción autónoma de

²⁰ Salvo la prueba documental.

producción de prueba en el nuevo Código Procesal Civil brasileño y los *pre-action protocols* en el sistema del *common law* (2017, p. 1). Con cita a Michele Taruffo, explica que en Inglaterra y en Estados Unidos, en fases preliminares del proceso (pre-trial), se permite a las partes prepararse adecuadamente para el debate en el trial, mediante el *discovery* de las pruebas en posesión del adversario o de un tercero. Resalta que

Bajo la activa dirección del juez, se persigue el esclarecimiento de los términos de la litis y la adquisición por medio del *discovery* de información relevante sobre las pruebas de las partes, lo que permite a éstas evaluar la conveniencia de un acuerdo o de una renuncia a proseguir el proceso y, consecuentemente, si fuera el caso, arribar a una solución concertada. (Berizonce, 2017, p. 1)

En suma, ya se ha dejado de lado aquella vieja definición de la prueba como herramienta que sirve para formar la convicción del juez sobre los hechos controvertidos. Ahora, la producción anticipada de la prueba pericial también tiene por finalidad generar las condiciones para que los futuros litigantes puedan solucionar la controversia extrajudicialmente y evitar la promoción de demandas innecesarias.²¹ La experiencia indica que en la mayoría de los casos en que se la ofrece, la prueba pericial es la prueba decisiva, en razón de lo cual su producción anticipada evitaría muchos juicios, porque genera las condiciones para que las partes puedan solucionar el conflicto.²²

En dicho contexto, el Proyecto establecía que es una carga procesal de la parte interesada en su producción hacer todo cuanto sea posible para que se lleve a cabo tal actividad, bajo apercibimiento de privación de la prueba referida, y señalaba los casos en que dicha carga no era exigible.

Sin embargo, en la Cámara de Diputados se cambió la palabra “deberá” por “podrá”, con lo cual la producción de la prueba pericial con antelación a la demanda ha pasado a ser una facultad. Sin embargo, en los siguientes párrafos del art. 433 del nuevo CPCCCh se mantuvo incorrectamente el apercibimiento de privación de la prueba en caso de no hacerse con antelación a la demanda; y, los casos en que dicha carga no es

²¹ En similar sentido, se expresa Gustavo M. Armando Vispo en un trabajo denominado “Prueba pericial anticipada. Un mecanismo viable para la justa e informada composición de los conflictos” (2017, p. 151 y s.).

²² La producción anticipada de la prueba pericial también permite evaluar la conveniencia de promover la demanda y de los pedidos que se formularán.

exigible. En realidad, al cambiarse la palabra “deberá” por “podrá”, la producción anticipada de la pericia ha dejado de ser una carga, por lo que la sanción prevista es inaplicable.

No obstante ello, lo cierto e importante es que a diferencia de las viejas reglas procesales, con el nuevo CPCC se podrá producir la prueba pericial con antelación a la demanda, aunque no encuadre en los supuestos de procedencia de prueba anticipada (urgencia). Esto constituye un gran avance, puesto que tratándose de una prueba decisiva, permitirá evaluar las probabilidades jurídicas de éxito y la conveniencia y alcances de las pretensiones y defensas que eventualmente se formulen en la etapa judicial; como así también, hará posible negociar los alcances de un acuerdo con mayor precisión, sin necesidad de interponer la demanda y esperar hasta la audiencia preliminar para que se admita la prueba pericial.

Dicho con otras palabras, la producción de la prueba pericial con antelación a la demanda no es un deber, ni una carga, ni su omisión puede generar la pérdida del derecho a ofrecer la prueba con la demanda y a producirla en caso de que sea admitida con posterioridad a la apertura de la causa a prueba. No obstante, es necesario destacar que la facultad de producirla con anterioridad a la demanda resulta un valioso avance, puesto que generará las condiciones para que las partes puedan solucionar extrajudicialmente el conflicto, evitándose de esa manera la promoción de muchísimas demandas. La práctica anterior demostraba que en muchos casos en los que en la audiencia preliminar se disponía la producción de la prueba pericial con antelación a los restantes medios de prueba, las partes arribaban a acuerdos, con lo cual es evidente la utilidad de la nueva facultad que otorga en art. 433 del nuevo CPCCCh.

En cuanto a la producción de la prueba pericial con antelación a la demanda, el art. 433 del nuevo CPCCCh regula un interesante procedimiento, estableciendo que ésta se debe realizar extrajudicialmente; lo cual se debe hacer saber a quienes serán parte o terceros interesados en el litigio a iniciarse. Esta notificación se realizará por medio fehaciente y con antelación no menor de diez (10) días a la fecha prevista para la realización de la actividad pericial. En esta oportunidad se deben comunicar: las circunstancias fácticas y jurídicas salientes de la pretensión o pretensiones que se articularán; los puntos de la pericia a realizarse, la incumbencia y demás datos personales del experto que llevará a cabo la actividad pericial, acreditando su habilitación al efecto, debiendo hallarse inscripto en la lista formulada por el Poder

Judicial; y, los tiempos, lugares y demás circunstancias cuyo conocimiento permita a dichas personas, si lo entienden necesario, concurrir a efectos de participar y controlar el desarrollo de la actividad pericial, ya sea personalmente, acompañadas, o mediante la persona o personas que designen.

Del referido art. 433 se desprende que la actividad pericial con antelación a la demanda es extrajudicial; que el perito es designado por quien propone la producción de la prueba; y, que debe hallarse habilitado e inscripto en la lista de peritos del Poder Judicial.

También, en parte final de dicha norma, se establece que el perito no puede ser recusado y que las personas que serán parte o terceros interesados en el litigio a iniciarse podrán proponer puntos de pericia.

El art. 444 del nuevo CPCCh establece que la oposición injustificada a colaborar con la realización de la pericia que impida el éxito de la actividad prevista determinará que quien haya incumplido sus deberes, a criterio del juez, cargue con los honorarios y gastos periciales que irrogue la realización de la pericia de que se trate en la etapa probatoria del juicio.

Además, agrega que la conducta de quien niega la colaboración podrá, en caso de duda, ser tenida como presunción favorable a las pretensiones de la parte o partes contrarias al momento de dictar sentencia.

Asimismo, el referido art. 444 aclara que las cuestiones que se planteen durante el curso de la realización de la actividad pericial no impedirán su desarrollo y conclusión. Establece que se labrará acta de lo planteado y la decisión sobre la admisibilidad o procedencia de los cuestionamientos y sus consecuencias en lo probatorio será resuelto en la audiencia preliminar o en la sentencia sobre mérito, según corresponda.

Los honorarios profesionales de los peritos serán regulados judicialmente (art. 436); deben ser abonados por los condenados en costas, salvo que sus conclusiones sean rebatidas por demérito declarado en la sentencia, en cuyo supuesto perderá el derecho a percibir los honorarios (art. 437).

Finalmente, en relación a la producción de la prueba pericial con antelación a la demanda, en aquellos casos en que se necesite documentación complementaria para realizarla, cabe recordar que el art. 13 de la Ley provincial 2275-B (antes Ley 7524) que reglamenta el ejercicio de la abogacía, otorga la atribución de recabar directamente de la

Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, o de organismos privados, sociedades, entidades o personas, informes, antecedentes y certificaciones sobre hechos concretos atinentes a los asuntos en que intervengan.

Otra interesantísima novedad que incorpora el nuevo CPCCCh es el deber del perito de asistir a la audiencia de vista de causa; y, si la prueba se produjo con antelación a la demanda, el perito también debe asistir a la audiencia preliminar. El incumplimiento de dicha obligación genera la pérdida del derecho del perito a percibir la retribución por su trabajo. La presencia del perito que intervino en la producción de la prueba con antelación a la demanda se trata de otra medida que tiene por finalidad generar las condiciones para que las partes arriben a un acuerdo, en este caso, en la audiencia preliminar, pudiendo evitarse de esa manera la apertura de la causa a prueba y la tramitación de resto del proceso.

4. Novedades referidas al trámite del beneficio para litigar sin gastos

Como aspecto novedoso, en relación al ofrecimiento de la prueba tendiente a demostrar la imposibilidad de obtener recursos de quien solicita el beneficio para litigar sin gastos, el art. 95 del nuevo CPCCCh establece la facultad de quien peticiona el beneficio, de acompañar la declaración firmada por los testigos, como así también el derecho del litigante contrario a solicitar su citación a los fines de interrogar al testigo.

5. Aspectos novedosos en relación a la audiencia preliminar

En relación con la audiencia preliminar,²³ el art. 370, inc. 10, establece que el juez debe disponer la producción de las pruebas con anterioridad a la audiencia de vista de causa. Es decir, a diferencia del sistema anterior, con el nuevo CPCC no se debe disponer la producción de las pruebas de declaración de parte y testimoniales, puesto que dichas pruebas se producirán en la audiencia de vista de causa. Asimismo, por Resolución N° 2183, de fecha 28/11/18, el Superior Tribunal de Justicia del Chaco dispuso la puesta en marcha de la generalización de la oralidad civil en la provincia del

²³ La audiencia preliminar no resulta una cuestión novedosa porque ya estaba incorporada al viejo Código Procesal chaqueño (Ley 968), con anterioridad a la sanción de la Ley 2559-M.

Chaco y aprobó el Protocolo de Gestión de la Prueba, en el que se impone al juez la obligación de fijar la fecha de la audiencia de vista de causa de común acuerdo con las partes, en un plazo de hasta 120 días corridos, contados desde la fecha de audiencia preliminar.

6. Incorporación atenuada de la declaración de parte

En nuevo art. 388 del CPCCCh refiere que en la oportunidad establecida para el ofrecimiento de prueba, cada parte podrá solicitar que la contraria o quien tuviere en el pleito un interés jurídico distinto al propio, sea interrogado sobre la cuestión que se ventila.

La incorporación de la declaración de parte (que reemplaza a la prueba confesional) tiene su origen en el Anteproyecto Kaminker (art. 405 y ss.). El art. 405 del referido Anteproyecto y el art. 389 del Proyecto enviado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados establecía que “La citación se hará bajo apercibimiento de tenerse por reconocida la versión sobre los hechos efectuada por la contraria, si existiere, en caso de incomparecencia injustificada, salvo la existencia de pruebas en contrario”. Dicho párrafo ha sido eliminado en el nuevo CPCCCh, con lo cual la inasistencia injustificada no genera el reconocimiento de la versión sobre los hechos efectuada por la contraria, si existiere.

Además, el art. 412 del Anteproyecto Kaminker y el art. 396 del Proyecto elevado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados establecía que cuando el declarante, interrogado respecto de hechos personales, adujere ignorancia, olvido, contestare en forma evasiva o se negare a contestar, el juez podía tenerlo por confeso. Sin embargo, en el nuevo art. 395 del CPCCCh se dice que “Cuando el declarante, interrogado respecto de hechos personales adujere ignorancia, olvido, contestare en forma evasiva o se negare a contestar, el juez no podrá tenerlo por confeso sobre los hechos invocados por la contraparte”.

En consecuencia, en el nuevo CPCCCh no se puede tener por confesa a la parte que adujere ignorancia, olvido, contestare en forma evasiva o se negare a contestar preguntas sobre hechos personales.²⁴

²⁴ En similar sentido Amanda Estela Kees expresa que “la negativa a responder o sus respuestas evasivas

Sin perjuicio de los referidos cambios introducidos en la Cámara de Diputados, no debe perderse de vista que el art. 367 del nuevo CPCCCh impone al juez el deber de apreciar, conforme con las reglas de la sana crítica, la conducta observada por las partes, las omisiones, deficiencias de la prueba, o ausencia de la colaboración debida.

7. Producción de prueba testimonial y declaración de parte en la audiencia de vista de causa

Una de las novedades más importantes sobre la actividad probatoria se advierte en la producción de la prueba oral, la que se realizará en la audiencia de vista de causa. El art. 408 del nuevo CPCC establece que la prueba testimonial admitida en la audiencia preliminar se producirá en la audiencia de vista de causa.²⁵

Por su parte, el artículo 471 del CPCC señala que el juez procederá a recibir las declaraciones de las partes, luego las declaraciones testimoniales y finalmente las explicaciones de los peritos. La regla procesal también prevé que el juez podrá alterar dicho orden si lo considera conveniente.

El artículo 415 del CPCC establece que “Antes de declarar, los testigos prestarán juramento o formularán promesa de decir verdad, a su elección, y serán informados de las consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas o reticentes”.²⁶

Luego, en relación a la forma de examen de los testigos, el art. 417 del CPCC establece expresamente que “Los testigos serán libre y directamente interrogados por el juez acerca de lo que supieren sobre los hechos controvertidos, respetando la sustancia de los interrogatorios propuestos”.

no tendrán la eficacia probatoria que le confería el último apartado del art. 391 del antiguo Código (...) en la nueva ley procesal que –a diferencia de la anterior– dispone que en tales supuestos *el juez no podrá tenerlo por confeso sobre los hechos invocados por la contraparte*” (2017, p. 142).

²⁵ Salvo en aquellos casos en que el testigo se encuentre imposibilitado de comparecer al juzgado (art. 412) o tenga su domicilio a más de setenta kilómetros del juzgado (art. 403, 2º pár.).

²⁶ Para la información de las consecuencias penales que pueden generar las declaraciones falsas o reticentes, se acostumbra a leer a los testigos las partes pertinentes de los arts. 275 y 276 del Código Penal, que dicen: “Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente. (...) En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena” (art. 275) y “La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida” (art. 276).

El referido art. 417 agrega que “A continuación los asistentes letrados de la parte que ofreció el testigo y de la contraria, podrán interrogar directamente a los testigos, sin perjuicio de las facultades del juez de rechazar las preguntas impertinentes, superfluas o mal formuladas”.

El nuevo artículo 417 amerita el análisis de varias cuestiones, tales como: el momento en que debe producirse la prueba testimonial; quién debe interrogar al testigo sobre las generales de la ley; quién comienza a preguntar; la conveniencia de presentar pliego de preguntas; cómo deben ser las preguntas y cuál debe ser el procedimiento en caso de oposición a una pregunta.

7.1. ¿Quién comienza a interrogar al testigo?

En primer lugar, es necesario analizar la conveniencia de que sea el juez quien comience a interrogar a los testigos.

El derecho a la prueba²⁷ comprende la posibilidad de orientar la declaración del testigo mediante respuestas que brinden información sobre los hechos controvertidos en los que el oferente sustenta su acción o su defensa. También se considera indiscutible el derecho del oferente de la prueba a demostrar la credibilidad del testigo. En dicho contexto, si se desea aprovechar la oralidad como modelo para generar el escenario para la incorporación de información de gran calidad al proceso, no caben dudas sobre la conveniencia de que sean las partes que ofrecieron a los testigos, quienes comiencen el interrogatorio y guíen el relato mediante la formulación de preguntas cuyas respuestas

²⁷ En el proceso civil, las partes tienen el derecho a la prueba, como manifestación de las garantías de acceso a la justicia y defensa en juicio. El derecho a la prueba, entendido como la actividad tendiente a acreditar la veracidad de los hechos afirmados por las partes en el proceso, se compone de tres partes que conforman su núcleo o contenido esencial: el derecho a la admisión, el derecho a la producción y el derecho a la valoración adecuada. El derecho a la admisión de los medios propuestos es el derecho a que se reciban todos aquellos medios de prueba que hayan sido propuestos oportunamente, no padezcan de ilicitud y guarden relación con los hechos debatidos. En caso de no admitirse el medio probatorio ofrecido, la negativa tiene que ser fundada (cfr. Ferrer Beltrán, 2007, p. 54 y ss.; Estigarribia de Midón y Midón, 2008, p. 260 y ss. El derecho a la prueba también comprende la facultad de producir los respectivos medios probatorios propuestos, dado que en caso contrario sobrevendría una denegación tácita del derecho a la prueba (cfr. Taruffo, citado en Ferrer Beltrán, 2007, pág. 55 y ss.). Finalmente, el tercer elemento que conforma el contenido esencial del derecho supraconstitucional a la prueba consiste en que el medio probatorio decisivo, admitido y producido, sea valorado adecuadamente por el órgano judicial al dictarse las sentencias de primera o segunda instancia. Ello es así porque si partimos de la base de que el derecho a la prueba tiene por finalidad acreditar la veracidad de los hechos afirmados por las partes en el proceso, de nada serviría esta garantía, si el juez no valora las pruebas decisivas para la solución justa del caso, o las valora defectuosamente.

vayan generando interés y expectativa en el juez, profundizando los hechos más importantes de la versión en que la oferente sustenta su demanda o su defensa. Por más genérica que sea, un testigo nunca dice todo lo que sabe en la primera pregunta. Por ello, se dice que es muy importante que el abogado conozca lo que saben sus testigos y planifique adecuadamente las preguntas, guiando la declaración del testigo y generando las condiciones para que sea persuasiva la narración de los hechos que se desean acreditar.

Las preguntas pueden ser narrativas, abiertas, cerradas o indicativas. Las preguntas narrativas son aquellas que dan pie al testigo para que cuente todo lo sucedido;²⁸ las preguntas abiertas también tienen la finalidad de que el testigo cuente algo, pero acotan el tema sobre el que se puede responder;²⁹ las preguntas cerradas permiten una respuesta específica;³⁰ y las indicativas (también denominadas sugestivas) son aquellas que sugieren la respuesta, a tal punto que la respuesta del testigo puede consistir sólo en una afirmación.³¹

Cada tipo de pregunta tiene sus ventajas y sus desventajas; por ejemplo, una pregunta narrativa bien respondida fortalece la credibilidad del testigo, pero la parte que lo propone pierde el control sobre la declaración del testigo, corriendo el riesgo de que el testigo relate aspectos que no son de interés para la versión de los hechos expuesta por la parte que lo propuso. En este tipo de preguntas también existe el riesgo de que el relato del testigo sea demasiado superficial. Como contracara de las preguntas narrativas, están las preguntas cerradas, que permiten orientar las respuestas del testigo a los puntos que interesa acreditar la parte que lo propuso. Estas preguntas no sugieren la respuesta, sino que parten de hechos no controvertidos o de hechos relatados anteriormente por el testigo.

Frente a la posibilidad de realizar distintos tipos de preguntas, nadie mejor que el abogado de la parte que ofreció el testigo para elegir con qué pregunta comenzará el interrogatorio y con cuál continuará; como así también para detectar e interrogar en el

²⁸ Un ejemplo de pregunta narrativa es: cuéntenos todo lo que sabe sobre el accidente. El art. 417 del CPCCCh sugiere al juez realizar este tipo de preguntas al establecer que interrogará a los testigos “acerca de lo que supieren sobre los hechos controvertidos”.

²⁹ Un ejemplo de pregunta abierta sería: ¿Qué observó en el lugar del accidente? Es una especie de pregunta narrativa, que acota la información que se solicita al testigo.

³⁰ Un ejemplo de pregunta cerrada sería: ¿De qué marca era el automóvil?

³¹ Un ejemplo de pregunta indicativa sería: ¿La motocicleta Honda CR 150 impactó con la rueda delantera en la puerta trasera izquierda del automóvil Honda Fit? Este tipo de preguntas no facilitan el ingreso de información de calidad al proceso y (salvo excepciones) están prohibidas en el interrogatorio (no en el contrainterrogatorio que hace la parte contraria a quien ofreció el testigo).

momento oportuno sobre aspectos secundarios que permitirán ir construyendo la credibilidad del testigo.

Las razones expuestas y la finalidad que inspiró la reforma procesal chaqueña indican la conveniencia de que sean las partes quienes comiencen con el interrogatorio a los testigos.

Cabe aclarar que la visión que se propone sobre el rol del juez en el interrogatorio de testigos no importa una renuncia a la verdad de los hechos controvertidos expuestos por los litigantes, sino simplemente el reconocimiento del derecho a quien propuso el testigo a producir la prueba de manera tal que cumpla con la finalidad para la que fue propuesta. De este modo se respeta la estrategia elaborada por las partes para obtener la información que necesita en cada caso. Sin perjuicio de ello, debe quedar claro que ceder a las partes la iniciativa para interrogar a los testigos en los procesos civiles y comerciales, no quita al juez la facultad de formular preguntas luego del examen y contra examen; incluso, durante el interrogatorio con la finalidad de que se aclare alguna respuesta o cuando la respuesta podría ser decisiva para la solución justa del caso.

7.2. ¿Quién interroga al testigo por las generales de la ley?

La demostración de la credibilidad del testigo es un aspecto tan importante que amerita el cambio de viejas prácticas, de manera que las partes puedan participar del interrogatorio preliminar, previsto en el art. 416 del CPCC, cuando lo consideren conveniente. La referida regla procesal establece que aunque las partes no lo pidan, los testigos serán siempre preguntados: 1) Por su nombre, edad, estado, profesión y domicilio; 2) Si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguna de las partes, y en qué grado; 3) Si tiene interés directo o indirecto en el pleito; 4) Si es amigo íntimo o enemigo; 5) Si es dependiente, acreedor o deudor de alguno de los litigantes, o si tiene algún otro género de relación con ellos.

El interrogatorio preliminar resulta fundamental para la demostración de la credibilidad del testigo, lo que justifica que luego de que los testigos presten juramento o formulen promesa de decir verdad y de que se les informe sobre las consecuencias penales que pueden generar las declaraciones falsas o reticentes, el juez interroge al

testigo sobre las cuestiones detalladas en el artículo 416 del CPCC, sin descartar la posibilidad de que las partes también formulen preguntas sobre los aspectos detallados en el art. 416 para acreditar la credibilidad del testigo.

7.3. ¿Es conveniente presentar pliego de preguntas?

Otro aspecto que genera la necesidad de efectuar una reflexión, es la cuestión vinculada con la posibilidad de que las partes presenten las preguntas por escrito. En tal sentido, el referido art. 417 establece la posibilidad de que los testigos sean interrogados por el juez, respetando la sustancia de los interrogatorios propuestos, lo cual permite inferir que las partes podrían presentar las preguntas por escrito o que los jueces podrían exigir esa presentación para efectuar un control previo de las preguntas o para ser ellos quienes comiencen con el interrogatorio.

Sobre dicha cuestión, tal como se anticipó más arriba, si realmente se desea aprovechar el nuevo modelo para generar un escenario propicio para la incorporación de información de calidad al proceso, no caben dudas sobre la conveniencia de que sean las partes que ofrecieron a los testigos, quienes guíen el relato mediante la formulación de preguntas sucesivas que permitan respuestas útiles para la formación de la convicción del juez sobre los hechos controvertidos. En dicho contexto, sin desconocer la importancia de que el abogado planifique adecuadamente las preguntas, no parecería ser el mejor método la formulación previa del interrogatorio por escrito, sino más bien un interrogatorio directo (sin intervención de un tercero). De este modo, las preguntas se formularán teniendo en cuenta las respuestas anteriores que fue dando el testigo y los hechos controvertidos que deben ser acreditados, de manera que se facilite la construcción de un relato persuasivo sobre los hechos controvertidos.

7.4. ¿En qué momento se debe producir la prueba testimonial?

Otra cuestión muy vinculada con los aspectos que se vienen analizando es el orden en que se pueden producir las pruebas en la audiencia de vista de causa. En tal sentido, el artículo 471 del CPCC señala que el juez procederá a recibir las

declaraciones de las partes luego las declaraciones testimoniales y finalmente las explicaciones de los peritos; asimismo, prevé que el juez podrá alterar dicho orden si lo considera conveniente.

La finalidad de la prueba testimonial y la jerarquía e importancia del derecho a la prueba³² persuaden sobre la necesidad de admitir que las partes puedan proponer la alteración del orden previsto para la prueba testimonial y solicitar el orden en que declararán sus testigos. En dicho contexto, resulta conveniente el ejercicio amplio de la facultad otorgada al juez en la parte final del primer párrafo del referido art. 471.

Puede haber testigos directos (es decir, que percibieron los hechos con algunos de sus sentidos), indirectos (que declaran sobre lo que escucharon decir a otras personas) o indiciarios (que declaran sobre hechos que requieren que el juez haga una inferencia). Puede ser que la parte considere más conveniente dejar para el final a los testigos más sólidos, o que por el orden cronológico de los hechos que relatarán, resulte conveniente que los testigos declaren en un orden determinado. En cualquier caso, la jerarquía del derecho a la prueba y la necesidad de que la información que ingrese al proceso sea de la mejor calidad posible, ponen en evidencia la necesidad de reconocer a

³² La prueba como derecho de las partes tiene máxima jerarquía, de conformidad con los principios consagrados en la Constitución Nacional y en disposiciones de instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, al que el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional otorgó jerarquía constitucional. La Constitución Nacional no tiene una cláusula que clara e inequívocamente confiera a los litigantes el derecho a la prueba; no obstante ello, el derecho del litigante para utilizar los medios probatorios necesarios para formar la convicción del juez, es considerado un derecho comprendido en la garantía del debido proceso (art. 18 de la C.N. y art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica). El art. 8, inc. 2, del Pacto de San José de Costa Rica refiere puntualmente a las garantías que corresponden a “toda persona inculpada por un delito”. Sin embargo, lo cierto es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Paniagua Morales y otros*”, ha establecido que el elenco de garantías mínimas del numeral 2 del art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica se extiende al proceso civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Dicho criterio ha sido reafirmado en la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del “*Tribunal Constitucional Vs. Perú*”. A lo dicho cabe agregar que en los casos “*Almonacid*” y “*Trabajadores cesados del Congreso*”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la doctrina del *control de convencionalidad*, en virtud de la cual sentó la obligación de los jueces locales de ejercer el control de adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos, a las normas y principios establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, la Corte Interamericana ha señalado que el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana. En razón de ello, y puesto que resulta indiscutible que las normas locales se deben adecuar a la Convención Americana de Derechos Humanos, me encuentro en condiciones de afirmar que las normas y principios contenidos en dicho instrumento internacional se ubican en un escalón superior al de nuestras normas constitucionales. Por ello, a partir de los antecedentes jurisprudenciales citados precedentemente, es correcto referirse a la jerarquía supraconstitucional de las normas y principios contenidos en el Pacto de San José de Costa Rica, como así también de los fallos que dicte la Corte Interamericana de Derecho Humanos interpretando y aplicando tales normas y principios. Consecuentemente, encontrándose el derecho a la prueba comprendido en la garantía del debido proceso (art. 8 del pacto de San José de Costa Rica), cabe concluir que se trata de un derecho supraconstitucional (Salgado, 2010, p. 14 y ss.).

las partes el derecho a elegir el orden de presentación de los testigos y de las demás pruebas ofrecidas que se deban producir en la audiencia de vista de causa.

El espíritu y la finalidad que inspiró al nuevo modelo dan cuenta de que no todas son obligaciones para las partes (por ejemplo, hacer comparecer al testigo propuesto), sino que también hay derechos, como ser la posibilidad de elegir el orden en que se producirán las pruebas ofrecidas en la audiencia de vista de causa (incluyendo la elección del orden en que declararán los testigo), formular las preguntas que considere necesarias para acreditar la credibilidad del testigo y comenzar el interrogatorio.

7.5. ¿Cómo deben ser las preguntas?

En relación a la forma de las preguntas que se pueden realizar a los testigos, el art. 418 indica que “Las preguntas no se referirán a más de un hecho; y serán claras y concretas”.

Sobre la forma de las preguntas, resulta oportuno recordar que el art. 421 del viejo CPCC (Ley 968) prohibía expresamente la formulación de preguntas en términos afirmativos y de aquellas que sugieran las respuestas. Dichas prohibiciones ya no figuran en el referido art. 418 del nuevo CPCC. No obstante ello, dicha supresión no quiere decir que estén permitidas ni prohibidas en todos los casos.

Tal como se mencionó más arriba, las preguntas pueden ser narrativas, abiertas, cerradas e indicativas. Las preguntas narrativas son aquellas que dan pie al testigo para que cuente todo lo sucedido. Este tipo de preguntas fortalecen la credibilidad del testigo porque las respuestas son dadas con mayor espontaneidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que quien ofreció al testigo pierde el control de lo que declarará. También puede suceder que el relato del testigo sea demasiado genérico.³³

Las preguntas abiertas también dan pie al testigo para que cuente algo, pero limitan el contenido de la respuesta a una cuestión o a un tema específico. En este tipo de preguntas se hace referencia a hechos no controvertidos y a respuestas dadas por el testigo en preguntas anteriores. Son las preguntas con que se aconseja comenzar el interrogatorio. La ventaja de este tipo de preguntas es que permite al abogado acotar el relato del testigo.

³³ Lo cual no constituye un problema, puesto que posteriormente el abogado puede formular preguntas abiertas o cerradas para que el testigo exponga o aclare los detalles de los hechos narrados genéricamente.

Las preguntas cerradas permiten una respuesta específica. Son de gran utilidad para guiar el relato del testigo.³⁴ La pregunta no debe sugerir la respuesta al testigo, puesto que de hacerlo sería indicativa. Este tipo de preguntas también mencionan aspectos no controvertidos y hechos referidos por el testigo en las respuestas dadas a preguntas anteriores. Por ejemplo, en el supuesto que el testigo refiriera que la motocicleta impactó al automóvil, una pregunta cerrada sería ¿en qué lugar del automóvil fue el impacto? Quien formula una pregunta cerrada no introduce nueva información al testigo, ni sugiere la respuesta. Son las preguntas con las que se aconseja completar la información ingresada por el testigo al responder las preguntas abiertas.

Las preguntas indicativas, también denominadas sugestivas, son aquellas que sugieren la respuesta, a tal punto que la respuesta del testigo consiste sólo en una afirmación. Rúa explica que “no se trata de una pregunta sino más bien de una afirmación hecha en tono de interrogación” (2016, p. 96). Como regla general, este tipo de preguntas están prohibidas en el interrogatorio de testigos, en razón de que impiden la incorporación de información de calidad. Dicho con otras palabras, cuando un testigo se limita a responder las afirmaciones que realiza el abogado de la parte que lo propuso, su declaración carece de la credibilidad necesaria para acreditar un hecho controvertido.

Excepcionalmente se admite la formulación de preguntas indicativas en los siguientes casos: 1) cuando las preguntas son introductorias; 2) cuando las preguntas son de transición; 3) cuando las preguntas se dirigen a un testigo hostil a la versión de los hechos expuesta por quien lo propuso; y 4) cuando las preguntas tienen por finalidad que se niegue una información desfavorable a la versión de los hechos expuesta por la parte que propuso al testigo.

Las preguntas introductorias son aquellas en que la información que se da al testigo con la pregunta se basa en hechos no controvertidos. Por ejemplo: ¿presenció el accidente de tránsito ocurrido el día 12 de octubre de 2017 en la intersección de las calles Vedia y Santiago del Estero de esta ciudad? Dicha pregunta supone que al contestar demanda se admitió que ocurrió un accidente de tránsito el día y en el lugar indicado en la pregunta.

Las preguntas de transición son aquellas que se utilizan para cambiar el tema sobre el que se está preguntando. Son admisibles en las mismas condiciones que las

³⁴ Rúa explica que el uso exagerado de preguntas cerradas puede generar inconvenientes en relación a la credibilidad del testigo, considerando “absolutamente necesario asumir tal riesgo, ya que su utilización es fundamental para el control de la prueba y la realización de un adecuado examen directo” (2016, p. 94).

introdutorias y en aquellos casos en que la información que se vuelca en la pregunta, surge del contenido de una respuesta dada anteriormente por el testigo.

También se permite realizar preguntas indicativas al testigo hostil. El testigo hostil es la contracara del testigo amigable a la versión de los hechos de quien lo propone. Por ello, las preguntas indicativas están permitidas en el contrainterrogatorio que formula la parte adversa a quien ofreció al testigo. Explica Rúa que “La hostilidad del testigo puede ser conocida de antemano o sobrevenir en la audiencia del juicio oral, en caso de que recién allí se advierta que éste ha cambiado su actitud frente al interrogatorio directo” (2016, p. 100). En tales casos corresponde solicitar al juez autorización para formular preguntas indicativas.

Otra excepción que puede justificar preguntas indicativas se produce cuando están formuladas por la negativa. Se trata de preguntas en las que la información que se introduce en la pregunta es una proposición fáctica o hecho desfavorable para los intereses del abogado que la formula. Se busca que el testigo niegue esa información. Por ejemplo, el abogado del conductor del automóvil embestido por la motocicleta pregunta: ¿el automóvil venía a alta velocidad cuando fue impactado por la motocicleta?

Otro caso en que se podrían permitir preguntas indicativas sería cuando nos encontramos frente a testigos que no puedan recordar los hechos; no obstante, en caso de admitírselas, la credibilidad del testigo será limitada.

7.6. ¿Se puede volver a preguntar al testigo luego del contrainterrogatorio que realizó la parte contraria a la que lo ofreció?

Un aspecto que no está previsto en las reglas procesales es la posibilidad del oferente de la prueba testimonial de examinar nuevamente al testigo luego de las repreguntas que realice la parte contraria; y, a su vez, la posibilidad de que la parte contraria repregunte al testigo sobre el contenido de las respuestas dadas en el marco del proceso de re-examen efectuado por la parte que ofreció el testigo. Teniendo en cuenta la jerarquía del derecho a la prueba, entiendo que dicha facultad debe ser admitida por quien dirige la audiencia, en tanto y en cuanto los temas sobre los que se desea preguntar tengan relación con las respuestas dadas a las preguntas realizadas por la parte contraria.

7.7. ¿Se deben sustanciar las objeciones? ¿Se pueden rechazar *in limine*? ¿Se debe retirar el testigo?

Además de indicativas, las preguntas pueden ser reiterativas, inconducentes (sobre hechos no controvertidos), confusas (capciosas), compuestas (se pregunta sobre más de un hecho) o de opinión, en cuyo caso pueden ser objetadas por la parte contraria a quien las formula, o bien, neutralizadas por el juez (sin intervención de partes) en caso de que sean manifiestamente inadmisibles por alguna de tales razones.

La finalidad del nuevo modelo amerita el cambio de viejas prácticas, evitando la sustanciación innecesaria de las objeciones que resultan manifiestamente admisibles o inadmisibles. Por ello, si la objeción es manifiestamente inadmisibles, el juez la puede rechazar sin sustanciación; si la objeción es manifiestamente admisible, el juez la puede admitir sin sustanciación. La sustanciación indiscriminada de las objeciones entorpece el trámite de la declaración testimonial y obstaculiza el ingreso de información de calidad al proceso. La garantía a la defensa de quien se considera perjudicado por la decisión del juez puede ser ejercida mediante el pedido de revocatoria, debidamente fundado.

8. Declaración testimonial de menores de edad

Con respecto a quienes pueden prestar declaración testimonial, en armonía con el nuevo Código Civil y Comercial, el art. 403 del CPCCCh otorga la posibilidad de proponer como testigo a toda persona mayor de trece años, quien tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas por ley.

9. Iniciativa probatoria del juez

El art. 367 del nuevo CPCCCh, en similares términos al art. 355 bis del viejo

Código Procesal chaqueño,³⁵ establece que “Los jueces o tribunales deberán obrar de manera activa a fin de acceder a la verdad jurídica material y al debido esclarecimiento de la causa”.

³⁵ El artículo 355 bis del viejo CPCC chaqueño (Ley 968) establecía que “En caso de duda, antes de decidir sobre el mérito de la causa o incidente haciendo uso de las reglas sobre distribución de la carga probatoria, el Juez deberá adoptar todas las medidas de esclarecimiento de los hechos controvertidos que considere necesarias”. En el párrafo siguiente agregaba que “En este supuesto las partes podrán ofrecer, dentro de los cinco (5) días de notificada la providencia que ordenare la medida de esclarecimiento, la prueba de descargo que estimaren pertinente”.

CAPÍTULO IV

¿CUÁL ES LA CUALIDAD DE LA PRUEBA QUE LEGITIMA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD INSTRUCTORIA DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL?

1. Relación entre verdad, prueba y sentencia justa

En la introducción se dijo que el Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina destaca como indiscutible intención del constituyente el afianzamiento de la justicia y que dicha finalidad es una línea política que debe guiar la actividad de todos los órganos y funcionarios del Estado, especialmente de los jueces. También se afirmó que resulta indiscutible la relación entre verdad y sentencia justa.

En dicho contexto, en los últimos tiempos se advierte un fuerte protagonismo de algunos jueces que disponen la producción o ampliación de medios probatorios para formar su convicción sobre los hechos decisivos para la solución justa del caso concreto, supliendo la omisión, el desinterés y hasta la negligencia probatoria de los hechos relevantes alegados por los litigantes. Especialmente, este cambio se hizo evidente con la implementación de la oralidad en los procesos civiles y comerciales, dado que obligó a jueces a reformular viejas prácticas durante el interrogatorio a testigos y litigantes.

Este nuevo rol asumido por algunos jueces ha generado elogios y críticas de los diversos operadores del derecho. Entre las críticas, se ha dicho que cuando el juez dispone la producción o la ampliación de medios probatorios de oficio, supliendo la omisión, el desinterés o la negligencia de las partes, se afectan gravemente las garantías constitucionales de imparcialidad del juez y de igualdad de las partes. Similares cuestionamientos se realizan a los jueces que formulan preguntas a testigos y a las partes, supliendo la omisión, el desinterés o la negligencia de los litigantes, aún en aquellos casos en que las reglas procesales lo autorizan expresamente.

En los cuestionamientos al nuevo rol asumido por los jueces, se advierte una suerte de creencia indiscutible de que en materia probatoria los jueces no pueden suplir el desinterés o la omisión de las partes, puesto que en caso de hacerlo dejarían de ser imparciales y afectarían la igualdad de las partes.

Sin embargo, considero que tales críticas son conclusiones prematuras y apresuradas, puesto que existen diversos factores que no han sido tenidos en cuenta al efectuarlas. A continuación, se analizan tales factores. Se señalan, en primer lugar, los aspectos que deben concurrir para que una sentencia sea justa; se analiza el Preámbulo de la Constitución Nacional. Posteriormente, se trata la cuestión de la verdad de los hechos en disputa como característica necesaria de las decisiones judiciales. Esto último finalmente permitirá dar cuenta de la relación directa que existe entre verdad y sentencia justa, la importancia de la prueba como herramienta que permite al juez formar su convicción sobre los hechos alegados por los litigantes y, fundamentalmente, la relevancia del ejercicio de la actividad instructoria del juez en el proceso civil, como mecanismo para neutralizar la omisión o el desinterés de las partes en el ofrecimiento o la producción de medios probatorios tendientes a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos expuestos por los litigantes, decisivos para la solución jurídicamente justa del caso concreto.

2. ¿Cuándo la sentencia es jurídicamente justa?

En general se pone en duda la exigencia de la verdad de los hechos en disputa como presupuesto de toda sentencia justa, porque se cree que el término justicia es muy impreciso. Cabe recordar que Platón consideraba que la justicia consistía en que cada cual hiciera lo que tenía que hacer. Aristóteles concebía a la justicia como una virtud y como algo específico del Derecho; distinguía entre justicia conmutativa y distributiva. La justicia conmutativa consiste en la equivalencia exacta entre la cosa recibida y la dada en compensación. La justicia distributiva o proporcional tiene en cuenta el valor de las personas. Cuando las personas no son iguales, la auténtica igualdad exige que no se les asigne cosas iguales sino proporcionadas a sus respectivos merecimientos. Aristóteles también introduce la equidad como criterio corrector de la injusticia que puede generar la fría aplicación de la ley.

Ulpiano entendía a la justicia como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho. Santo Tomás de Aquino, siguiendo a Ulpiano, consideraba a la justicia como el hábito por el cual con perpetua y constante voluntad es dado a cada uno su derecho. Para la escuela clásica del derecho natural, lo justo era lo que estaba de

acuerdo con la naturaleza humana, es decir, lo que respondía a las exigencias de la naturaleza humana.

Como podrá advertirse, a lo largo de la historia de la humanidad existieron varios criterios generales para determinar el significado de la justicia. Sin embargo, lo cierto es que ninguno de tales principios sirven para explicar qué camino debe recorrer el juez para dictar una sentencia justa en cada caso concreto.

2.1. La propuesta de Taruffo

Con la finalidad de poder analizar si la sentencia es justa, Taruffo propone que se combinen tres criterios:

- a) la corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) la comprobación fiable de los hechos relevantes del caso; c) el empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión. (2003, p. 162)

Agrega que los tres requisitos resultan imprescindibles para que la sentencia sea justa, con lo cual ninguno de ellos es por sí mismo suficiente.

En tal sentido, no quedan dudas de que si bien la comprobación de los hechos alegados por los litigantes es necesaria para la correcta selección de la norma, lo cierto es que ello no es suficiente para que el juez arribe a la solución jurídicamente justa del caso concreto. Para una sentencia jurídicamente justa resulta imprescindible la correcta elección e interpretación de la norma aplicable, pero, por sí misma tampoco alcanza.

Finalmente respecto de la necesidad de que la solución final sea el resultado de un procedimiento justo, cabe destacar que solamente ello no asegura que la solución sea justa, puesto que la decisión final puede ser el resultado de un procedimiento indiscutiblemente correcto, en el que se haya elegido o interpretado incorrectamente la norma. De esta manera Taruffo justifica la presencia combinada de los tres requisitos que resultan imprescindibles para que la sentencia sea justa (Taruffo, 2003, p. 162 y ss.).

Cabe aclarar que los tres criterios referidos precedentemente no son reglas particulares ni requisitos específicos sino más bien principios generales. Esto quiere decir que no pueden definirse en términos precisos y absolutos porque remiten a escalas

de valores y nociones de grados, entre las cuales existen numerosas posibilidades. Taruffo explica que cada uno de los criterios puede ser entendido como una línea entre dos puntos, sobre la cual se colocan muchos puntos intermedios, en posiciones diversas respecto de dos puntos extremos.

Así, cada uno de estos criterios no se traducen en alternativas rigurosas y absolutas, en términos de sí/no, o de justo/injusto. Más bien, es necesario pensar en gradaciones, en términos de más o menos justo, en una escala delimitada en un extremo por la injusticia y en el otro extremo por el grado relativamente máximo de justicia. Sin embargo, debe quedar claro que no cualquier combinación de grados puede definir una solución justa; la existencia de tan sólo un criterio con el grado más bajo ya no permite calificar a la decisión como sentencia justa, puesto que no se admiten compensaciones con los otros criterios.³⁶

2.1.1. Correcta elección e interpretación de la norma

Taruffo propone diferenciar tres aspectos de la decisión: a) el procedimiento a través del cual el juez encuentra, descubre o formula la decisión; b) la forma de la sentencia; y, c) la justificación de lo que el juez ha decidido (2003, p. 1 y ss.).

El primer aspecto, también llamado *razonamiento decisonal*, se refiere al descubrimiento y a la interpretación de la norma que se aplicará a la valoración de las pruebas y a la calificación de los hechos para resolver el caso concreto. Taruffo expresa que en esta etapa el juez realiza operaciones intelectuales que no siguen la estructura de la lógica silogística,³⁷ sino que el razonamiento decisonal tiene una estructura dialéctica, en la que el juez realiza operaciones mentales en las que va eligiendo entre las distintas alternativas posibles; analiza cuáles son los hechos acreditados, cuál es la norma en la que pueden subsumir los hechos probados, cuál es la interpretación que puede darle a la norma y, finalmente, la conclusión a la que arribará. Usando una metáfora de Engisch, Michele Taruffo explica que el juez

³⁶ Taruffo afirma que “los tres requisitos son necesarios para que se tenga una decisión justa, y por tanto, incluso la falta de uno solo de ellos, hace que la decisión no pueda considerarse justa... para que la decisión sea justa, se necesita, que ninguno de los tres valores sea inferior al nivel mínimo que se considera aceptable” (2003, p. 163 y ss.).

³⁷ La teoría silogística de la decisión judicial, propia del Estado de Derecho Legal, sostiene que el juez razona en forma de silogismo; el silogismo se forma por una premisa mayor (norma), una premisa menor (hechos) y una conclusión, en la que la premisa menor debe coincidir con la premisa mayor.

va de la norma al hecho y del hecho a la norma, tratando o buscando el punto de equilibrio entre ambos elementos, dialécticamente contrapuestos, pero conectados y [a] cada paso va modificando la interpretación de la norma y modificando también la reconstrucción del hecho, hasta que se encuentra un punto de combinación. (2003, p. 4)³⁸

Olsen A. Ghirardi explica que

No deben confundirse los procesos mentales con los razonamientos que el juez explicita en la sentencia. Estos últimos son evidentemente sustantivos, pero salen a la luz porque la ley se los impone al juzgador, ya que toda sentencia debe ser fundada y según determinadas reglas, so pena de nulidad. Los procesos mentales no tienen ataduras. Lo no escrito en la sentencia puede tener más importancia que lo escrito... es probable también que, muchas veces, el juez escriba solamente lo que considera más importante y que le permite probar que ha cumplido con las disposiciones legales. (1992, p. 66)

En relación con el segundo aspecto, es decir, a la forma de la sentencia, debe existir un orden lógico de las cuestiones que se deben decidir. En primer lugar, se deben resolver las cuestiones procesales preliminares; después, las cuestiones vinculadas al derecho de fondo, para finalmente tomar la decisión final. A su vez, puede suceder que existan varias cuestiones de mérito a resolver; en dicho caso, las subdecisiones también deben ser resueltas en orden lógico, puesto que hay cuestiones que deben ser decididas antes que otras. Ghirardi enseña que

según sea el conflicto planteado, hay un orden para resolver las cuestiones. No se resuelve, por ejemplo, el *quantum* del daño antes de haber resuelto si hay o no daño. Y ese buen orden hace también a la buena sentencia. (2011, p. 23)

El tercer aspecto de la decisión gira en torno de la necesidad de que toda decisión o subdecisión sea fundamentada, interna y externamente, lo cual permitirá efectuar el control del razonamiento del juez.

Volviendo al primer aspecto de la decisión, Perelman expresa que el análisis de las concepciones más corrientes de la noción de justicia muestra la existencia de seis fórmulas de lo justo: a cada quien la misma cosa; a cada quien según sus méritos; a cada

³⁸ Taruffo destaca que cuando el juez agota todas esas operaciones, enuncia un producto que es la decisión final (2003, p. 4).

quien según sus obras; a cada quien según sus necesidades; a cada quien según su rango; y, a cada quien según lo que la ley le atribuye. Agrega que tales fórmulas habitualmente son inconciliables. Explica que existen tres actitudes posibles: que las concepciones no tienen nada en común; que sólo una es admisible; y que existen elementos comunes entre las diferentes concepciones de la justicia. Perelman elige la última opción y señala que la noción de justicia sugiere la idea de igualdad. Añade que todas coinciden en que ser justo es tratar de la misma manera a los seres que son iguales desde un cierto punto de vista y que poseen una misma característica (1964, 17 y ss.).

Perelman define a la justicia desde un punto de vista formal y abstracto, como “un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera” (1964, p. 28). Explica que la fórmula “*a cada quien según lo que ley le atribuye*” se distingue de todas las demás porque el juez no puede elegir la concepción de la justicia que prefiere, sino que debe aplicar obligatoriamente la regla establecida. Considera que en dicha distinción radica la distinción fundamental entre la concepción moral y la concepción jurídica de la justicia. Agrega que en el campo de la moral se puede elegir la fórmula de justicia que se considere más adecuada; sin embargo, en el campo del derecho, la fórmula de la justicia es impuesta por quienes crean las reglas jurídicas. Afirma que el legislador es quien, al crear las reglas, elige las fórmulas de justicia que considera más adecuadas para cada caso. Para Perelman, actuar de acuerdo con la regla garantiza un tratamiento igual a todos aquellos a los que la regla no distingue. En otras palabras, sostiene que el juez no puede hacer valer su concepción sobre la justicia en el ejercicio de sus funciones: “el juez íntegro estará obligado, incluso involuntariamente, a hacer coincidir en su apreciación de los hechos el derecho y su sentimiento íntimo de la justicia” (1964, p. 37 y s.).

En suma, para Perelman la igualdad de tratamiento en la justicia formal es la aplicación concreta que determina cómo deben ser tratados todos los miembros de cada categoría esencial. Dicho con otras palabras, “[l]a igualdad de tratamiento no es más que una consecuencia lógica del hecho de atenerse a la regla” y “[l]a justicia formal se reduce simplemente a la aplicación correcta de una regla”, constituyéndose en el elemento común a todas las formas de justicia concreta (Perelman, 1964, p. 53 y s.).

El respeto a la regla jurídica es un acto formalmente justo. Ser jurídicamente justo no es aplicar cualquier regla. Perelman destaca que la caridad se opone a la

justicia, dado que la primera puede ejercerse espontáneamente, sin ningún cálculo y sin ninguna reflexión, dado que no está limitada por reglas ni es necesario ponerse de acuerdo sobre fórmulas de caridad. En cambio, la justicia no se concibe sin regla; es fidelidad a la regla y obediencia al sistema. Nada menos espontáneo que la justicia, dice Perelman, quien explica que la aplicación de la justicia requiere reflexión, discernimiento y juicio, resultando dicho procedimiento una clara manifestación de la razón de acción (1964, p. 55 y ss.).

Dicho enfoque de la solución jurídicamente justa, que se comparte en este trabajo, no implica la adhesión a un legalismo exacerbado ni a un positivismo rabioso, puesto que el sistema jurídico argentino requiere la adecuación de todas las normas jurídicas, de los actos administrativos y de las sentencias, a los derechos, principios y garantías con jerarquía constitucional. En tal sentido, Bidart Campos explica que el principio de supremacía constitucional supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos; los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución (2000, p. 399). En virtud del principio de supremacía, todas las normas y los actos estatales y privados deben ser congruentes, compatibles y deben ajustarse a la Constitución Nacional. Cuando se rompe la relación de coherencia entre los distintos planos, estamos frente a un vicio o defecto que produce la invalidez, ineficacia e inconstitucionalidad de la norma. Por ello, el mayor o menor grado de justicia de un sistema jurídico dependerá de los derechos, principio y garantías de máxima jerarquía.

Perelman distingue tres elementos en la justicia: el valor (el principio o el derecho de jerarquía superior que hace valer la regla); la regla que la enuncia; y el acto que la realiza. Agrega que lo único que puede calificarse como justo son las reglas que el valor determina y los actos que son conforme a tales reglas; los valores en que se funda el sistema jurídico son las afirmaciones arbitrarias e injustificadas que sirven de fundamento (1964, p. 72 y s.).

Volviendo a la obligación del juez de aplicar la regla jurídica establecida, Perelman reconoce que existen casos en que para seleccionar la regla de justicia, el juez otorga o quita importancia a ciertos indicios, recepta o no ciertos hechos y los interpreta para otorgarles o quitarles importancia. Advierte que, al interpretar las leyes, la jurisprudencia define las nociones confusas e interpreta las expresiones equívocas, evitando de esa manera que el sentimiento de justicia del juez no sea lastimado muy

violentemente por las exigencias de la ley. También afirma que en todo régimen democrático, la ley generalmente coincide con la concepción sobre la justicia que posee la mayoría de los ciudadanos, desempeñando la jurisprudencia un importantísimo rol durante los periodos de desajuste, al reducir al mínimo los inconvenientes de la lentitud de los legisladores (1964, p. 38).

Perelman señala la importancia de la equidad como muleta de la justicia formal. Explica que la equidad se opone a todo formalismo resultando frecuente en las épocas de transición en que la escala de valores está por variar, recurriéndose a ella “siempre que en la elaboración de una ley o reglamento no se han tomado en cuenta características esenciales a las que capas importantes de la población, la llamada opinión pública, conceden importancia” (1964, p. 49).

En cuanto a la correcta interpretación de la norma que se utilizará para decidir el caso, dependerá de los métodos de interpretación que se utilicen, así como del modo en que son aplicados en el caso concreto. En tal sentido, existe la posibilidad de que una norma tenga dos o más interpretaciones posibles; dado el caso se podrá elegir la interpretación que conduzca a la solución más justa del mismo. En algunas oportunidades el juez podrá optar por el método de interpretación tradicional de subsunción del caso a la norma; y en otros, podrá recurrir al método teleológico, al sistemático o al analógico, por considerarlos más funcionales a la decisión.

Cabe recordar que en la elección e interpretación de la norma –al igual que en los otros dos criterios– no existe una alternativa rigurosa y absoluta en términos de sí o no, o de justo o injusto, sino más bien un mayor o menor grado de justicia. Sin perjuicio de ello, debe quedar claro que el juez nunca podrá optar por la interpretación errónea o incorrecta, puesto que en dicho caso se estaría optando por una interpretación *contra legem*, por debajo del nivel mínimo aceptable.

2.1.2. Comprobación de los hechos

La cuestión vinculada con la comprobación de los hechos será desarrollada con detenimiento más adelante. No obstante ello, aquí estimo conveniente anticipar –en relación con la comprobación de los enunciados de los hechos expuestos por los litigantes– que para determinar si la decisión es justa se debe tener en cuenta el grado de

veracidad o de credibilidad que adopta el juez, lo cual dependerá de la amplitud del derecho a la prueba, de los límites legales a la averiguación de la verdad, de la libertad del juez para valorar las pruebas producidas en la causa, de las presunciones que el mismo ordenamiento jurídico contemple, de la credibilidad del material probatorio disponible y, claro está, de *la posibilidad de que el juez disponga la producción de medios probatorios para formar su convicción sobre la veracidad de las hipótesis de hecho decisivas, expuestas por los litigantes, frente a la negligencia o desinterés probatorio de las partes.*

En tal sentido, Taruffo explica que en muchos casos la ley se contenta con grados particularmente bajos de confirmación probatoria de una hipótesis, como cuando considera suficiente una semiplena *probatio* para la verificación de efectos jurídicos particulares.³⁹

Por otra parte, al igual que los otros dos criterios, la veracidad de los hechos en disputa no es explicable en términos absolutos de verdadero o falso, sino en términos de mayor o menor grado de confirmación que las pruebas permiten atribuir al enunciado fáctico (Taruffo, 2003, p. 165). Esto resulta indiscutiblemente acertado, puesto que exigir que el juez posea la certeza absoluta de los hechos en los cuales sustentará su decisión, atentaría contra la obligación constitucional de dictar sentencias justas y destruiría las garantías de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva.

Para Taruffo probar un hecho significa convalidar, con base en los datos cognoscitivos disponibles, una hipótesis relacionada con él. Agrega que el hecho está constituido por un conjunto de enunciados hipotéticos, donde cada uno corresponde a una versión posible sobre una circunstancia. En dicho contexto, el juez debe elegir los hechos que considere verdaderos, valorando racionalmente los medios probatorios producidos en la causa; por tanto, dicha elección no es efectuada por casualidad o intuición, sino racionalmente, justificándola a partir de los datos conocidos que surgen de las pruebas. La valoración de la prueba conduce necesariamente a la necesidad de determinar el grado de confirmación con que cuenta cada uno de los medios probatorios producidos en la causa (2003, p. 174).

³⁹ En tal sentido, el art. 1722 del Código Civil y Comercial refiere que cuando el factor de atribución de responsabilidad es objetivo, el responsable sólo se libera o se exime de la responsabilidad demostrando la causa ajena. En tales casos, la víctima no debe acreditar la culpa del demandado. Similar solución consagraba el art. 1.113 del Código Civil argentino, que establecía una presunción de responsabilidad del dueño de las cosas riesgosas, en virtud de la cual el accionante sólo debía acreditar la intervención de la cosa riesgosa, el daño y la relación entre el daño y la cosa; por su parte, el demandado sólo podía eximirse de responsabilidad demostrando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debía responder.

Taruffo considera que la prueba desarrolla una función demostrativa⁴⁰ y sostiene que

la decisión sobre los hechos es el resultado de un razonamiento fundado sobre las pruebas y efectuado según los cánones racionales y las reglas de la inferencia lógica válida. Decidir sobre los hechos, implica, por tanto, que se elija una narración de los hechos del caso entre el conjunto de posibilidades o, por lo menos, entre las narraciones que fueron ideadas por el juez. No se trata en realidad (vale la pena subrayarlo) de una deducción silogísticamente verdadera, producto de ciertas premisas generales, sino de la individualización de la mejor narración posible entre las que aparecen como las más sensatas para el caso particular. (2003, p. 183)

Agrega que

el juez no selecciona la narración más 'bella', más 'interesante' o más cercana a los valores familiares, sino que escoge la 'mejor' narración (es decir, la que goza de un grado mayor de verificabilidad) entre las que fueron sujetas [a] valoración probatoria. En otras palabras, la elección se efectúa sólo entre el conjunto de narraciones que cuentan con un número igual de hechos probados. Si existen narraciones que tengan un soporte probatorio inferior a otras, éstas no pueden ser consideradas al momento de tomar la decisión (...). Esta decisión puede ser guiada al menos por dos criterios racionales, representados por la coherencia y congruencia de las narraciones: es coherente la narración de los hechos que no contiene contradicciones, es decir, que describe hechos compatibles entre sí; por su parte, es congruente la narración que coincide con el conjunto de las hipótesis de hecho que ya fueron probadas (...) la elección racional de la 'mejor' narración implica la individualización de la 'historia del caso' que presenta un grado relativamente más elevado de coherencia y congruencia. (2003, p. 186)

En este contexto, aparece el problema para determinar qué debe entenderse por verdad de los hechos. Taruffo opta por la teoría de verdad como correspondencia, según la cual la verdad es el resultado de la correspondencia del enunciado fáctico, con un estado empírico del mundo (2008, p. 27). De esta manera, “[e]l contenido de la decisión es verdadera cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente

⁴⁰ “La prueba judicial desarrolla una función demostrativa, desde el momento en que produce fundamentos cognoscitivos y racionales para la elección que el juez realiza, al individualizar una versión aplicable y verdadera de los hechos relevantes de la litis, justificando su decisión. Las condiciones y modalidades con las cuales la prueba desarrolla en concreto esta función, se determina cuando el juzgador finalmente formula y argumenta un juicio de hecho” (Taruffo, 2003, p. 191 y ss.).

ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial” (2003, p. 28 y s.). La descripción que se realiza en un enunciado fáctico es verdadera cuando se describe un hecho real que ocurre o, en el caso de un enunciado sobre el pasado, un hecho que ocurrió. La verdad es, en suma, correspondencia con un hecho.

En el razonamiento que efectúa el juez para valorar los medios probatorios incorporados a la causa, recurre constantemente a la experiencia, es decir, a informaciones, reglas, máximas y valoraciones que representan el patrimonio de cultura media, en el que confluyen datos científicos, leyes naturales, generalizaciones e inferencias sin fundamentos, valoraciones morales, prejuicios, refranes, recuerdos, ideas tomadas de diversos medios de comunicación y vulgarizaciones pseudocientíficas de cualquier género. Sin perjuicio de la vaguedad, la imprecisión y la inestabilidad de los elementos que conforman la experiencia y el sentido común, Taruffo sostiene que por una cuestión de seguridad, el razonamiento probatorio debe ser racionalmente controlable (2003, p. 176 y ss.).

Para controlar las máximas de la experiencia utilizadas por el juez, Taruffo señala que deben concurrir tres condiciones: que se trate de condiciones comúnmente aceptadas en el ámbito social y cultural en donde ha sido formulada la decisión;⁴¹ que no sean falsas u opuestas al conocimiento científico;⁴² y que no contradigan a otras nociones de sentido común (2003, p. 179 y ss.).

Finalmente, aunque parezca obvio, es necesario que las reglas de experiencia y sentido común que utiliza el juez sean congruentes con los hechos para los que se las utiliza.

2.1.3. El proceso justo

El procedimiento ideal es aquel que permite a las partes y al juez recorrer el camino hacia la solución jurídicamente justa del caso concreto, respetando las garantías de jerarquía constitucional o superior. Este procedimiento es el que se ubica en el

⁴¹ Taruffo explica que las “nociones y reglas sostenidas solamente por minorías religiosas, étnicas e ideológicas, o compartidas exclusivamente por individuos y grupos marginales, son difícilmente aplicables como criterios generales de valoración judicial y, en cada caso, no pertenecen al sentido común del campo social y cultural globalmente considerado” (2003, p. 179).

⁴² Taruffo explica que esta condición “significa imponer al juez el deber de verificar la fundamentación de estas nociones, al menos, para verificar que no han sido falseadas por la misma ciencia” (2003, p. 179).

extremo de máximo grado de corrección. Su antítesis sería el proceso en el que no se respetan las garantías fundamentales y no se asegura a las partes y al juez las condiciones mínimas para el logro de decisiones no erróneas o no arbitrarias. Al igual que en los otros dos criterios, entre los extremos pueden encontrarse situaciones intermedias en las que el proceso es más o menos aceptable, pero que igualmente permiten arribar a una solución justa (Taruffo, 2003, p. 166). Sin embargo, si el proceso se encuentra por debajo del modelo mínimo, ya no podrá calificarse a la decisión como justa, puesto que el criterio se encuentra en un nivel más bajo del aceptable.

3. La verdad de los hechos en disputa como característica necesaria de las decisiones judiciales

Al inicio se señaló que el Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina destaca como indiscutible intención del constituyente el afianzamiento de la justicia. Dicha finalidad no sólo ha marcado el diseño de la estructura y funciones asignadas al Poder Judicial, sino que resultó ser una línea política fundamental que debe guiar la actividad de todos los órganos y funcionarios del Estado, especialmente la de los jueces.

Por ello, en virtud del principio de supremacía constitucional, la única posibilidad de definir en nuestro sistema jurídico al proceso civil, comercial, laboral, penal, contencioso administrativo, etc., es considerándolo como una herramienta que reglamenta razonablemente las garantías de acceso a la justicia y de defensa en juicio, para facilitar al juez arribar a soluciones justas en cada caso.

Vigo explica este nuevo paradigma:

Una fuerte corriente 'antiformalista' invadió especialmente el campo del derecho procesal, siendo sus banderas de privilegiar la verdad material o la realidad y no transformar a las normas adjetivas en un impedimento o un entorpecimiento de lo que corresponde resolver sustancialmente. Esta perspectiva ha afectado de diferentes maneras a las instituciones procesales flexibilizándolas y privilegiando el fin al que responden, sin tolerar que se conviertan en un fin en sí mismas, y al mismo tiempo, ha ampliado el ámbito y capacidad de actuación de los jueces (...). Esa búsqueda del realismo y que el derecho cumpla su fin intrínseco, ha insuflado a todo el proceso de un sentido pragmático, en donde el juez se convierte en un activo director del litigio e intenta la solución justa del mismo. Medidas para mejor

proveer, despacho saneador, audiencias conciliatorias, variedad creciente de medidas cautelares, etcétera, son caminos que el juez recorre activa e imaginativamente, con la conciencia de que no es un mero convidado de piedra, sino que ha sido encomendado por la sociedad para que procure llevar la paz jurídica ahí donde se ha desatado un conflicto de intereses. (2006, p. 35)

Dicho de otra manera, ninguna decisión justa puede sustentarse en hechos falsos. Por eso, para una correcta selección de las normas previstas para la solución del caso, previamente deben determinarse los hechos verdaderos. Como incesantemente repite Michele Taruffo, la verdad de los hechos en disputa, decisivos para la solución justa del caso, es una meta del proceso judicial y un rasgo necesario de las decisiones judiciales (2008, p. 20). En tal sentido, Jordi Ferrer Beltrán afirma que: “sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados, podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios” (2007, p. 30).

Arazi concluyentemente afirma que

El principal deber del juez es dar una sentencia justa, o lo más justa posible. Para ello tiene que utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda; las partes tienen la carga de aportar las pruebas, pero si el juez no está convencido de cómo ocurrieron los hechos controvertidos, el ordenamiento procesal le otorga una serie de instrumentos para que pueda cumplir con ese deber fundamental. Si no los usa, no podrá dictar una sentencia justa. (2008, p. 28)

Como consecuencia de ello, no sólo las partes en disputa deben demostrar la veracidad de los hechos en que basan sus pretensiones y defensas, sino que los jueces también están legitimados para conocer la verdad de los hechos decisivos para la solución justa del caso, disponiendo la producción o la ampliación de los medios probatorios que consideren más adecuados a tal fin.

En dicho contexto, la prueba juega un rol fundamental dentro del proceso, puesto que a través de la misma el juez puede conocer la veracidad o la falsedad de los hechos decisivos expuestos por las partes, encuadrarlos en la norma correcta, y, de esa manera, arribar a la solución justa del caso.

4. El razonamiento práctico en la decisión del juez

Existe una importante relación entre razón práctica, ejercicio de actividad instructoria y sentencia justa.

La razón práctica parte de la premisa contenida en el fin universal de procurar el bien y evitar el mal. En relación a la función de los jueces, la razón práctica se identifica con la voluntad de querer y ejecutar lo justo. En el referido proceso de operaciones mentales a partir del que los jueces toman sus decisiones, la razón práctica juega un rol determinante, puesto que permite elegir la mejor opción posible para arribar a la solución jurídicamente justa del caso concreto.

En tal sentido, Rodolfo Vigo explica que “dentro del derecho, precisamente la razón reclama que se opte por la mejor respuesta jurídica dentro de las disponibles” (2013, s/p). La razón práctica reclama del juez que no se conforme con cualquier solución, sino que haga un esfuerzo por encontrar la solución justa del caso concreto.⁴³

John Finnis explica que

El pensamiento práctico es pensar acerca de qué (debe uno) hacer. La razonabilidad práctica es razonabilidad al decidir, al asumir compromisos, al elegir y ejecutar proyectos, y, en general, al actuar. La filosofía práctica es una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica. De manera que cuando decimos que el teórico descriptivo (cuyos fines no son prácticos) debe proceder, en su indispensable selección y formación de conceptos, adoptando un punto de vista práctico, queremos decir que él debe apreciar la importancia o significación de las semejanzas y las diferencias dentro de su materia de estudio preguntándose qué sería considerado importante o significativo en ese campo por aquellos cuyos intereses, decisiones y actividades crean o constituyen la materia estudiada. (2000, p. 46)

Tal como se explicó más arriba, la prueba permite al juez formar su convicción sobre la verdad o falsedad de los hechos alegados por los litigantes, lo cual posibilita la selección de la norma correcta para la solución jurídicamente justa del caso concreto. Sin embargo, la experiencia indica que en muchos casos los jueces no cuentan con la

⁴³ Sobre este asunto se ha trabajado previamente en la ponencia denominada “El rol del juez en el interrogatorio de testigos”, presentada en el XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en San Juan (Salgado, 2019).

prueba decisiva para la solución justa del caso, por lo que el ejercicio prudente de las facultades instructorias mediante la producción de pruebas o la formulación de preguntas a los testigos y litigantes en la audiencia de producción de las pruebas orales, se muestra como una herramienta que incrementa sustancialmente la cantidad y calidad de opciones entre las que podrán optar los jueces para arribar a la solución jurídicamente justa del caso concreto, facilitándose de esa manera el cumplimiento de la función constitucional que se les asignara.

5. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En la causa “*Colalillo*” la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales” y aclaró que “no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva”.⁴⁴ En dicho caso la Corte convalidó la incorporación de prueba decisiva para la solución justa del caso, aun pese a que la misma fue incorporada en momento diferente al previsto en el ordenamiento jurídico.

Más de veinte años después, en la causa “*Oilher*”,⁴⁵ la Corte Suprema de Justicia señaló que cuando la ley procesal dispone que los jueces podrán ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, establece una función de irrenunciable ejercicio en los casos donde la prueba es decisiva para la solución de la litis. En este caso la Corte anuló una sentencia de segunda instancia, en la que la cámara de apelaciones consideró decisiva a una prueba documental agregada cuando la causa se encontraba en el tribunal de alzada; pese a esto no la tuvo en cuenta por haber sido incorporada en momento diferente al previsto en el ordenamiento procesal.

En virtud de los fallos referidos precedentemente, Néstor Sagüés incluye a la omisión en la averiguación de los hechos decisivos para la solución justa del caso, como causal de arbitrariedad de sentencia (2002, p. 275 y ss.). En similar sentido se expresa Roland Arazi, quien refiriéndose al ejercicio de las facultades del juez para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, agrega “La omisión puede constituir una causal de

⁴⁴ Cfr. CSJN, “*Colalillo Domingo c/ Cía. de Seguros España y Río de la Plata*”, Fallos 238:550, 1957.

⁴⁵ Cfr. CSJN, “*Oilher, Juan C/ Arenillas, Oscar N.*”, Fallos 302:1611, 1980.

arbitrariedad de sentencia, asimismo cuando no ordena medios de prueba no ofrecidos y que resultan necesarios para el esclarecimiento” (2014, p. 143).

La Sala Primera del Superior Tribunal de Justicia del Chaco también lo consideró causal de arbitrariedad y anuló una sentencia destacando que el tribunal de segunda instancia omitió examinar la veracidad de las actuaciones administrativas aludidas por la demandada al expresar agravios, lo cual implicó en los hechos desentenderse de una prueba.⁴⁶ De los considerandos de la Sentencia del Superior Tribunal de Justicia surge que si bien los jueces de segunda instancia no disponían del expediente administrativo, debieron, tal como lo hizo la Sala Primera del S.T.J., disponer una medida de mejor proveer en ejercicio de sus facultades y requerir dicha documentación a efectos de constatar lo pertinente.

6. Conclusión parcial sobre la importancia de la actividad instructoria del juez

Por la jerarquía del derecho a la prueba, no quedan dudas sobre la facultad de los litigantes de ofrecer y producir medios probatorios con la finalidad de formar la convicción del juez acerca de lo discutido en el proceso. También queda claro que el juez debe valorar adecuadamente los medios probatorios decisivos para la solución justa de la causa.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el juez, en tanto órgano del Estado, está obligado a arribar a soluciones justas, y que éstas únicamente pueden ser tales si se sustentan en hechos verdaderos, cabe concluir que debe participar activamente en la etapa probatoria, incluso supliendo las omisiones, el desinterés y la negligencia probatoria de las partes, cuando se trate de la comprobación de los hechos relevantes alegados por los litigantes, decisivos para la solución justa del caso concreto.⁴⁷

Sobre la omisión o desinterés de las partes en la producción de prueba decisiva, Arazi señala que para Mauro Cappelletti, el juez puede corregir el error de los abogados, lográndose de esta manera una real igualdad entre los litigantes cuando alguno de ellos,

⁴⁶ STJCh, Sala 1a Civ. Com. Lab., “Romero, Juan Manuel c/ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos s/ Medida Cautelar Innovativa (Legajo De Apelaciones)”, Sentencia N° 197, 14/07/2016, N° 312/15-2-C, 2015.

⁴⁷ Arazi sostiene expresamente que “aún mediando negligencia de las partes, el juez tiene el deber de suplir esa omisión y antes de fallar tiene que esclarecer los hechos ordenando la producción de prueba que considere decisiva” (2008, p. 30).

a menudo por razones económicas, no está en condiciones de asegurarse una defensa suficientemente hábil y calificada (Cappelletti en Arazi, 2008, p. 27).

Si los medios probatorios ofrecidos y producidos por las partes no logran convencer al juez sobre la verdad de los hechos decisivos, el sentenciante debe requerir las medidas de esclarecimiento que estime necesarias. Arazi afirma que cuando se pide al juez que resuelva un conflicto, no se puede condicionar dicho pedido a que se abstenga de disponer la producción de medios probatorios tendientes a acreditar la veracidad de los hechos decisivos expuestos por las partes. Es imprescindible que el juez se encuentre convencido de que los hechos sucedieron de determinada manera y resolver el litigio sin que le quede duda de la justicia de la decisión (2008, p. 30). Esta es la única forma en la que el juez puede convencerse de la veracidad o falsedad de los hechos alegados por los litigantes, para luego encuadrarlos correctamente en la norma aplicable y arribar de esta manera a la solución justa del caso concreto.

Suponiendo que la prueba decisiva haya sido ofrecida por las partes, el juez debe asumir un rol activo durante la etapa de producción, analizándola detenidamente, interrogando a los testigos y litigantes, solicitando explicaciones y ampliaciones en caso de resultar necesarias, aun en caso de que las partes no objeten el resultado de la prueba. Este es el activismo judicial que presupone el dictado de sentencias justas, en armonía con aquella pauta dada por el constituyente argentino al señalar entre los objetivos fundamentales el de afianzar la justicia (cfr. Salgado, 2011, 5 y ss.).

En aquellos casos en que las partes no hayan ofrecido los medios probatorios decisivos para acreditar la veracidad de los hechos relevantes y decisivos para la solución justa del caso, el juez puede disponer su producción a través de medidas de mejor proveer, ejerciendo las funciones instructorias que claramente confieren los ordenamientos procesales.

En tal sentido, Vigo explica que

Los procesalistas hablan del deber de dirección y de las facultades ordenatorias e instructorias; en definitiva, se trata de que el juez no es un convidado de piedra en el proceso, sino que su función es dinámica, no para favorecer a una parte supliendo su negligencia, sino para llegar a conocer la verdad real del asunto que debe resolver. El juez está para dar a cada una de las partes 'lo suyo', y el único modo de estar en condiciones de decidir con prudencia, es conociendo en detalle las circunstancias del caso (...). Los códigos procesales aluden al tema bajo la fórmula de 'medidas para mejor proveer', y el art. 21 de la ley 14.237 disponía que

‘en cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos’; y además la Corte Suprema de la Nación, respecto de esa facultad judicial, ha fijado la siguiente interpretación que llega a darle carácter de deber para los jueces: ‘toda facultad no puede ser renunciada en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho...; la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia’ (Fallos 238:550). (1981, p. 80 y ss.).

El juez no puede rechazar la demanda porque tiene dudas; en dicha hipótesis, el juez dispone de las facultades instructorias para formar su convicción sobre la verdad o falsedad de los hechos controvertidos. Si el resultado de la producción de medios probatorios decisivos no permite al juez formar su convicción sobre la verdad de los hechos en disputa, recién allí podrá aplicar las reglas sobre distribución de la carga de la prueba.⁴⁸ En tal sentido, Arazi expresa claramente que

Si el juez, por pereza, por comodidad o por falta de tiempo, no utiliza los medios que la ley pone a su alcance y, a sabiendas, dista una sentencia injusta, está incumpliendo su deber esencial; no está realizando su función de manera correcta. (2008, p. 28).

Tal como lo anticipara, las garantías de imparcialidad del juez e igualdad de las partes le imponen un claro límite al sentenciante, que es la imposibilidad de probar hechos no propuestos por los litigantes. No obstante, bajo ningún punto de vista puede considerarse que la búsqueda de la verdad de los hechos litigiosos pueda afectar las garantías constitucionales de imparcialidad del juez o de igualdad de las partes. Contrariamente, la función de afianzar la justicia impone al juez la obligación de averiguar la veracidad de los hechos relevantes y decisivos para la solución justa del caso.

Es evidente la importancia del ejercicio de la actividad instructoria del juez en el proceso civil, como mecanismo para neutralizar la omisión o el desinterés de las partes en el ofrecimiento o la producción de medios probatorios, los cuales son decisivos para

⁴⁸ El juez tiene que utilizar todos los medios probatorios; “[s]olo en caso de imposibilidad absoluta de lograr convicción, recurrirá a las reglas sobre la carga de la prueba y fallará en contra de quien dejó incumplida tal carga” (Arazi, 2008, p. 18).

la solución jurídicamente justa del caso concreto.

En dicho contexto, la prueba, entendida como la actividad tendiente a acreditar la veracidad de los hechos afirmados por las partes en el proceso, puede ser analizada desde un doble aspecto: la prueba como derecho de las partes y la prueba como deber del juez (cfr. Salgado, 2011, 15 y ss.).

La doctrina y la jurisprudencia analizada e interpretadas, confirman la importancia y la necesidad del ejercicio de las facultades instructorias del juez civil, cuando se trata de una prueba decisiva para formar la convicción sobre los hechos determinantes que le permitirán optar por la mejor solución jurídica posible y de esa manera arribar a la solución más justa del caso concreto.

La doctrina y jurisprudencia analizada e interpretada confirman que la decisividad de la prueba legitiman la posibilidad de que el juez disponga de oficio, la producción o ampliación de medios probatorios decisivos, puesto que ello le permite la correcta selección de la norma jurídica para la solución justa del caso concreto y de esa manera cumplir con la función constitucional asignada (afianzar la justicia).

CAPÍTULO V

¿CUÁNDO LA PRUEBA ES DECISIVA PARA LA SOLUCIÓN JURÍDICAMENTE JUSTA DEL CASO CONCRETO?

En el Capítulo anterior se concluyó en la importancia de la prueba decisiva como herramienta que permite al juez formar su convicción sobre los hechos determinantes que le permiten arribar a la solución justa del caso concreto. La finalidad perseguida y la decisividad de la prueba legitiman la posibilidad de que el juez disponga de oficio la producción o ampliación de medios probatorios. Sin embargo, dicha afirmación conduce a la pregunta: ¿cuándo la prueba es decisiva para la solución justa del caso?

Sobre dicha pregunta, la hipótesis es que debe analizarse el contexto de acreditación y de la dimensión jurídica de la controversia en cada caso concreto.

1. El contexto de acreditación y la dimensión jurídica de la controversia como parámetros para determinar cuando la prueba es decisiva

En virtud del modelo dispositivo que caracteriza preponderantemente al proceso civil argentino,⁴⁹ la decisividad de la prueba está íntimamente vinculada con la idoneidad de los hechos alegados por los litigantes para generar consecuencias jurídicas.

La idoneidad de los hechos para producir consecuencias jurídicas dependerá de la norma que seleccione el juez para solucionar el caso y de la interpretación que el sentenciante efectúe de ella. En tal sentido, en el Capítulo anterior se expresó, en diálogo con Michelle Taruffo y Olsen A. Ghirardi, que durante el procedimiento en el que se encuentra, descubre o formula la decisión, el juez selecciona la norma que se aplica luego a la valoración de las pruebas y a la calificación de los hechos para resolver el caso concreto, mediante operaciones mentales que le permiten elegir entre las distintas alternativas posibles. En dicho contexto, la corroboración de la verdad o

⁴⁹ En este modelo dispositivo, los litigantes son quienes mediante la demanda y su contestación tienen exclusivamente la facultad de solicitar la tutela jurídica del Estado, aportar los elementos formativos del proceso e instar su desarrollo y fin. En razón de ello, el juez no puede decidir sobre hechos no alegados por las partes, lo cual lleva a concluir que en el proceso civil la decisividad de la prueba está íntimamente vinculada con los hechos alegados por los litigantes.

falsedad de los supuestos fácticos descriptos en la norma seleccionada por el juez serán el objeto de la actividad probatoria.

Además, la correcta interpretación de la norma que se utiliza para decidir el caso depende de los métodos de interpretación que se utilicen, así como del modo en que son aplicados. En este sentido, existe la posibilidad de que una norma tenga dos o más interpretaciones posibles; dada esta situación, se puede elegir la interpretación que conduzca a la solución más justa. En algunas oportunidades, el juez puede optar por el método de interpretación tradicional de subsunción del caso a la norma; y en otros, puede recurrir al método teleológico, al sistemático o al analógico, por considerarlos más funcionales a la decisión.

Además, entre las normas sustanciales que puede seleccionar el juez para la solución del caso, existen algunas que, en supuestos especiales, establecen niveles de acreditación relativamente inferiores a los habituales.⁵⁰ Así, el art. 1722 del Código Civil y Comercial refiere que cuando el factor de atribución de responsabilidad es objetivo, el responsable sólo se libera o se exime de la responsabilidad demostrando la causa ajena. En tales casos, la víctima no debe acreditar la culpa del demandado.⁵¹

La ley nacional de Protección del Ambiente N° 25675 también consagra la responsabilidad objetiva del que cause el daño ambiental (art. 28), quien sólo se podrá eximir de responsabilidad acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (art. 29).⁵² Tales ejemplos, en los que se exime a la víctima de acreditar la culpa del demandado, ponen en evidencia la importancia de las normas de fondo para la determinación de la decisividad del medio probatorio.

En otros casos, por encontrarse involucrado el orden público, las normas de fondo quitan relevancia a la incontestación de la demanda y al allanamiento. “Por ejemplo, en la adquisición del dominio por el transcurso del tiempo, sin justo título, en que la

⁵⁰ Michele Taruffo explica que “en muchos casos, la ley se contenta con grados particularmente bajos de confirmación probatoria de una hipótesis, como cuando considera suficiente una semiplena probatio para la verificación de efectos jurídicos particulares” (2003, p. 169).

⁵¹ Similar solución daba el artículo 1113 del derogado Código Civil, que decía: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado (...). En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”.

⁵² No está de más señalar que el nivel de corroboración exigido a una hipótesis fáctica es una decisión valorativa que corresponde al legislador.

accionante debe acreditar la posesión ostensible y continua durante veinte años,⁵³ resulta irrelevante la ausencia de oposición de la parte demandada.

La práctica judicial indica que la decisividad de la prueba no depende solamente de la norma que el juez selecciona para la solución del caso, sino que también juega un rol preponderante el contexto procesal y la dimensión jurídica de la controversia.⁵⁴

Existen reglas procesales referidas a la carga de la prueba de los hechos alegados por las partes y a la valoración de la conducta de los litigantes durante la tramitación del proceso.

En suma, la afirmación de que el “contexto de acreditación” de los hechos alegados por los litigantes es condicionante de la decisividad de la prueba, está vinculada a las normas sustanciales y reglas procesales que establecen los niveles de exigencia probatoria de los hechos alegados.

En tal sentido, el principio general sobre carga de la prueba que impera en los códigos procesales argentinos, es el de que las partes tendrán la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocasen como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.⁵⁵

La “dimensión jurídica de la controversia” se refiere a la conducta de las partes en el proceso. Existen reglas procesales en virtud de las cuales la idoneidad de los hechos para generar consecuencias jurídicas no será la misma cuando el demandado no haya comparecido a juicio o no haya contestado el traslado de la acción, que cuando, por el contrario, comparece a juicio y contesta el traslado de la demanda, negando los hechos e impugnando la prueba documental acompañada por la parte actora.

Tales variables condicionan claramente la decisividad de la prueba. En este sentido, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al igual que sus similares provinciales, establecen diversas reglas que dan cuenta, en algunos casos, de la no necesidad de acreditar hechos decisivos para la solución justa; y, en otros casos, convierten los hechos alegados por las partes en objeto de pruebas decisivas.

1.1. La rebeldía. El reconocimiento, la negativa de los hechos y la impugnación de

⁵³ Cfr. arts. 1900, 1899, 1897 y 2565 del Código Civil y Comercial.

⁵⁴ En relación con las expresiones “contexto procesal” y “dimensión jurídica de la controversia”, confrontar con *La prueba de los hechos* de Michele Taruffo (2011, p. 89 y ss.).

⁵⁵ Cfr. arts. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; arts. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes; y, art. 367 del Código Procesal Civil y Comercial del Chaco.

la autenticidad de los documentos

El art. 59 del CPCCN establece que: “La parte con domicilio conocido, debidamente citada, que no compareciere durante el plazo de citación o abandonare el juicio después de haber comparecido, será declarada en rebeldía a pedido de la otra”.⁵⁶

En cuanto a los efectos de la rebeldía, el art. 60 del CPCCN dice:

La sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en el art. 356, inciso 1°. En caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración.⁵⁷

En relación con los requisitos de la contestación del traslado de la demanda, el art. 356, incs. 1 y 2, del CPCCN, señala que el accionado:

Deberá, además: 1° Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen. Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrá estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos, se los tendrá por reconocidos y recibidos. 2° Especificar con claridad los hechos que alegare como fundamento de su defensa.⁵⁸

Del análisis armónico de tales normas surge que la rebeldía constituye, en caso de duda, presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por la parte actora.

Si la rebeldía confluye con la incontestación de la demanda, como generalmente ocurre, debe tenerse presente que el demandado tiene la obligación de reconocer o negar categóricamente los hechos expuestos en la demanda y la autenticidad de los documentos, pudiendo estimarse su silencio como reconocimiento de verdad de los hechos; y, en lo que respecta a la documental, se la tendrá por reconocida o recibida.

Sobre tales variables, existe acuerdo en que la falta de contestación a la demanda importa admitir una conducta procesal que puede considerarse como una confesión de la

⁵⁶ En similar sentido los arts. 74 del Código Procesal Civil y Comercial del Chaco y 59 del Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes.

⁵⁷ Cfr. arts. 75 del Código Procesal Civil y Comercial del Chaco y 60 del Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes.

⁵⁸ Similar arts. 354 del CPPCh y 356 del CPCCC.

verdad de los hechos articulados en la demanda. Por su parte, el silencio ante el traslado de la documental acompañada con el escrito de demanda implica admitir la autenticidad de los documentos acompañados, pues de no ser impugnados expresamente, se los tendrá por reconocidos en virtud de la carga que soporta el citado a juicio de reconocer o desconocer un instrumento privado. La ausencia de impugnación a la prueba documental acompañada por la adversa no importa una presunción de autenticidad, sino un reconocimiento ficticio. Por ello, la respuesta ambigua o reticente, la negativa genérica de los mismos, o bien el silencio como ocurre en caso de la ausencia de impugnación de la prueba documental, lleva a tenerlos por reconocidos de acuerdo con la referida norma procesal.

En tal sentido, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Cuarta Nominación de Resistencia, en el caso “*Tarjeta Naranja S.A. C/ Gusak, Claudia Vanesa S/ Cobro Ordinario De Pesos*”, tiene dicho que

De todas maneras, no debe soslayarse que la rebeldía declarada no es suficiente, por sí sola, para que el juez admita la verdad de los hechos alegados por la actora; ésta no altera la secuela normal del proceso, debiendo pronunciarse la sentencia según el mérito de la causa, lo que supone la verificación de los hechos. Sólo produce una presunción favorable a la pretensión del accionante, que debe ser ratificada o robustecida mediante la correspondiente prueba. El reconocimiento tácito que surge de la incontestación de la demanda debe apreciarse en función de todos los demás elementos que obren en el proceso, susceptibles de realizar sus efectos o de desvirtuarlos. El Juez tiene obligación, en estos casos, de extremar su análisis para constatar si concurren todos los elementos necesarios para acoger la acción.⁵⁹

Otra variable a tener en cuenta es la impugnación genérica de la prueba documental, en cuyo caso la impugnación no debe prosperar por ser genérica y ambigua. Al respecto, se tiene dicho que:

la manifestación vertida en una contestación a la demanda según la cual no le consta al demandado y por ello desconoce autenticidad a todos y cada uno de los documentos cuya copia se acompaña con la demanda, resulta excesivamente genérica y ambigua y por ende insuficiente a los fines de satisfacer la carga referida, en tanto prescinde de consideración específica respecto de los mentados

⁵⁹ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. de la 4ª Nom. de Resistencia, “*Tarjeta Naranja S.A. C/ Gusak, Claudia Vanesa S/ Cobro Ordinario De Pesos*”, Sentencia 30/10/2019, Expte. N° 12391/14.

instrumentos. (Morello, Sosa y Berizonce, 2003, p. 529)

1.2. El allanamiento

El art. 307 del CPCCN expresa que “El demandado podrá allanarse a la demanda en cualquier estado de la causa anterior a la sentencia”.⁶⁰ Al respecto, cabe destacar que al comentar las diversas actitudes que el accionado puede asumir al notificarse del traslado de la demanda, Enrique Falcón aclara que “El sometimiento a la pretensión no significa el reconocimiento de los hechos ni del derecho, sino la voluntad de no continuar la contienda y adjudicar a la contraria su pretensión” (2006, p. 145).

“Allanarse” significa someterse al pedido de la parte actora, dando así satisfacción a lo requerido en la demanda total o parcialmente. Dicho con otras palabras, con el allanamiento ya no hay más litigio, puesto que importa reconocer la pretensión de la actora.

En tal sentido, en un proceso en el que se demandó el cumplimiento de la obligación de escriturar, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Decimoséptima Nominación de Resistencia en el caso “*Mattar, Oscar Ruben C/ Sucesores de Lucia Guerra s/ Escrituración*”, ha resuelto que:

el allanamiento de la totalidad de los sucesores de la demandada implica un sometimiento voluntario a las pretensiones de la contraria, toda vez que las presentaciones de fs. 17 y vta. y, 26 y vta. permiten inferir que se reconocen como fundadas las pretensiones del accionante, al afirmar que se allanan, solicitando se ordene la escrituración pretendida, eximiendo a su parte de las pertinentes costas.⁶¹

En dicho contexto, frente a la falta de oposición y controversia, el ejercicio de las facultades instructorias resulta innecesario. No obstante ello, más adelante se analizarán algunos casos en que excepcionalmente, por encontrarse comprometido el orden público, resulta irrelevante la ausencia de oposición de la parte demandada a la pretensión de la parte actora, debiendo la parte accionante cumplir con la carga de acreditar los supuestos fácticos de la norma jurídica en virtud de la cual se resolverá el caso.

⁶⁰ Similar arts. 307 del CPCCC y 308 del CPCCCh.

⁶¹ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Mattar, Oscar Ruben C/ Sucesores de Lucia Guerra s/ Escrituración*”, Sentencia 08/03/2019, Expte. N° 14231/17.

1.3. La reconvencción

El art. 357 del CPCCN admite la posibilidad de que el demandado reconvenga.⁶² Arazi y Rojas explican que al ser notificado del traslado de la demanda, el accionado puede insertar en el proceso una nueva demanda contra el actor para que sea resuelta por el mismo juez en una sola sentencia (2007, p. 296).

La reconvencción, al igual que la negativa de los hechos, la impugnación de la prueba documental y el recurso de apelación, acrecienta el nivel de litigiosidad y controversia del caso.

2. La prueba decisiva en segunda instancia

También se advierte la importancia del contexto procesal y de la dimensión jurídica de la controversia a la hora de determinar si una prueba es decisiva, cuando la sentencia es apelada y el proceso arriba a segunda instancia. Allí, los agravios y sus respuestas constituyen un límite que necesariamente debe ser tenido en cuenta a la hora de establecer si la prueba resulta decisiva para la solución justa del caso.

En tal sentido, el art. 271 del CPCCN, *in fine*, refiriéndose a la sentencia de segunda instancia, señala que “en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios”.⁶³ Por su parte, el art. 277 del CPCCN expresa que

El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia.⁶⁴

Al respecto, Arazi y Rojas explican que la Cámara no realiza un nuevo juicio, sino que debe limitar su labor a los agravios vertidos por el apelante (2007, p. 1009). En

⁶² En igual sentido los arts. 357 del CPCCC y 355 del CPCCCh.

⁶³ Cfr. arts. 260 del CPCCC y 291 del CPCCCh.

⁶⁴ Cfr. arts. 296 del CPCCCh y 264 del CPCCCh.

razón de ello, los jueces de segunda instancia no pueden pronunciarse más allá de lo peticionado por las partes en primera instancia, ni exceder las cuestiones que agravian a los apelantes. Estos límites condicionan indiscutiblemente la facultad de los jueces de segunda instancia para disponer la producción de prueba en la alzada.

La realidad y la jurisprudencia indican que la apertura a prueba en los tribunales de segunda instancia tiene carácter excepcional. Sin embargo, dicha regla se invierte totalmente cuando se trata de una prueba decisiva para la solución justa del caso. Esto es así por cuanto se trata de la última oportunidad para incorporar elementos probatorios decisivos al proceso, por lo que la obstaculización del derecho a la prueba en segunda instancia puede conducir a la frustración de la obligación constitucional de afianzar la justicia.⁶⁵ Por ello, Azpelicueta y Tessone consideran que “dentro de los supuestos que permite la actividad probatoria en grado de apelación, la Alzada debe moverse con un criterio flexible, permeable a la recepción de pruebas pertinentes” (1993, p. 118).

Existen diversas hipótesis que habilitan la producción de prueba en segunda instancia. Estas son la admisión del recurso de apelación interpuesto contra el rechazo de los hechos nuevos alegados en primera instancia y la admisión de hechos que hubieren ocurrido o llegado a conocimiento después del plazo previsto en el art. 365 del CPCCN.⁶⁶ En ambos casos, si la Alzada admite el hecho nuevo, existe la posibilidad de que se requiera la apertura a prueba para permitir la producción de medios probatorios tendientes a acreditar la veracidad de tales hechos.

Otro de los supuestos que permite la actividad probatoria en la Alzada es en el replanteo de pruebas denegadas o en el caso de que se declare la negligencia en su producción. De acogerse favorablemente el replanteo probatorio, la Alzada debe disponer lo necesario para la producción de las pruebas denegadas o respecto de las cuales hubo errónea declaración de negligencia o caducidad. También está permitida la presentación de documentos de fecha posterior al llamado de autos para la sentencia de primera instancia, o anteriores pero desconocidos (cfr. art. 260 del CPCCN y 248 del CPCCC).⁶⁷

Otro supuesto que permite la actividad probatoria en la Alzada es de las pruebas

⁶⁵ Este asunto fue objeto de estudio en el trabajo “Relaciones entre la prueba y el recurso de apelación en el proceso civil” (Salgado, 2015, pág. 313 y ss.).

⁶⁶ Cfr. art. 365 del CPCCN.

⁶⁷ En cualquier caso, los documentos deben probar los hechos alegados en los escritos postulatorios. Si los documentos se refieren a hechos no alegados en los escritos iniciales, su incorporación dependerá de la admisión del hecho nuevo.

informativas pendientes de producción, consideradas no esenciales para el juez de primera instancia, en razón de lo cual se prescindió de las mismas. El interesado debe explicar por qué el informe es necesario, pese a haber sido considerado no esencial en primera instancia.

En suma, las normas analizadas precedentemente demuestran cómo el contexto procesal y la dimensión jurídica de la controversia condicionan la decisividad de la prueba y la conveniencia del ejercicio de las facultades instructorias de los jueces de segunda instancia.

La importancia de la dimensión jurídica de la controversia a la hora de determinar si una prueba es decisiva, se advierte con mayor claridad cuando el proceso arriba a segunda instancia. Allí, los agravios y sus respuestas constituyen límites que necesariamente deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer si determinada prueba resulta decisiva para la solución jurídicamente justa del caso (Salgado, 2015, p. 321). En dicho contexto, resulta evidente el rol de los abogados al expresar los agravios del recurso de apelación interpuesto contra la resolución que rechaza los hechos nuevos alegados en primera instancia; al alegar hechos nuevos que hubieren ocurrido o llegado a conocimiento después del plazo previsto en el artículo 365 del CPCCN; al solicitar el replanteo de pruebas cuya producción se negó en primera instancia, y al acompañar prueba documental de fecha posterior a los escritos postulatorios, o anterior en caso de no haber tenido antes conocimiento de ella.

En tales casos, resulta determinante que apelantes y apelados agudicen su ingenio y dupliquen esfuerzos en la expresión de agravios⁶⁸ del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva, para argumentar en el sentido de que los hechos nuevos, la nueva prueba documental, o la prueba cuya producción fue negada en primera instancia, ameritan la confirmación, revocación o anulación de la sentencia definitiva apelada.

En síntesis, éste es el camino que obligatoriamente deben recorrer los jueces de segunda instancia para cumplir con la función constitucional asignada. Solamente de esta manera el juez podrá convencerse de la veracidad o falsedad de los hechos alegados por los litigantes, que sean determinantes para la solución jurídicamente justa del caso; únicamente así podrá encuadrar correctamente los hechos en la norma aplicable, y podrá también finalmente arribar a la solución jurídicamente justa del caso concreto.

⁶⁸ También lo debe hacer el apelado al contestar los agravios.

3. El ejercicio de las facultades instructorias en el juicio de prescripción adquisitiva

En la causa caratulada “*Ledesma Mirtha Ramona c/ Carlos Marcelo Ugarte y/o Quien Resulte Propietario s/ Prescripción Adquisitiva*”,⁶⁹ la juez de primera instancia dejó sin efecto el llamado de autos para sentencia y en ejercicio de las facultades instructorias establecidas en el art. 355 bis del viejo Código Procesal Civil y Comercial del Chaco,⁷⁰ otorgó a la parte actora la oportunidad de ofrecer y producir prueba para acreditar los hechos posesorios alegados en demanda y la fecha desde la cual los realizó.⁷¹

Se trata de un caso en que se promovió una demanda de adquisición del dominio de un inmueble por prescripción, alegándose actos posesorios durante más de veintiséis años, en forma pública, pacífica, efectiva e ininterrumpida, comportándose siempre como dueña.

Cabe resaltar que cuando la juez otorga la posibilidad de ofrecer y producir prueba en oportunidad diversa a la prevista en las reglas procesales, el período probatorio ya se había clausurado y se había llamado autos para sentencia, lo cual evidencia la plena adhesión de la juez a la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “*Colalillo*”⁷² y “*Oilher*”.⁷³ Además, no sólo se

⁶⁹ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. N° 2 de la 3a Circ. Jud. de Villa Ángela, “*Ledesma Mirtha Ramona C/ Carlos Marcelo Ugarte Y/O Quien Resulte Propietario S/ Prescripcion Adquisitiva*”, Expediente N° 294, 2007.

⁷⁰ Art. 355 bis de la Ley 968: “Falta de pruebas: En caso de duda, antes de decidir sobre el mérito de la causa o incidente haciendo uso de las reglas sobre distribución de la carga probatoria, el Juez deberá adoptar todas las medidas de esclarecimiento de los hechos controvertidos que considere necesarias. En este supuesto las partes podrán ofrecer, dentro de los cinco (5) días de notificada la providencia que ordenare la medida de esclarecimiento, la prueba de descargo que estimaren pertinente”.

⁷¹ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. N° 2 de la 3a Circ. Jud. de Villa Ángela, “*Ledesma Mirtha Ramona C/ Carlos Marcelo Ugarte Y/O Quien Resulte Propietario S/ Prescripcion Adquisitiva*”, Expediente N° 294, 2007, 10/05/2010.

⁷² CSJN, “*Colalillo Domingo c/ Cía. de Seguros España y Río de la Plata*”, Fallos 238:550, 1957. En dicha oportunidad la Corte dijo que “el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales” y aclaró que “no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva”. En este caso la Corte convalidó la incorporación de prueba decisiva para la solución justa del caso, aun pese a que la misma fue incorporada en momento diferente al previsto en el ordenamiento jurídico.

⁷³ CSJN, “*Oilher, Juan C/ Arenillas, Oscar N.*”, Fallos 302:1611, 1980. En esta causa, la Corte resaltó que cuando la ley procesal dispone que los jueces podrán ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, establece una función de irrenunciable ejercicio en los casos donde la prueba es decisiva para la solución de la litis. Asimismo, la Corte anuló una sentencia de

otorgó a la parte actora la posibilidad de ofrecer y acompañar nuevas pruebas,⁷⁴ sino que también se dio pautas claras sobre los aspectos que debía acreditar y los medios probatorios que podrían resultar de utilidad.

Por providencia de fecha 10 de junio de 2010 se proveyeron las pruebas ofrecidas por la parte actora (documentales e informativas a Catastro, Registro Civil, Correo, jardín de infantes, jardín maternal, escuela primaria y empresa prestadora del servicio de energía eléctrica).

La prueba solicitada por la juez en ejercicio de las facultades instructorias permitió acreditar la posesión durante el tiempo y con las características alegadas en demanda. Sobre la base de ello, se hizo lugar a la acción,⁷⁵ arribándose a la solución jurídicamente justa del caso. De los considerandos de la decisión final surge que la prueba requerida resultaba decisiva. En tal sentido, con cita de numerosa doctrina y jurisprudencia, la juez señaló que encontrándose comprometido el orden público, sea cual fuere la actitud del demandado en el proceso de prescripción adquisitiva,⁷⁶ era imprescindible la prueba fehaciente de los hechos que acrediten la posesión continua, pacífica, por más de veinte años y con ánimo de tener la cosa para sí,⁷⁷ por lo que el poseedor accionante tiene junto a la carga de afirmación, la de la prueba, no sólo en razón de su particular interés sino del interés general comprometido.

Entre los medios probatorios analizados se cita el recibo que acredita pago en concepto de mano de obra de mejoras realizadas en el inmueble, e informes de la Municipalidad de Coronel Du Graty, del Director de la EGB N° 197 Angel Acuña y de la Directora del Jardín Maternal y de Infantes N° 79 Ricarda Torres de Hoff, quienes informaron el domicilio de la actora desde el año 1985. Tales pruebas fueron

segunda instancia, en la que la cámara de apelaciones consideró decisiva a una prueba documental agregada cuando la causa se encontraba en el tribunal de alzada, pese a lo cual no la tuvo en cuenta por haber sido incorporada en momento diferente al previsto en el ordenamiento procesal.

⁷⁴ Cabe destacar que de la investigación surgió que la causa en análisis no ha sido la única en la que la juez ejerció las facultades instructorias en la forma que se comenta. Similar actitud ha sido adoptada en Expte. N° 588/2005, caratulado “Lazo Juan Eduardo y Otros C/ Anselmo Hilario Wenk y Otros S/ Escrituración Por Posesión Veinteañal”, en fecha 12/08/09; Expte. N° 1432/2007, caratulado: “Benedek Ricardo C/ Garcia Fernandez y Zuberbuhler De Ayerza, Estela Maria y/o Garcia Fernandez y Zuberbuhler Luis Gregorio S/ Juicio de Prescripción Adquisitiva”, en fecha 5/04/10.; y Expte. N° 260/2007, caratulado: “San Cristobal Micaela Maria Antonia c/ Leonardo Wenceslao Gutiérrez y/o Quien Se Considere Con Mejor Derecho S/ Prescripción Adquisitiva”, en fecha 5/05/2010; entre otros.

⁷⁵ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. N° 2 de la 3a Circ. Jud. de Villa Ángela, “Ledesma Mirtha Ramona c/ Carlos Marcelo Ugarte y/o Quien Resulte Propietario s/ Prescripción Adquisitiva”, Sentencia 11/10/2011, Expediente N° 294, 2007.

⁷⁶ Cabe destacar que en el caso en análisis la parte demandada estuvo representada por el Señor Defensor de Ausentes, quien no se opuso a la pretensión de la parte actora.

⁷⁷ Se trataba de un caso de adquisición del dominio de un inmueble, en el que la parte actora poseedora no alegó justo título, ni buena fe.

incorporadas por la iniciativa probatoria de la juez en oportunidad de dejar sin efecto el llamado de autos para sentencia.

De los considerandos de la sentencia también surge que la acreditación de los actos posesorios no podría basarse exclusivamente en la prueba testimonial,⁷⁸ lo cual pone en evidencia la decisividad de los informes referidos en el párrafo anterior.

El análisis y la interpretación armónica de las constancias de la causa, a la luz del contexto de acreditación permiten concluir que mediante un razonamiento puramente procedimental la juez podría haber rechazado la demanda por no haberse acreditado los presupuestos de la adquisición del dominio por prescripción adquisitiva. Sin embargo, optó por dejar sin efecto el llamado de autos para sentencia y otorgar a la parte actora la posibilidad de ofrecer nuevas pruebas, que resultaron decisivas, por lo que permitieron arribar a la solución más justa posible de caso.

4. El ejercicio de las facultades instructorias en la prueba documental

En la causa caratulada: “*Cuadrado Luis Angel C/ Rodriguez Gabriela Alejandra S/ Cobro Ordinario De Pesos*”, el juez de primera instancia ordenó como medida de mejor proveer⁷⁹ la presentación de una factura de compra que resultaba decisiva para acreditar la relación causal de la obligación cuyo cumplimiento demandaba la parte actora.

Se trata de un caso en que se promovió una demanda de cobro ordinario de pesos, alegándose que el incumplimiento de la obligación derivaba de una operación de compra de artículos del local comercial de propiedad del actor. La parte actora solamente acompañó con demanda cinco pagarés, aduciendo que fueron suscriptos por la compradora, a favor del actor, en garantía de la compraventa y presentados oportunamente a la obligada para su cobro, sin que la accionada se aviniera a abonarlos. Por su parte, la accionada no contestó el traslado de la demanda ni compareció a juicio, declarándose rebelde.

El análisis y la interpretación armónica de las constancias de la causa, a la luz del contexto de acreditación, permiten concluir que mediante un razonamiento

⁷⁸ Cfr. art. 24 de la Ley 14159.

⁷⁹ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Cuadrado Luis Angel C/ Rodriguez Gabriela Alejandra S/ Cobro Ordinario De Pesos*”, Expte. N° 9337/09, 16/11/2010.

puramente procedimental el juez podría haber rechazado la demanda por no haberse acreditado la relación causal que dio origen al libramiento de los pagarés acompañados. Sin embargo, la prueba documental solicitada por el juez en ejercicio de las facultades instructorias (la factura de compra), armónicamente valorada con los pagarés, resultó decisiva porque permitió acreditar la compraventa de mercaderías alegada en demanda. Sobre la base de ello, se hizo lugar a la acción,⁸⁰ arribándose a la solución jurídicamente justa del caso, dado que de los considerandos surge que la factura requerida resultaba decisiva para la justa solución del caso.

5. El ejercicio de las facultades instructorias en la prueba de informes

En la causa caratulada “*Torres Enriqueta C/ Zacarias, Juan Carlos S/ Aumento De Cuota Alimentaria*”,⁸¹ el juzgado de primera instancia rechazó el incidente de aumento de cuota alimentaria. Contra dicha decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación. Puestas a estudio las actuaciones, el tribunal de alzada consideró necesario requerir a la ANSES que informe si el demandado percibía remuneración de dicho organismo y, en caso afirmativo, a concepto de qué.⁸² Textualmente dicho tribunal consideró que

si bien la vigencia del principio dispositivo otorga a la iniciativa de las partes la carga de aportar la prueba necesaria para acreditar la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, la norma procesal da al Magistrado la posibilidad de integrar dicho plexo probatorio (art. 36 C.P.C.C.). Sin necesidad de incursionar en la fatigosa polémica relativa a la exacta dosificación de los poderes del Juez ni de adherir a alguna de las fórmulas extremas o intermedias que se han propuesto con ánimo de esclarecer ese problema de política procesal, la más clara justificación de la facultad que analizamos reside, pura y simplemente, en la necesidad de que la norma individual con que culmina el proceso sea una norma justa.

Luego, los jueces de Cámara explicaron que

⁸⁰ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Cuadrado Luis Angel C/ Rodríguez Gabriela Alejandra S/ Cobro Ordinario De Pesos*”, Sentencia 22/02/2011, Expte. N° 9337/09.

⁸¹ Cám. Apel. de Resistencia (Sala 4a), “*Torres Enriqueta C/ Zacarias, Juan Carlos S/ Aumento De Cuota Alimentaria*”, Expte. N° 19401/07.

⁸² Cfr. Cám. Apel. de Resistencia (Sala 4a), “*Torres Enriqueta C/ Zacarias, Juan Carlos S/ Aumento De Cuota Alimentaria*”, Expte. N° 19401/07, 13/09/2007.

En el caso de autos se está en presencia de una pretensión de aumento de cuota alimentaria, no contándose con elementos fehacientes que acrediten si el demandado percibe otra remuneración que no sea la de dependiente de la Policía de esta Provincia, razón por la cual, corresponde proceder en la forma indicada precedentemente.

La parte actora alegó que la cuota alimentaria cuyo aumento solicitaba se había fijado cuando el menor tenía 4 años, y que, al solicitar el aumento, contaba con 18 años de edad, lo cual le generaba necesidades no tenidas en cuenta al fijarse la cuota originaria. También ésta alegó que el alimentante no sólo tenía sueldo como policía de la Provincia, sino que además cobraba en ANSES un haber como excombatiente. La recurrente se agravió porque el juez de primera instancia se basó en una contestación de la ANSES, sin advertir que los datos consignados eran erróneos.

El informe brindado por ANSES al pedido efectuado por la Cámara de Apelaciones en ejercicio de las facultades instructorias, permitió acreditar que el demandado percibía una pensión desde el año 1991, no tenida en cuenta al fijar la primera cuota alimentaria en el 35% del sueldo básico que el demandado percibía de la Policía provincial. Sobre la base de tal prueba, los jueces de la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Resistencia revocaron la sentencia apelada y admitieron la pretensión, estableciendo que para el cálculo del 35% de la cuota alimentaria, se debía tener en cuenta también el beneficio de pensión que percibía el demandado de la ANSES, fundándose no sólo en las necesidades del alimentado, sino también en las posibilidades económicas del alimentante, arribándose de tal manera a la solución jurídicamente más justa del caso.⁸³

El análisis y la interpretación armónica de los considerandos de la sentencia permiten concluir que el informe requerido por las juezas de segunda instancia permitió el dictado de la sentencia más justa posible. Asimismo, se confirma que los magistrados ya no son un ente inanimado que aplica la ley (como afirmaba Montesquieu), sino que dedican especial interés por lograr la justicia en el caso concreto.

Robert Alexy afirma que si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, resulta necesario efectuar una ponderación. Propone la siguiente regla: “Cuando mayor es el grado de no satisfacción

⁸³ Cfr. Cám. Apel. de Resistencia (Sala 4a), “*Torres Enriqueta C/ Zacarías, Juan Carlos S/ Aumento De Cuota Alimentaria*”, Resolución N° 176, Expte. N° 19401/07, 13/09/2007.

o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (1993, p. 161). Explica que la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro.

Al inicio se señaló que una de las principales críticas a quienes ejercen las facultades instructorias, supliendo el desinterés o la negligencia de las partes, es la sospecha de la disminución de la imparcialidad del juzgador. Sobre ello, cabe destacar que las partes no cuestionaron ni se opusieron a la producción del nuevo informe requerido, ni pusieron en duda la pérdida de imparcialidad de las juezas. No obstante ello, la interpretación armónica de las decisiones en análisis permiten concluir que en caso de haberlo hecho, la calidad de la decisión final pone en evidencia que al ordenarse la producción de pruebas decisivas, la supuesta afectación de la imagen de imparcialidad habría resultado insignificante si se la confronta con la importancia de que la solución final sea lo más justa posible –especialmente, teniendo en cuenta que se encontraban en juego los derechos fundamentales de un menor de edad–.

6. El ejercicio de las facultades instructorias en la prueba pericial

En la causa caratulada: “*Kohl, Fabian Rodolfo C/ Moltrasio, Carlos Luis y Sanatorio Chaco S.R.L. y/o Quien Resulte Responsable S/ Daños y Perjuicios y Daño Moral*”,⁸⁴ la juez de primera instancia consideró necesario y ordenó como medida de mejor proveer la ampliación de las pericias médicas producidas en la causa.

Se trata de un caso en que se promovió una demanda de indemnización de daños y perjuicios por mala praxis médica, alegándose incorrecta indicación de antibiótico para la afección que poseía el actor, lo que le provocó una sepsis generalizada. La parte actora atribuyó al médico demandado la omisión de un adecuado, permanente y constante seguimiento y contralor del paciente, puesto que recién al llegar a terapia intensiva recibió la medicación adecuada y específica para su foco infeccioso.

El perito médico se limitó a responder los puntos de pericia propuestos por las partes, luego de lo cual la parte actora observó que el mismo únicamente respondió cuál

⁸⁴ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “*Kohl, Fabian Rodolfo C/ Moltrasio, Carlos Luis y Sanatorio Chaco S.R.L. y/o Quien Resulte Responsable s/ Daños y Perjuicios y Daño Moral*”, Expte. N° 7349, 1999, 27/06/2006.

era el antibiótico para el tratamiento de *Escherichia Coli*, omitiendo responder cuál sería el antibiótico o los antibióticos de elección para el tratamiento de *Escherichia Coli* en coexistencia con *anaerobios*. Al formular las observaciones, la parte actora explicó que el *Escherichia Coli* fue el único germen que se buscó y que no se solicitó cultivo de *anaerobios*, por lo que no se encontró ni se trató dicho germen; residiendo allí la mayor negligencia, dado que los estudios de laboratorio fueron solicitados por el médico tratante.

El perito médico contestó las observaciones e impugnaciones efectuadas por la parte actora, expresando que las respuestas se limitaron a lo requerido en los puntos de pericia. Agregó que no se expidió sobre la presencia de anaerobios porque no fue requerido en ninguno de los cuestionarios.⁸⁵

Las observaciones efectuadas por la parte actora y la respuesta dada por el perito médico, motivaron que se dispusiera la realización de una ampliación de las pericias, requiriéndose a los peritos que amplíen sus informes periciales en base a los siguientes puntos: 1. Qué son y dónde habitan, respecto de la zona en que fue operado el accionante, las bacterias *anaerobias* y *aerobias*; 2. Si las bacterias o gérmenes anaerobios son peligrosos; en caso afirmativo, por qué; 3. Qué es la *Escherichia Coli* y dónde habita; 4. Si para determinar la presencia de bacterias aerobias y anaerobias es preciso realizar diferentes tomas de muestras de sangre o de una misma muestra pueden realizarse ambos estudios; que explique el procedimiento; 5. Qué significa “apendicitis aguda gangrenosa”; 6. Si en el caso que se diagnostique apendicitis aguda gangrenosa, indefectiblemente se está en presencia de anaerobios; 8. Qué es la sepsis y cómo se llega a ella; 12. Qué medicación se suministra ante la presencia de *escherichia coli* y *anaerobios* en una apendicitis aguda gangrenosa; 13. Si varía la medicación o el tipo de medicación según la clase de apendicitis que se diagnostique; expláyese al respecto; 14. Luego de una operación de apendicitis aguda gangrenosa, hasta que se obtenga el resultado de bacteriología, qué medicación corresponde suministrar al paciente como profilaxis antibiótica.⁸⁶

Al responder los nuevos puntos de pericia requeridos por la juez de primera

⁸⁵ Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “Kohl, Fabian Rodolfo C/ Moltrasio, Carlos Luis y Sanatorio Chaco S.R.L. y/o Quien Resulte Responsable s/ Daños y Perjuicios y Daño Moral”, Expte. N° 7349, 1999, fojas 563/564.

⁸⁶ Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “Kohl, Fabian Rodolfo C/ Moltrasio, Carlos Luis y Sanatorio Chaco S.R.L. y/o Quien Resulte Responsable s/ Daños y Perjuicios y Daño Moral”, Expte. N° 7349, 1999, fojas 859/860.

instancia, el perito médico explicó que las bacterias *anaerobias* y *aerobias* son organismos microscópicos unicelulares con capacidad para producir distintos tipos de enfermedades en el ser humano; que el que se desarrolla en ausencia absoluta o casi absoluta de oxígeno molecular es llamado *anaerobio*, en tanto que el *aerobio* es aquel que para su desarrollo requiere presencia de oxígeno libre que si bien habitan en distintos órganos y sistemas, en el caso que nos ocupa, se hallan especialmente en el intestino grueso, desde ciego a recto. Las enterobacterias son predominantemente aerobios (*Escherichia Coli*, *Klebsiella*, *Seudomona*, *Proteus*, *Estafilococo*); que ejemplos de anaerobios son *Clostridium Difficile*, *Bacteroides*, *Peptoestreptococo*. Agregó que las bacterias o gérmenes anaerobios son peligrosos porque tienen capacidad patogénica y son responsables de la aparición de enfermedades infecciosas severas, pudiendo conducir a la sepsis, shock séptico y muerte; que *Escherichia Coli* es un germen aerobio, Gram negativo, que integra el grupo de las enterobacterias y habita en el intestino grueso; que para determinar la presencia de bacterias aerobias y anaerobias no es preciso realizar diferentes tomas de muestra de sangre; que de una misma toma se puede sembrar sangre en medio de cultivo para aerobios y para anaerobios; que cuando se está en presencia de una apendicitis aguda gangrenosa es posible que proliferen gérmenes anaerobios porque en las áreas necrosadas la irrigación sanguínea no es la adecuada y, por lo tanto, no hay suficiente llegada de oxígeno a los tejidos; que ante la presencia de *escherichia coli* y anaerobios en una apendicitis aguda gangrenosa, para los gérmenes gram negativos, entre los que se incluye la *E. Coli*, se recomiendan los aminoglucósidos como *Gentamicina*, *Amikacina*, etc., *Ciprofloxacina*, *Cefalosporinas* de tercera generación: *Ceftriaxona*, *Cefotaxime*, *Cefoperazona*; *Imipenem*, *Mropenem*, etc.; y, para los gérmenes anaerobios, los antibióticos de elección son *Metronidazol*, *Clindamicina*; destaca que en todos los casos dependerá del germen que se aíse por cultivo y de la sensibilidad que muestre el mismo al antibiograma. Explicó que la medicación no varía según la clase de apendicitis diagnosticada, sino que depende del germen que se aíse por cultivo. Habitualmente se realiza cobertura antibiótica profiláctica hasta tanto se aíse el germen y se determine por antibiograma a qué antibiótico es sensible, oportunidad en la que se analiza si es necesario cambiar el medicamento.

A su turno, el perito especialista en infectología aseveró que la flora normal del colon posee bacterias anaerobias, y al tener el apéndice una comunicación anatómica

directa con éste, su flora normal también puede tener anaerobios.

Las respuestas a las nuevas preguntas ampliatorias formuladas por la juez de primera instancia, en ejercicio de facultades instructorias, analizadas armónicamente con la declaración testimonial del bioquímico que intervino en el primer análisis, permitió al juez formar su convicción en el sentido de que el médico demandado no actuó con la debida diligencia y conforme a los conocimientos exigibles a todo profesional del arte de curar en similares circunstancias, al haber omitido solicitar la identificación (búsqueda) de gérmenes anaerobios y antibiograma, en oportunidad de solicitar el estudio bioquímico del líquido peritoneal; especialmente, teniendo en cuenta que el cirujano interviniente diagnosticó apendicitis aguda gangrenosa.

En la sentencia el juez consideró que el médico demandado no previó lo que era objetivamente previsible (la existencia de gérmenes anaerobios cuando el cuadro patológico así lo ameritaba) y asumió riesgos innecesarios.

En suma, el análisis y la interpretación de las constancias de la causa, permiten concluir que eran decisivas las preguntas ampliatorias formuladas por la juez de primera instancia, en ejercicio de facultades instructorias, porque sus respuestas permitieron acreditar que la omisión del médico demandado (solicitar oportunamente la identificación de gérmenes anaerobios y antibiograma) se encontraba en relación causal con el daño (sepsis generalizada), puesto que su realización le hubiera permitido advertir la presencia de gérmenes anaerobios e indicar el medicamento no resistente al mismo.

Sobre la base de ello, el juez arribó a la solución jurídicamente más justa del caso e hizo lugar a la acción.⁸⁷

De los considerandos surge que el juez se refirió a la importancia de la prueba pericial médica cuando se demanda indemnización de daños y perjuicios por mala praxis médica y a la necesidad de que se acredite que el profesional no actuó con la debida diligencia y conforme a los conocimientos exigibles a todo profesional del arte de curar en similares circunstancias. La interpretación de las decisiones judiciales en análisis permite concluir razonablemente que la demanda habría sido rechazada en caso de no haberse solicitado la ampliación de las pericias producidas en ejercicio de facultades instructorias, dado que hasta ese momento no estaba acreditado que en el

⁸⁷ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “*Kohl, Fabian Rodolfo C/ Moltrasio, Carlos Luis y Sanatorio Chaco S.R.L. y/o Quien Resulte Responsable s/ Daños y Perjuicios y Daño Moral*”, Sentencia 31/03/2008, Expte. N° 7349, 1999.

caso médico del actor, el profesional debía solicitar al bioquímico identificación de gérmenes anaerobios y antibiograma del líquido peritoneal.

Una vez más, queda demostrada la importancia del ejercicio de las facultades instructorias del juez civil, cuando se trata de prueba decisiva, puesto que los elementos probatorios que se incorporaron ampliaron sustancialmente las opciones que podía elegir el juez para arribar a la decisión jurídicamente más justa del caso concreto.

7. El ejercicio de las facultades instructorias en la defensa de pago

En la causa caratulada “*Cooperativa ‘Chaco’ Consumo, Crédito, Vivienda, Farmacia y Turismo Social Limitada C/Monzon, Isidro S/Cobro Ordinario De Pesos*”, en ejercicio de facultades instructorias,⁸⁸ el juez de primera instancia estimó necesario solicitar la ampliación del informe pericial contable ya producido en la causa. Expresamente consideró insatisfactorio el primer informe pericial contable, en virtud de que el perito no tuvo en cuenta los pagos que surgían del informe bancario agregado a la causa. Resaltó que no estaba vedado a los peritos valerse del examen de otros comprobantes que no figuren en la contabilidad examinada, tal como sucedía con un informe remitido por el Nuevo Banco del Chaco, el cual fue considerado por el juez como *prima facie* conducente para gravitar en la decisión del caso. Puntualmente instruyó al perito que informe el total adeudado, si es que lo había, teniendo en cuenta los descuentos realizados al demandado de sus haberes y los intereses compensatorios pactados en la solicitud de préstamo.

Se trata de un caso en que se demandó la suma de \$2.525,25 en concepto de saldo adeudado por un préstamo de dinero otorgado a la parte accionada, acompañándose el convenio y la autorización para descuentos de haberes del solicitante.

Conferido el pertinente traslado, la parte demandada admitió el préstamo alegado en demanda y opuso defensa de pago parcial, alegando haber abonado varias cuotas mediante descuentos que se efectuaban de su haberes. Acompañó los recibos de sueldo de los que surgían los descuentos, mediante código N° 872 y ofreció prueba informativa al Ministerio de Educación (empleadora) y al Nuevo Banco del Chaco.

⁸⁸ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Cooperativa ‘Chaco’ Consumo, Crédito, Vivienda, Farmacia y Turismo Social Limitada C/Monzon, Isidro S/Cobro Ordinario De Pesos*”, Expte. N° 12140/08, 7/02/2013.

Incorporado el informe pericial contable ampliatorio, se dictó sentencia, admitiéndose la defensa de pago parcial opuesta por la parte demandada y se hizo lugar parcialmente a la acción, condenándose al actor a abonar solamente la suma de \$ 1.719,31, más intereses.⁸⁹

De los considerandos de la sentencia surge que la respuesta a la nueva pregunta ampliatoria formulada por el juez de primera instancia, en ejercicio de facultades instructorias, analizadas armónicamente con los restantes medios de prueba, resultó decisiva para la justa solución del caso, puesto que permitió establecer el saldo correcto por el cual debía prosperar la demanda.

Cabe resaltar que en virtud del principio general,⁹⁰ la parte demandada tenía la carga de probar los presupuestos de hecho de la defensa que opuso (el pago). Además, del informe pericial contable realizado sobre los libros y registraciones contables de la parte actora, surgía que el demandado debía la totalidad del crédito reclamado. Sobre la valoración del informe pericial, la jurisprudencia sostiene unánimemente que su apartamiento sólo se admite cuando se expresen razones de entidad suficiente que justifiquen esa decisión, ya que el conocimiento que tiene el perito es ajeno al hombre de derecho y por ello el magistrado tiene que fundar su discrepancia en elementos de juicio que permitan desvirtuar la opinión del experto.⁹¹

La interpretación armónica de las decisiones en análisis permite concluir en la importancia del informe pericial ampliatorio, puesto que resultaba decisivo para formar la convicción del juez sobre el saldo adeudado en concepto de capital a intereses, luego de descontarse los pagos parciales efectuados mediante débitos bancarios automáticos sobre los haberes del accionado. Indiscutiblemente el juez arriba mediante un razonamiento práctico a la solución jurídicamente más justa, en un marco de gran litigiosidad y controversia, en el que la parte demandada estaba obligada a acreditar los presupuestos de procedencia de la defensa de pago que opusiera, sin contar con la prueba por excelencia para tales casos (el recibo de pago emitido por el acreedor, imputado claramente al crédito reclamado).

⁸⁹ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “Cooperativa ‘Chaco’ Consumo, Crédito, Vivienda, Farmacia y Turismo Social Limitada C/Monzon, Isidro S/Cobro Ordinario De Pesos”, Sentencia 25/06/2013, Expte. N° 12140/08.

⁹⁰ El principio general sobre carga de la prueba que impera en los códigos procesales argentinos, es el de que las partes tendrán la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocasen como fundamento de su pretensión, defensa o excepción (Cfr. arts. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; arts. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes; y, art. 367 del Código Procesal Civil y Comercial del Chaco).

⁹¹ Cfr. Cám. Apelac, Civ. Com. San Isidro, Sala II, 30/9/80, ED, 91-568; citado en Arazi, 2008, p. 404.

En el Capítulo anterior, en diálogo con las propuestas de Rodolfo Vigo y John Finnis, se explicó que el razonamiento práctico en el derecho es la reflexión sobre las decisiones que le permiten distinguir al juez entre lo moralmente correcto y lo incorrecto, lo que a su vez hace posible optar por la mejor respuesta jurídica dentro de las disponibles. Este razonamiento permite que el juez no se conforme con cualquier opción, sino que haga un esfuerzo por encontrar la solución más justa. El caso analizado es un claro ejemplo de aplicación del razonamiento práctico, a partir del cual se tomó la decisión de solicitar el informe pericial complementario y se pudo optar por la mejor solución posible.

8. El ejercicio de las facultades instructorias para la acreditación del daño y su cuantificación

En la causa caratulada “*Chavez, Cesar; Chavez, Juan Carlos; Chavez, Augusto Cesar y Chavez, Lucas Wilfredo c/ Policía De La Provincia del Chaco y Provincia del Chaco s/ Daños y Perjuicios*”,⁹² la juez de primera instancia advirtió que se encontraba incompleta la prueba pericial médica respecto de dos de los actores y la prueba pericial psicológica de todos los accionantes. La juez ordenó al perito médico designado que complete su informe originario y designó perito psicóloga para que se expida sobre los puntos de pericia ofrecidos por la parte actora en el escrito inicial.⁹³

Se trata de un caso en que se promovió una demanda de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en oportunidad de realizarse un allanamiento en la vivienda de los accionantes, alegándose accionar antijurídico, discriminatorio e inhumano del personal policial que intervino en el procedimiento. Se solicitó la indemnización de la incapacidad sobreviniente generada por las lesiones ocasionadas, de los gastos de curación y de los daños estético, psicológico y moral.

Con posterioridad al llamado de autos para sentencia, la juez advirtió que se encontraba pendiente de producción la prueba pericial médica respecto de dos de los

⁹² Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “*Chavez, Cesar; Chavez, Juan Carlos; Chavez, Augusto Cesar y Chavez, Lucas Wilfredo c/ Policía de la Provincia del Chaco y Provincia del Chaco s/ Daños y Perjuicios*”, Expte. N° 14429/02.

⁹³ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “*Chavez, Cesar; Chavez, Juan Carlos; Chavez, Augusto Cesar y Chavez, Lucas Wilfredo c/ Policía de la Provincia del Chaco y Provincia del Chaco s/ Daños y Perjuicios*”, Expte. N° 14429/02, 19/06/2012.

actores y la prueba pericial psicológica de todos los accionantes. La juez de primera instancia suplió el aparente desinterés de la parte actora; ordenó al perito médico designado que complete su informe originario; y designó perito psicóloga para que se expida sobre los puntos de pericia ofrecidos por la parte actora en el escrito inicial.

En la sentencia la juez consideró acreditados actos crueles, inhumanos y degradantes, violatorios de los derechos y de las libertades fundamentales de los actores (maltrato, tormentos, abandono, acoso y discriminación), ejercidos por personal policial. En razón de ello, se hizo lugar a la demanda y se condenó al pago de indemnización de los daños y perjuicios.⁹⁴

De los considerandos de la sentencia surge que el informe pericial médico complementario ordenado por la juez, permitió cuantificar con mayor precisión el rubro incapacidad sobreviniente de todos los actores.

En relación al daño psicológico, cabe destacar que en uno de los primeros informes,⁹⁵ el perito médico expresó genéricamente que los actores no quedaron con secuelas psicológicas importantes. Con lo cual, el último informe realizado por la perito psicóloga resultó decisivo para la admisión de la indemnización del daño psicológico y, desde luego, para cuantificarlo.

En tal sentido, del informe pericial psicológico surgió que a pesar de haber transcurrido doce años desde el hecho, todos los actores necesitaban tratamiento psicológico dado que vivían sumergidos en un estado de temor y alerta; y, que tenían sentimientos de inferioridad y de vulnerabilidad, con temor a ser maltratados. Además, concluyó en la existencia de incapacidad psicológica en la mayoría de los actores.

El análisis del caso dan cuenta de que en caso de no haberse producido la prueba pericial psicológica, el rubro indemnizatorio debía ser rechazado, no sólo porque el perito médico había informado, sin que sea de su incumbencia,⁹⁶ que los actores no

⁹⁴ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, "*Chavez, Cesar; Chavez, Juan Carlos; Chavez, Augusto Cesar y Chavez, Lucas Wilfredo c/ Policía de la Provincia del Chaco y Provincia del Chaco s/ Daños y Perjuicios*", Sentencia 18/08/2015, Expte. N° 14429/02.

⁹⁵ Cfr. Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, "*Chavez, Cesar; Chavez, Juan Carlos; Chavez, Augusto Cesar y Chavez, Lucas Wilfredo c/ Policía de la Provincia del Chaco y Provincia del Chaco s/ Daños y Perjuicios*", Expte. N° 14429/02, fojas 496/497.

⁹⁶ Los títulos con reconocimiento oficial certifican la formación académica recibida y habilitan para el ejercicio profesional respectivo. Los títulos de profesiones reguladas por el Estado, cuyo ejercicio puede comprometer el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud (tal el caso de los títulos de Médico, Farmacéutico, Bioquímico, Odontólogo, Psicólogo, etc.) poseen incumbencias profesionales exclusivas. La Ley 17132 reglamenta el ejercicio de la medicina, sin que de la misma surja que los médicos se encuentran habilitados a ejercer la psicología, la que se encuentra exclusivamente regulada en la Ley 23277, en cuyo art. 4° establece claramente que "El ejercicio de la profesión de psicólogo sólo se autorizará a aquellas personas que: 1. Posean título habilitante de licenciado en psicología otorgado por

quedaron con secuelas psicológicas importantes, sino porque, como bien lo resalta la sentenciante, la alteración psíquica necesariamente debe ser acreditada mediante prueba pericial.

En suma, la interpretación armónica de las constancias de la causa, a la luz de los hechos en disputa, permiten concluir que las nuevas pruebas requeridas por la juez de primera instancia, supliendo la negligencia o el desinterés de la parte actora, le permitió formar su convicción sobre la existencia y la extensión de los daños alegados en demanda. De este modo, se optimizó la solución final del caso, mediante el dictado de una sentencia más justa.

9. El ejercicio de las facultades instructorias en las medidas cautelares

En la causa caratulada “*Romero, Juan Manuel C/ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos S/ Medida Cautelar Innovativa (Legajo de Apelaciones)*”,⁹⁷ los jueces de la Sala Primera del Superior Tribunal de Justicia del Chaco consideraron que, a fin de resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, era necesario contar con las actuaciones administrativas mencionadas por la parte demandada en los agravios del recurso de apelación rechazado por la Cámara de Apelaciones.⁹⁸

Se trata de un caso en que se había solicitado una medida cautelar innovativa a fin de lograr la cobertura de la Obra Social de una cirugía bariátrica, alegándose obesidad mórbida y haberse sometido sin éxito a innumerables intentos dietéticos. El amparista alegó que habiendo efectuado el pedido administrativo por nota a la Obra Social, nunca obtuvo respuesta a su reclamo, encontrándose su vida en situación de riesgo. En primera instancia, en base a la documental acompañada, los hechos alegados y con un criterio amplio de valoración de los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares de innovar, se hizo lugar a la medida y se ordenó a la Obra Social otorgar la cobertura de la cirugía bariátrica, bajo apercibimiento de aplicar astreintes.

Apelada la Resolución por la Obra Social, la Cámara de Apelaciones confirmó

universidad nacional, provincial o privada habilitada por el Estado, conforme a la legislación o título equivalente reconocido por las autoridades pertinentes”.

⁹⁷ STJCh, Sala 1a Civ. Com. Lab., “*Romero, Juan Manuel c/ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos s/ Medida Cautelar Innovativa (Legajo De Apelaciones)*”, N° 312/15-2-C, 2015.

⁹⁸ Cfr. STJCh, Sala 1a Civ. Com. Lab., “*Romero, Juan Manuel c/ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos s/ Medida Cautelar Innovativa (Legajo De Apelaciones)*”, Resolución 22/02/2016, N° 312/15-2-C, 2015.

lo resuelto en primera instancia, motivando su decisión en que la Obra Social no demostró en forma clara una actitud tendiente a resolver en forma oportuna el problema del afiliado. Contra dicho pronunciamiento, la Obra Social interpuso recurso de inconstitucionalidad, agraviándose, entre otras cosas, porque la sentencia de Cámara no tuvo en cuenta la respuesta dada al afiliado, en el sentido que debía adjuntar todos los estudios necesarios para la procedencia de la cirugía; y, que no se negó la asistencia solicitada, sino que se solicitó el cumplimiento de los requisitos exigibles.

Los jueces de la Sala Primera del Superior Tribunal de Justicia del Chaco, en ejercicio de las facultades instructorias conferidas por las reglas procesales, solicitaron las actuaciones administrativas mencionadas por la Obra Social.

Las constancias del expediente administrativo persuadieron a los jueces del Superior Tribunal en el sentido de que se trataba de una prueba decisiva no valorada por los jueces de segunda instancia. Sobre la base de ello, anularon la sentencia de Cámara, reprochándole no haber examinado ni cotejado la veracidad o falsedad de las actuaciones administrativas aludidas por la Obra Social. Expresaron que si bien dicha prueba no constaba en la causa, los jueces de segunda instancia debieron haber dispuesto una medida de mejor proveer en ejercicio de sus facultades y requerir dicha documentación a efectos de constatar lo pertinente.⁹⁹

Asimismo, los jueces del Superior Tribunal ejercieron competencia positiva y dictaron sentencia sobre el fondo de la cuestión debatida en la medida cautelar, revocaron lo resuelto en primera instancia y desestimaron la medida cautelar innovativa deducida contra la Obra Social. De los considerandos surge que el requerido expediente administrativo acreditaba que, ante el pedido del afiliado, la Jefa del Departamento de Delegaciones de la ciudad de Sáenz Peña ordenó girar lo actuado a la Dirección de Asesoría Médica, quien lo remitió al Director del “Programa de Obesidad” a fin de que realice informe técnico correspondiente al caso. Este último a su vez expresó que “No presenta informe de tratamiento nutricional de 6 meses. No presenta informe de tratamiento psicológico de 6 meses. Faltan estudios. Normas internacionales, académicas y científicas exigen un tratamiento nutricional y psicológico de 6 meses como mínimo”.

Tales antecedentes persuadieron a los jueces del Superior Tribunal en el sentido

⁹⁹ Cfr. STJCh, Sala 1a Civ. Com. Lab., “*Romero, Juan Manuel c/ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos s/ Medida Cautelar Innovativa (Legajo De Apelaciones)*”, Sentencia N° 197, 14/07/2016, N° 312/15-2-C, 2015.

de que la Obra Social no se negó a prestar la cobertura, sino que solicitó el cumplimiento de requisitos previos (informes de tratamientos nutricionales y psicológicos) para poder acceder a la operación bariátrica, lo cual consideraron razonable. Sobre la base de ello, los jueces arribaron a la conclusión de que debía hacerse lugar a la apelación y revocarse la decisión de primera instancia, en razón de que no estaban acreditados con suficiente grado de probabilidad todos los requisitos propios y particulares que hacen a la medida cautelar innovativa requerida por el amparista.

La interpretación armónica de las constancias de la causa en análisis dan cuenta de la importancia del ejercicio de las facultades instructorias del juez cuando se trata de prueba decisiva y de su conexión con el contexto de acreditación y la dimensión jurídica de la controversia.

10. El ejercicio de las facultades instructorias en los procesos jurisdiccionales de acompañamiento

A diferencia del rol del juez tradicional, en los últimos años se viene predicando una profunda variante, en la que el órgano jurisdiccional cobra un perfil distinto en procesos que involucran intereses tales como salud, menores, familia, seguridad social, trabajadores, ambiente y consumidores. Dicha variante implica la redefinición de varios principios e institutos procesales, dejándose de lado la rigurosidad de las formas. Asimismo, requiere que el juez adopte un rol activo, flexible y vigoroso. Augusto Morello explica que, en tales casos, el juez

se involucra en una situación difícil para la parte más débil, urgida, vulnerable, carenciada, expuesta a un riesgo cierto, inminente, y grave y de consecuencias perjudiciales. Privilegia valores superiores: los que cuentan con tutela constitucional *preferente* (...). Es una tarea complementaria pero decisiva y cualificante; con su obrar se compromete a hacer algo que equilibra y resuelve –satisface– las situaciones que deben protegerse (...) en la emergencia-crisis. (2007, p.49)

Por ello, cuando que se encuentran en juego derechos a la salud y/o al ambiente, o en los que los pretenses son menores o consumidores, el tribunal de segunda

instancia también debe ordenar la producción de las medidas probatorias para ampliar los elementos de convicción que permiten arribar a una decisión útil y eficaz. Cabe destacar que, en tales casos, el deber existe aún cuando la producción de la prueba no haya sido solicitada por los litigantes.

En tal sentido, comentando el fallo dictado por la CSJN en la causa “*Maldonado*”,¹⁰⁰ Augusto Morello destaca el rol de la Corte al tomar la iniciativa probatoria a fin de contar con mayores elementos de juicio para la acertada resolución final. Explica que tales medidas consistieron

en recabar una especializada opinión técnica al Cuerpo Médico Forense, al que le requirió evaluara las circunstancias y documentos que integraban el expediente e informara sobre el estado actual de los conocimientos científicos en el tema convocante y si existían tratamientos comprobados para evitar el deterioro progresivo de la dolencia (...) que padece la menor interesada. (Morello, 2007, p. 55)

También se le solicitó al Cuerpo Médico Forense que respondiera cuál era entre los tratamientos en uso, el aconsejado para mejorar la calidad de vida y los lugares en que podía ser realizado eficazmente en el país. Destaca el citado procesalista que de esa manera la Corte Suprema abrió un genuino espacio de conocimiento y actividad probatoria, a fin de establecer el ámbito de la responsabilidad de la obra social. Finalmente, Morello reitera y resalta que la prueba se incorporó a la causa gracias a la actividad del Alto Tribunal y que ello fijó la ruta decisoria. Asimismo, el autor recomienda la necesidad de obrar así para no incurrir en denegación de justicia, destacando dicha tarea como un ejemplo de máxima responsabilidad y de actuación original para arribar a resultados justos (Morello, 2007, p. 56-59).

En dicho contexto, no quedan dudas de que otro de los supuestos que habilita la actividad probatoria en segunda instancia, es la necesidad de que los jueces cuenten con mayores elementos de juicio que le permitan arribar a una decisión útil y eficaz en casos en los que se encuentran en juego los derechos a la salud y/o al ambiente, o en los que los pretensesores son menores o consumidores.

¹⁰⁰ CSJN, “*Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Sergio Adrián Maldonado en la causa Maldonado, Sergio Adrián s/ materia: previsional s/ recurso de amparo*”, Sentencia 23/11/2004, Fallos 327:5210.

11. Conclusión parcial sobre la influencia del contexto de acreditación y de la dimensión jurídica de la controversia en la decisividad de la prueba

Al inicio de este capítulo anticipaba que para determinar cuándo la prueba es decisiva para la solución jurídicamente justa del caso concreto, la hipótesis era que debían analizarse el contexto de acreditación y de la dimensión jurídica de la controversia.

El análisis y la interpretación de la doctrina, de las reglas procesales, de las normas jurídicas de fondo y de los antecedentes jurisprudenciales referidos precedentemente, confirman la referida hipótesis y permite arribar a la conclusión de que, en general, cuando es menor la oposición y contradicción de la parte demandada (incontestación de la demanda, allanamiento, rebeldía), disminuye la necesidad de que el juez ejerza las facultades instructorias. La idoneidad de los hechos alegados para generar consecuencias jurídicas no será la misma cuando el demandado no haya comparecido a juicio o no haya contestado el traslado de la acción, que cuando, por el contrario, comparece a juicio y contesta el traslado de la demanda, opone defensas, niega los hechos e impugna la prueba documental acompañada por la parte actora. En general, se advierte que en los casos de rebeldía e incontestación de la demanda, el juez resuelve el caso en base a la presunción de veracidad de los hechos lícitos afirmados por la parte actora y sobre la validez de los documentos acompañados con demanda. Similar reflexión ameritan los casos de allanamiento de la parte demandada a la pretensión de la parte actora.

En cambio, cuando la parte demandada contesta el traslado de la acción, opone defensas, niega los hechos alegados e impugna la prueba documental aportada por el accionante, se advierte que el contexto procesal y la dimensión jurídica de la controversia generan la necesidad de que se produzcan pruebas decisivas para la solución justa del caso y que requerirán un rol especial del juez comprometido con la verdad de los hechos alegados por los litigantes y con la obligación constitucional de afianzar la Justicia.

No obstante ello, también se han detectado casos en que, excepcionalmente, pese a la ausencia de oposición de la parte accionada, de igual modo es necesaria la producción de pruebas decisivas y el ejercicio de las facultades instructorias. Por ejemplo, en el caso en que la prueba documental acompañada por la parte actora resulta

insuficiente para acreditar la obligación cuyo cumplimiento se demanda; también, en el de la acreditación de la posesión en el proceso de prescripción adquisitiva del dominio, en la que se encuentra en juego el orden público, y por ello resultan irrelevantes el allanamiento, la incontestación de la demanda o la rebeldía. En estos casos, en virtud del contexto de acreditación, recobra gran importancia el ejercicio de las facultades instructorias del juez civil.

Los recursos y sus agravios también son variables que influyen en la dimensión jurídica de la controversia y pueden requerir el ejercicio de las facultades instructorias del juez en el proceso civil.

Por ello, el análisis de decisividad de la prueba es una tarea compleja que pone de manifiesto la necesidad de combinar diversas variables y analizar minuciosamente los supuestos fácticos de la norma jurídica seleccionada para la solución del caso, a la luz de la dimensión jurídica de la controversia y del contexto de acreditación.

CONCLUSIÓN

En la introducción adelantaba como hipótesis que la decisividad de la prueba legitima el ejercicio de las facultades instructorias del juez en el proceso civil. También señalé que para determinar cuándo la prueba es decisiva para la solución jurídicamente justa del caso concreto, debían analizarse el contexto de acreditación y de la dimensión jurídica de la controversia.

Las normas jurídicas, las reglas procesales, la jurisprudencia y la doctrina analizadas e interpretadas confirman las hipótesis que motivaron la investigación. Asimismo, permiten concluir que el ejercicio de las facultades instructorias requiere necesariamente de un posicionamiento ideológico frente al concepto del derecho y al rol del juez. Tal como se señaló al comienzo, el afianzamiento de la justicia al que refiere el Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina conduce a una sola respuesta: el juez no puede resolver el caso de cualquier modo, sino que debe optar por la solución más justa. Por eso, el juez debe recurrir a un razonamiento práctico que haga posible elegir entre las diversas opciones que le brinda el ordenamiento jurídico. En dicho contexto, la prueba es una herramienta importante que le permite al juez formar su convicción sobre la verdad o la falsedad de los hechos controvertidos alegados por los litigantes; y, de esa manera, seleccionar correctamente la norma jurídica mediante la cual resolverá el caso. Sin embargo, esa prueba decisiva para la solución justa del caso no siempre es aportada por las partes.

Las normas jurídicas, las reglas procesales, la jurisprudencia y la doctrina analizadas e interpretadas, confirman la importancia y de la necesidad del ejercicio de las facultades instructorias del juez civil, supliendo la omisión o el desinterés de los litigantes, cuando se trata de una prueba decisiva para formar la convicción sobre los hechos determinantes que le permitirán optar por la mejor solución jurídica posible y de esa manera arribar a la solución justa del caso concreto.

La finalidad perseguida y la decisividad de la prueba legitiman la posibilidad de que el juez disponga de oficio, la producción o ampliación de medios probatorios decisivos, puesto que ello le permite la correcta selección de la norma jurídica para la solución justa del caso concreto y de esa manera cumplir con la noble función

constitucional asignada (afianzar la justicia).

Las resoluciones y las sentencias analizadas confirman que la incorporación de pruebas decisivas amplía las posibilidades jurídicas entre las que el juez puede optar para decidir el caso y allana el camino a la solución justa. Esto es así, especialmente, en una actividad en la que predomina el razonamiento práctico, el cual obliga al juez a optar por la mejor respuesta jurídica dentro de las disponibles; de modo tal que no se conforme con cualquier solución, sino que haga un esfuerzo por encontrar la más justa.

Las reglas procesales, las normas de fondo y los fallos analizados e interpretados confirman la hipótesis sobre la importancia del contexto de acreditación y de la dimensión jurídica de la controversia a la hora de determinar la decisividad de la prueba.

Actualmente, el ejercicio de las facultades instructorias del juez en el proceso civil puede provocar en algunos justiciables y letrados una leve sensación de parcialidad del juez. Sin embargo, lo cierto es que quien desee mayor justicia en las sentencias, debería estar dispuesto a aceptar, en busca del aumento de la calidad de la decisión, una pequeña reducción en la sensación de imparcialidad del juez. Los fallos analizados e interpretados dan cuenta de que cuando se trata de una prueba decisiva, la posible afectación de la garantía de imparcialidad resulta insignificante si se la compara con la importancia de que el caso sea resuelto de forma justa. Un razonamiento contrario; es decir, otorgar preferencia a la garantía de imparcialidad, renunciando al dictado de una sentencia justa, configuraría una injusticia extrema que el derecho no puede tolerar.

Estas conclusiones, alcanzadas mediante el análisis e interpretación de casos reales, intentan realizar un aporte superior de las posturas doctrinarias actuales. A la vez, este trabajo posee relevancia social y cognitiva, puesto que la determinación de límites y pautas claras para el ejercicio de las facultades instructorias, espanta el temor a la arbitrariedad en el proceso civil, y también motiva y persuade a los jueces sobre su utilización para formar su convicción sobre hechos decisivos y hallar así una solución más justa; y, finalmente, permite controlar, cuestionar y eventualmente revisar la decisión del magistrado en la que se ejerce la función instructoria.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Alarcón Cabrera, C. y Vigo, R. L. (Coords.) (2011). *Interpretación y argumentación jurídica*. Buenos Aires, Marcial Pons.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid, Marcial Pons.

Alvarado Velloso, A. (enero-junio de 2014). La Imparcialidad judicial y el debido proceso (La función del juez en el proceso civil). *Ratio Juris*, Vol. 9 N° 18, 207-235.

Alvarado Velloso, A. (2005). *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Intercontinental Editora. Buenos Aires, Juris.

Álvarez Juliá, L. (1996). Acerca de las facultades instructorias de los jueces. *La Ley*. 1996-A, 711.

Arazi, R. (2008). *La prueba en el proceso civil* (3a edic.). Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Arazi, R. (2014). Abuso del derecho: del proceso y en el proceso. En J. W. Peyrano (Dir.), *Nuevas herramientas procesales - II* (pp. 137-144). Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Arazi, R. y Rojas, J. (2007). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, Trotta.

Azpelicueta, J. J. y Tessone, A. (1993). *La Alzada. Poderes y deberes*. La Plata, Platense.

Belluscio, Augusto C. (Dir.) y Zannoni, Eduardo A. (Coord.). (1998). *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires, Astrea.

Berizonce, R. O. (2017). Los procedimientos de instrucción preliminar preparatoria en el proceso civil. *La Ley*, 31/10/2017.

Bidart Campos, G. J. (2000). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (tomo I A). Buenos Aires, Ediar.

Capelletti, M. (1972). *La oralidad y las pruebas en el proceso civil* (S. Sentís Melendo, trad.). Buenos Aires, Ejea.

Carbone, C. A. (2001). Aristas de las pruebas científicas ante el desafío de su valoración. *La Ley Litoral*.

Compagnucci de Caso, R. H.; Ferrer, F. A.; Kemelmajer de Carlucci, A.; Kiper, C. M.; Lorenzetti, R. L.; Medina, G.; Méndez Costa, M. J.; Mosset Iturraspe, J.; Piedecabras, M. A.; Rivera, J. C.; Trigo Represas, F. A. (Dirs.). (2011). *Código Civil de la República Argentina explicado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni.

Di Bernardo, V. (2011). El poder instructorio del Juez, derivación del principio de tutela judicial efectiva. En G. Estigarribia de Midón y J. C. Vallejos (Dirs.), *Protección efectiva de los derechos. Homenaje al Dr. Roland Arazi* (p. 473-507). Corrientes, Mave.

Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, trad.). Barcelona, Ariel.

Engisch, K. (1967). *Introducción al pensamiento jurídico*. Madrid, Guadamarra.

Estigarribia de Midón, G. (1999). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Avellaneda, Mave.

Estigarribia de Midón, G. y Midón, M. S. (2008). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, La Ley.

Falcón, E. (2006). *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Fernández Balbis, A. (julio de 2006). Las facultades instructorias de los jueces en materia civil y la vigencia del principio dispositivo. *La Ley Litoral*, 13/06/2006, 739 – DJ 16/08/2006.

Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. México, Distribuciones Fontamara.

Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.

Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Ghirardi, O. A. (1992). *Lógica del proceso judicial (Dialógica del derecho)*. Córdoba, Marcos Lerner.

Ghirardi, O. A. (1999). Introducción al razonamiento forense. Consultado el 12/08/2011 en <http://www.cfa.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artrazonamientoforense>.

Gil Domínguez, A. (2005). *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Buenos Aires, Ediar.

Heñin, F. A. (2009). *Modernos institutos procesales*. Resistencia, Contexto.

Iturbide, G. A. (2019). La oralidad en el proceso civil. Antecedentes y avances de la oralidad efectiva en el fuero nacional en lo civil. En H. M. Chayer y J. P. Marcet (Dir.) y P. Casa Sales (Coord.), *Nueva gestión judicial. El camino hacia la oralidad en la justicia nacional civil* (pp. 37-54). Buenos Aires, SAIJ. Recuperado de <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/2237/camino-oralidad-justicia-nacional.2.pdf>

Jiménez, M. E. (2007). Poderes instructorios del juez y sus límites. En M. S. Midón (Coord. y Dir.), *Tratado de la prueba* (pp. 291-234). Resistencia, Librería de la Paz.

Kees, E. A. (2017). Declaración de parte como medio de prueba. En G. A. Vispo, A. Kees y O. B. Salóm, *Nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco. Ley 7950. Comentarios sobre los ejes temáticos de la reforma. Esquemas procesales* (pp. 139-144). Resistencia, Contexto.

Kees, A. E. y Vispo, G. M. (2009). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco comentado y anotado*. Resistencia, Contexto.

Loutayf Ranea, R. y Solá, E. (2011). Principio de igualdad procesal. *La Ley*, 11/05/2011, 1 - La Ley 2011-C.

Midón, M. S. (2007). Concepto de prueba, jerarquía y contenido del derecho a la prueba. En M. S. Midón (Coord. y Dir.), *Tratado de la prueba* (pp. 33-55). Resistencia, Librería de la Paz.

Midón, M. S. (Dir.). (2007). *Tratado de la Prueba*. Resistencia, Librería de la Paz.

Militello, S. A. (2001). La sana crítica y la prueba científica. *La Ley*, 2001-B.

Morello, M. A. (1981). Notable avance de los poderes-deberes de los jueces en el ámbito de la prueba. (Cuándo es para la Corte Suprema, irrenunciable el ejercicio de los deberes de esclarecimiento de los hechos controvertidos). *El Derecho*, tomo 94, 891.

Morello, A. M. (2001). *La Prueba. Tendencias modernas*. La Plata, Platense.

Morello, A. M. (2007). *La Corte Suprema en acción*. La Plata, Platense.

Morello, A. M.; Sosa, G. L. y, Berizonce, R. O. (2003). *Códigos Procesales en lo*

Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados (2a edic.). Buenos Aires, Platense-Abeledo Perrot.

Nino, C. S. (2012). *Introducción al análisis del derecho* (2a. edic.). Buenos Aires, Astrea.

Palacio, L. E. y Alvarado Velloso, A. (1997). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente* (tomo 2). Buenos Aires, Rubinzal Culzoni.

Perelman, C. (1964). *De la justicia* (R. Guerra, trad.). México, Centro de Estudio Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México.

Peyrano, J. W. (1978). *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires, Astrea.

Peyrano, J. W. (2007). Sobre la prueba científica. *La Ley*, 2007-C, 865.

Peyrano, J. W. (Dir.). (2013). *Nuevas herramientas procesales – III*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Peyrano, J. W. (Dir.). (2014). *Nuevas herramientas procesales – II*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Ponce, C. R. (mayo de 2012). Actuales limitaciones al principio dispositivo. El juez director del proceso. *Compendio jurídico*. Errejus, 135.

Ross, A. (2011). *Sobre el derecho y la justicia* (3a. edic.). Buenos Aires, Eudeba.

Rua, G. (2016). *Examen directo de testigos*. Buenos Aires, Didot.

Sagüés, N. P. (2002). *Recurso Extraordinario* (tomo II). Buenos Aires, Astrea.

Salgado, A. M. (2009). ¿Los jueces pueden condenar al Estado en caso de que el Congreso o el Poder Ejecutivo omitan promover progresivamente la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales?. *Revista Novel Iuris*, N° 22, Resistencia, Consejo Profesional de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia del Chaco, 12-15

Salgado, A. M. (2010). La jerarquía supraconstitucional del derecho a la prueba en el proceso civil. *Revista Novel Iuris*, N° 23, Resistencia, Consejo Profesional de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia del Chaco, 14-15.

Salgado, A. M. (2011a). El camino del juez hacia la solución justa del caso concreto. *Revista Novel Iuris*, N° 24, Resistencia, Consejo Profesional de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia del Chaco, 5-7.

Salgado, A. M. (2011b). La prueba decisiva en segunda instancia. *Revista Novel Iuris*, N° 25, Resistencia, Consejo Profesional de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia del Chaco, 15-17.

Salgado, A. M. (2015). Relaciones entre la prueba y el recurso de apelación en el proceso civil. En J. W. Peyrano (Dir.), *Nuevas herramientas procesales – III* (pp. 313-325). Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Salgado, A. M. (2018) Principales cambios y novedades sobre la prueba en el nuevo Código Procesal Civil y Comercial del Chaco. Consultado el 20/09/2019 en <http://ateneochaco.com.ar/principales-cambios-y-novedades-sobre-la-prueba-en-el-nuevo-codigo-procesal-civil-y-comercial-del-chaco/>

Salgado, A. M. (2019). El rol del juez en el interrogatorio de testigos [ponencia]. *XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal*, San Juan. Consultado el 1/4/2020 en: <https://www.congresodederechoprocesal2019.com/descargas/ponencias/particulares/civil/2/I%20CIVIL%20-%20Com.%202%20-%20SALGADO%20Andr%E9s%20-%20%28Particular%29.pdf>

Santiago, A. (h) (2010). *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho*. Buenos Aires, Marcial Pons.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos* (J. Ferrer Beltrán, trad.). Madrid, Trotta.

Taruffo, M. (2003). *Cinco lecciones mexicanas, Memoria del Taller de Derecho Procesal*. México, Coordinación de Documentación y Apoyo Técnico del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. <http://www.te.gob.mx/documentacion/publicaciones/libros/5lecciones.pdf>

Taruffo, M. (septiembre-diciembre de 2005). Conocimiento científico y estándares de prueba judicial (M. Carbonell y P. Salazar, trads.). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XXXVIII, núm. 114.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.

Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.

Taruffo, M. (julio de 2010). La prueba científica en el proceso civil. *Suplemento de Doctrina Judicial Procesal*, 02/07/2010, La Ley, 13.

Taruffo, M. (2012). *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.

Vallejos, J. C. (2004). *La prueba civil. Visión actual de su concepto, carga, valoración y del procedimiento*. Posadas, Acuario.

Vernengo, R. J. (1995). *Curso de teoría general del derecho* (2a edic.). Buenos Aires, Depalma.

Vigo, R. L. (1981). “La ética de la magistratura judicial”. En *La función judicial*. Depalma, Buenos Aires.

Vigo, R. L. (2006a). *Interpretación Jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Vigo, R. L. (2006b). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas* (2a edic.). Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Vigo, R. L. (2010). *Las causas del Derecho* (2a edic.). Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Vigo, R. L. (febrero de 2010). Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional. *Suplemento de Derecho Constitucional*, 11/02/2010, La Ley 2010-A.

Vigo, R. L. (2013). La racionalidad en el derecho. Consultado el 28/7/2016 en <https://www.racmyp.es/docs/corr/Rodolfo%20Vigo%2013-2-14.docx>.

Vispo, G. M. (2017). Prueba pericial anticipada. Un mecanismo viable para la justa e informada composición de los conflictos. En G. A. Vispo, A. Kees y O. B. Salóm, *Nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco. Ley 7950. Comentarios sobre los ejes temáticos de la reforma – Esquemas procesales* (pp. 145-154). Resistencia, Contexto.

JURISPRUDENCIA

Cám. Apel. Civ. Com. de Resistencia, Sala 4a, “*Grow S.R.L. en Autos: “Grow S.R.L. C/ Saucedo Pabla S/Juicio Ejecutivo”*”, Expte. N° 13.253/05 S/Recurso de Queja por Apelación Denegada”, Resolución N° 97, Expte. N° 22331/08, 31/03/2009.

Cám. Apel. de Resistencia (Sala 4a), “*Torres Enriqueta C/ Zacarias, Juan Carlos S/ Aumento De Cuota Alimentaria*”, Expte. N° 19401/07, 05/07/2007.

Cám. Apel. de Resistencia (Sala 4a), “*Torres Enriqueta C/ Zacarias, Juan Carlos S/ Aumento De Cuota Alimentaria*”, Resolución N° 176, Expte. N° 19401/07, 13/09/2007.

CSJN, “*Colalillo Domingo c/ Cía. de Seguros España y Río de la Plata*”, Fallos 238:550, 1957.

CSJN, “*Oilher, Juan C/ Arenillas, Oscar N.*”, Fallos 302:1611, 1980.

CSJN, “*Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Sergio Adrián Maldonado en la causa Maldonado, Sergio Adrián s/ materia: previsional s/ recurso de amparo*”, Sentencia 23/11/2004, Fallos 327:5210.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Mattar, Oscar Ruben C/ Sucesores de Lucia Guerra s/ Escrituración*”, Sentencia 08/03/2019, Expte. N° 14231/17. Consultado el 8/9/2019 en ftp://ftp.justiciachaco.gov.ar/listas/Juzgado_Civil_17_Pro/Juzgado_Civil_17_Pro_2019-03-11.Txt

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Cuadrado Luis Angel C/ Rodriguez Gabriela Alejandra S/ Cobro Ordinario De Pesos*”, Expte. N° 9337/09, 16/11/2010.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Cuadrado Luis Angel C/ Rodriguez Gabriela Alejandra S/ Cobro Ordinario De Pesos*”, Sentencia 22/02/2011, Expte. N° 9337/09.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Cooperativa ‘Chaco’ Consumo, Crédito, Vivienda, Farmacia y Turismo Social Limitada C/Monzon, Isidro S/Cobro Ordinario De Pesos*”, Expte. N° 12140/08, 7/02/2013.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Cooperativa ‘Chaco’*

Consumo, Crédito, Vivienda, Farmacia y Turismo Social Limitada C/Monzon, Isidro S/Cobro Ordinario De Pesos”, Sentencia 25/06/2013, Expte. N° 12140/08.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “*Kohl, Fabian Rodolfo C/ Moltrasio, Carlos Luis y Sanatorio Chaco S.R.L. y/o Quien Resulte Responsable s/ Daños y Perjuicios y Daño Moral*”, Expte. N° 7349, 1999, 27/06/2006.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “*Kohl, Fabian Rodolfo C/ Moltrasio, Carlos Luis y Sanatorio Chaco S.R.L. y/o Quien Resulte Responsable s/ Daños y Perjuicios y Daño Moral*”, Sentencia 31/03/2008, Expte. N° 7349, 1999.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “*Chavez, Cesar; Chavez, Juan Carlos; Chavez, Augusto Cesar y Chavez, Lucas Wilfredo c/ Policía de la Provincia del Chaco y Provincia del Chaco s/ Daños y Perjuicios*”, Expte. N° 14429/02, 19/06/2012.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “*Chavez, Cesar; Chavez, Juan Carlos; Chavez, Augusto Cesar y Chavez, Lucas Wilfredo c/ Policía de la Provincia del Chaco y Provincia del Chaco s/ Daños y Perjuicios*”, Sentencia 18/08/2015, Expte. N° 14429/02.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 4a Nom. de Resistencia, “*Tarjeta Naranja S.A. C/ Gusak, Claudia Vanesa S/ Cobro Ordinario De Pesos*”, Sentencia 30/10/2019, Expte. N° 12391/14. Consultado el 10/12/2019 en ftp://ftp.justiciachaco.gov.ar/listas/Juzgado_Civil_4_Pro/Juzgado_Civil_4_Pro_2019-11-01.Txt

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. N° 2 de la 3a Circ. Jud. de Villa Ángela, “*Ledesma Mirtha Ramona C/ Carlos Marcelo Ugarte Y/O Quien Resulte Propietario S/ Prescripcion Adquisitiva*”, Expediente N° 294, 2007, 10/05/2010.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. N° 2 de la 3a Circ. Jud. de Villa Ángela, “*Ledesma Mirtha Ramona c/ Carlos Marcelo Ugarte y/o Quien Resulte Propietario s/ Prescripción Adquisitiva*”, Sentencia 11/10/2011, Expediente N° 294, 2007.

STJCh, Sala 1a Civ. Com. Lab., “*Romero, Juan Manuel c/ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos s/ Medida Cautelar Innovativa (Legajo De Apelaciones)*”, Resolución 22/02/2016, N° 312/15-2-C, 2015.

STJCh, Sala 1a Civ. Com. Lab., “*Romero, Juan Manuel c/ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos s/ Medida Cautelar Innovativa (Legajo De Apelaciones)*”, Sentencia N° 197, 14/07/2016, N° 312/15-2-C, 2015.

ANEXO

Resoluciones y Sentencias analizadas en el Capítulo V

Cám. Apel. de Resistencia (Sala 4a), “*Torres Enriqueta C/ Zacarias, Juan Carlos S/ Aumento De Cuota Alimentaria*”, Expte. N° 19401/07, Resolución: 05/07/2007.

Cám. Apel. de Resistencia (Sala 4a), “*Torres Enriqueta C/ Zacarias, Juan Carlos S/ Aumento De Cuota Alimentaria*”, Expte. N° 19401/07, Resolución N° 176, 13/09/2007.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Cuadrado Luis Angel C/ Rodriguez Gabriela Alejandra S/ Cobro Ordinario De Pesos*”, Expte. N° 9337/09, Resolución: 16/11/2010.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Cuadrado Luis Angel C/ Rodríguez Gabriela Alejandra S/ Cobro Ordinario De Pesos*”, Expte. N° 9337/09, Sentencia 22/02/2011.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Cooperativa ‘Chaco’ Consumo, Crédito, Vivienda, Farmacia y Turismo Social Limitada C/Monzon, Isidro S/Cobro Ordinario De Pesos*”, Expte. N° 12140/08, Resolución: 7/02/2013.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 17a Nom. de Resistencia, “*Cooperativa ‘Chaco’ Consumo, Crédito, Vivienda, Farmacia y Turismo Social Limitada C/Monzon, Isidro S/Cobro Ordinario De Pesos*”, Expte. N° 12140/08, Sentencia: 25/06/2013.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “*Kohl, Fabian Rodolfo C/ Moltrasio, Carlos Luis y Sanatorio Chaco S.R.L. y/o Quien Resulte Responsable s/ Daños y Perjuicios y Daño Moral*”, Expte. N° 7349, 1999, Resolución: 27/06/2006.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “*Kohl, Fabian Rodolfo C/ Moltrasio, Carlos Luis y Sanatorio Chaco S.R.L. y/o Quien Resulte Responsable s/ Daños y Perjuicios y Daño Moral*”, Expte. N° 7349, 1999, Sentencia 31/03/2008.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “*Chavez, Cesar; Chavez, Juan Carlos; Chavez, Augusto Cesar y Chavez, Lucas Wilfredo c/ Policía de la Provincia del Chaco y Provincia del Chaco s/ Daños y Perjuicios*”, Expte. N° 14429/02, Resolución 19/06/2012.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. 5a Nom. de Resistencia, “*Chavez, Cesar; Chavez, Juan Carlos; Chavez, Augusto Cesar y Chavez, Lucas Wilfredo c/ Policía de la Provincia del Chaco y Provincia del Chaco s/ Daños y Perjuicios*”, Expte. N° 14429/02, Sentencia:

18/08/2015.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. N° 2 de la 3a Circ. Jud. de Villa Ángela, “*Ledesma Mirtha Ramona C/ Carlos Marcelo Ugarte Y/O Quien Resulte Propietario S/ Prescripcion Adquisitiva*”, Expediente N° 294, 2007, Resolución: 10/5/2010.

Juzg. 1a Inst. Civ. y Com. N° 2 de la 3a Circ. Jud. de Villa Ángela, “*Ledesma Mirtha Ramona c/ Carlos Marcelo Ugarte y/o Quien Resulte Propietario s/ Prescripción Adquisitiva*”, Expediente N° 294, 2007, Sentencia: 11/10/2011.

STJCh, Sala 1a Civ. Com. Lab., “*Romero, Juan Manuel c/ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos s/ Medida Cautelar Innovativa (Legajo De Apelaciones)*”, N° 312/15-2-C, 2015, Resolución: 22/02/2016.

STJCh, Sala 1a Civ. Com. Lab., “*Romero, Juan Manuel c/ Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos s/ Medida Cautelar Innovativa (Legajo De Apelaciones)*”, N° 312/15-2-C, 2015, Sentencia N° 197, 14/07/2016.