

¿EXISTEN NUEVAS REGLAS DE VALORACION DE LA PRUEBA?

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

Últimamente conversamos con Roland, sobre la importancia que tenía registrar las nuevas pautas que surgen del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), y su impacto en el proceso, pues si bien coincidíamos que se trataba de una obra con una carga importante de normas procesales, es necesario permitir su desarrollo, verla en funcionamiento, para no caer en la extemporaneidad de una crítica prematura, más allá que algunas cosas de las que en esas charlas pensábamos, ya se puedan vislumbrar.

En esa línea, entre tantos temas procesales que se han abordado en el nuevo código, existe también una intromisión especial en materia de prueba, tema tan caro para Roland, que lo abordó en infinidad de oportunidades, no solo en su libro sobre esa materia, sino en innumerables cantidad de trabajos, y lo sigue haciendo.

Por lo tanto, en este trabajo y como homenaje a quien tanto trabajó en esta temática, intentare describir lo que teníamos a la luz del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), hasta el dictado del

CCCN y el nuevo panorama que se presenta en materia de valoración de la prueba.

La vinculación que existe entre las reglas de la sana crítica que manda observar el CPCCN, al juez para evaluar los hechos materia de debate y elaborar su sentencia, se deben adosar y complementar con las nuevas pautas que surgen –sobre todo- del título preliminar del CCCN, más allá de la innumerable cantidad de normas que contempla este nuevo ordenamiento en materia probatoria.

De ahí que surja la cuestión que encabeza como sumario este trabajo, pues el art. 386 del CPCCN es claro en su redacción, con lo cual este análisis consistirá en determinar la existencia de nuevas pautas (o no), para la valoración de la prueba.

2.- LA APRECIACION DE LA PRUEBA EL CODIGO PROCESAL

Como señala Falcón, siguiendo a Calamandrei y Clariá Olmedo¹, apreciar significa poner precio, es decir tasar o valorar algo, y en este caso puntual, si aludimos a la prueba, la apreciación (judicial) importará, ni más ni menos, que un juicio de valor de parte del juez para saber cuánto vale aquélla, no sólo por su grado de verosimilitud, sino fundamentalmente por su concordancia o discordancia con los hechos invocados por las partes en el proceso.

¹ Falcón, Enrique M.; Código cit., T. III, p. 175.

Sin perjuicio de señalar que es el juez quien tiene que apreciar la prueba, ya que se trata de una función de su exclusiva incumbencia, no se puede dejar de señalar que también las partes, en tanto el trámite del proceso así lo habilite, tienen a su cargo esta tarea en oportunidad de producir sus alegatos.

Devis Echandía² distinguía con claridad tres aspectos básicos que hacen a la función valorativa, habiendo determinado a quien le incumbe la tarea de apreciar, y qué cosa significa apreciar, conviene detenerse en analizar esos tres aspectos que debe cumplimentar el juez, que son: la percepción, la representación o reconstrucción, y el razonamiento (deductivo o inductivo)³.

El juez entra en contacto con los hechos mediante la percepción u observación, sea directamente o de modo indirecto a través de la relación que de ellos le hacen otras personas o ciertas cosas o documentos, es una operación sensorial.

Debe ponerse el máximo cuidado en esta operación perceptiva, para precisar con exactitud, en cuanto sea posible, el hecho, o la relación, o la cosa, o el documento, o la persona objeto de ella, pues solo así se podrá apreciar luego su sinceridad y su verdad o falsedad.

² Devis Echandía, Hernando; Compendio de la Prueba Judicial, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2000, T. I, p. 142 y ss.

³ Es de destacar que en esta línea, se encuentra enrolada gran parte de la doctrina para analizar la tarea que lleva a cabo el juez. El propio Devis Echandía cita en ese sentido por ej. a Carnelutti, Lessona, Ghorpe, entre otros (Ob. cit., p. 142).

Una vez percibidos aisladamente los hechos, a través de sus medios de prueba, es indispensable proceder a la representación o reconstrucción histórica de ellos, no ya separadamente sino en su conjunto, poniendo el mayor cuidado para que no queden lagunas u omisiones que trastorquen la realidad o la hagan cambiar de significado.

Esa representación o reconstrucción, puede hacerse respecto de algunos de los hechos por la vía directa de la percepción u observación, pero a muchos otros se llega indirectamente, por la vía de la inducción, es decir, infiriéndolos de otros hechos, porque solo los segundos y no los primeros, son percibidos por el juez, o también deduciéndolos de reglas generales de experiencia.

Como en la observación directa opera siempre una actividad analítica o razonadora, por elemental y rápida que sea, mediante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos, hay entonces una actividad inductiva que consiste precisamente en sacar de tales datos una conclusión. De ahí que la tercera fase del proceso de valoración de la prueba, sea la intelectual o la de raciocinio o razonamiento, sin que esto signifique que deba estar precedida por la segunda o de reconstrucción, porque, al contrario, se desarrollan por lo general simultáneamente, y también, en ocasiones, a un mismo tiempo con la primera o perceptiva (cuando el juez debe resolver no bien conoce los hechos a través de las pruebas).

Por la inducción, se conocen las reglas de experiencia que le sirven de guía al criterio del juzgador y le enseñan qué es lo que ordinariamente ocurre en el mundo físico o moral, gracias a la observación de los hechos y de las conductas humanas, y de tales reglas se deducen consecuencias probatorias.

Devis Echandía además de lo expuesto, destaca la trascendencia de la función de la lógica en estas operaciones de valoración de la prueba.

Señala que sin ella no puede existir valoración. Se trata de razonar sobre la prueba aún directa, como ya hemos observado, por lo cual la lógica es indispensable para el correcto razonamiento. Cuando se hacen inferencias de los hechos, cosas o personas observados, gracias a la inducción, o se califican los casos particulares de acuerdo con deducciones de reglas de experiencia, se aplican inexorablemente los principios de la lógica.

No se trata de una lógica especial, diferente de la común o general, solo tiene la peculiaridad de que siempre debe basarse en la experiencia y de que se aplica a casos particulares y prácticos, por lo cual nunca se tratará de lucubraciones meramente teóricas o de razonamientos a priori.

Hasta aquí, este es el razonamiento que tradicionalmente ha hecho la mayoría de la doctrina para interpretar y a su vez describir en qué consiste la tarea de valoración de la prueba.

Cuando se examina la prueba desarrollada en un proceso en forma integral, con el objeto concreto de fijar los hechos para la sentencia, conforme las pautas a las que estábamos acostumbrados a la luz del CPCCN hasta el presente, se llevaba a cabo la operación de subsunción jurídica, es decir, como enseña Couture⁴, elevar esos hechos que han sido fijados, merced a la apreciación del juez (esto quiere decir tenerlos por ciertos para el proceso), para sumergirlos en la norma abstracta, y así entonces crear la norma individual, que va a constituir la sentencia de ese proceso.

Desde luego que esa tarea está a cargo no solo del juez al elaborar su sentencia, sino además de las partes al producir sus alegatos, por lo que convendría antes de analizar si existen nuevas pautas a la luz del CCCN, tener en cuenta los distintos sistemas de valoración que usualmente se tienen en cuenta para ello.

3.- LOS METODOS DE VALORACION_

Los distintos métodos de valoración de la prueba sobre los que ha discurrido la doctrina, si bien no de un modo uniforme, con ciertas

⁴ Couture, Eduardo J.; Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, 3ra. ed., 1990, p. 285.

aproximaciones que permiten concluir, que si bien en principio, existen tres sistemas o métodos de valoración: el de la prueba tasada, el de las libres convicciones y el de la sana crítica, otros autores como Palacio, por ejemplo, en nuestro país, o Devis Echandía, los reducen a dos, incluyendo al de la sana crítica dentro del segundo de los mencionados, postura esta mayoritaria actualmente en la doctrina.

Lo importante a destacar en este aspecto, es por un lado, la finalidad didáctica que persigue toda clasificación, a fin de abordar los tres sistemas de valoración de la prueba, y por otro, que estos sistemas no son absolutos o excluyentes, por lo que pueden coexistir con respecto a distintos medios probatorios en un mismo ordenamiento, sin perjuicio de que en la actualidad predomina una tendencia a favor del sistema denominado de la sana crítica.

Por lo tanto, si se avanza sobre el conocimiento de los dos mecanismos tradicionales de valoración de la prueba, como son el de la prueba tasada y el de las libres convicciones, consideramos oportuno recordar, como señala Muñoz Sabaté, las razones o motivos que trajeron aparejada la instauración de ambos⁵.

Señala Muñoz Sabaté –siguiendo a Furno- que dos concepciones antitéticas sirven de base a cada uno de los dos sistemas probatorios

⁵ Muñoz Sabaté, Luis; Técnica Probatoria – Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso; Ed. Praxis, Barcelona, 1983, p. 89 y ss.

extremos que pueden imaginarse en abstracto y que la historia nos enseña que han sido experimentados en la práctica.

Una, la romano-clásica, realista, inspirada en criterios lógicos de razón jurídica. Otra, la germánica, mística, informada por el dogma primitivo de la superstición religiosa, intolerante y ciega. Usando la actual terminología, corresponde llamar a ambos sistemas, de libre apreciación y de prueba legal, respectivamente.

Por lo tanto, para marcar una primera diferencia, el sistema de la prueba legal, tasada o tarifada, implica que el legislador de antemano determina el valor que corresponde atribuir a la prueba, o impone o excluye a otros para la demostración de los hechos.

Mientras que -por el contrario- el sistema de la libre convicción, supondría que el juez puede asignarle a la prueba, la eficacia que discrecionalmente su conciencia le aconseje, al margen o con abstracción de lo que resulte de ella.

Como señala Couture, en este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de ella y aún en contra de ella⁶, lo que en la actualidad constituiría una enormidad

⁶ Couture, Ob. cit., p. 273.

jurídica que no solo está en contra de la imparcialidad, sino de la propia función jurisdiccional⁷.

Los orígenes históricos de la denominada prueba tasada, llamada también sistema de las pruebas legales, se deben ubicar en la influencia del proceso germánico formal, en el proceso común. Así, se formaron una serie de reglas que determinaban en qué casos el juez debía considerar probado un hecho, o atribuir fe a un testimonio, por ej.: en cuanto a los testimonios, se estableció que todo hecho debía estar probado al menos por dos testigos.

Ese proceso germánico formal, primitivo, estaba fundado en bases totalmente diferentes de las que se fundan los ordenamientos judiciales modernos, y en efecto la antigua concepción germánica del proceso, reflejaba el mismo sentimiento de superstición mística de que estaban influenciadas las actividades de aquella gente, sentimiento que les llevaba a considerar el poder hacer justicia, no como propio de los hombres, sino como atributo de la divinidad, omnipotente y omnisciente, con la consecuencia de que el juicio, en su integridad se configurara como una invocación o una invitación a la divinidad, para

⁷ En punto a lo expuesto, señala Liebman que “valoración libre de la prueba no significa en absoluto facultad para el juez de formar su convicción de modo subjetivamente arbitrario; libertad quiere decir uso razonado de la lógica y del buen sentido, guiados y apoyados por la experiencia de la vida” (Liebman, Enrico T.; Manual de Derecho Procesal Civil, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ed. E.J.E.A., 1980, p. 289).

que se designase manifestar, por signos tangibles, sus inescrutables designios.

Para facilitar la respuesta divina (Juicio de Dios), la invocación era seguida por pruebas de fuerza o de destreza (duelo, prueba de fuego, etc.), o por la afirmación solamente del propio derecho (juramento con carácter sagrado prestado generalmente por terceros, llamados conjuradores o compurgadores), cuyo resultado simboliza la decisión, sin que hubiese modo de distinguir entre el hecho y el derecho. El juez no tenía más función que la de controlar, con su presencia, la regularidad de la práctica de las pruebas y de su resultado, adaptando a él su decisión y garantizando su acatamiento por medio de la autoridad.

Sostiene Taruffo, que la construcción de este sistema que suele denominarse como de prueba legal, rígido, formalista, que está presente durante toda la época conocida como de derecho común, consistía en un juicio de hecho que perseguía la racionalización de toda valoración probatoria, de modo de evitar así cualquier tipo de arbitrariedad.

Por eso, considera que ese método es casi un producto cultural, originado en el criterio jurídico formalista, analítico y categorizante, más que un simple fenómeno de carácter legislativo. Se trata más de un

criterio metodológico, que de un típico criterio racional de carácter funcional.

Siguiendo la línea de la doctrina italiana (Denti, Salvioli, Capelletti), se reitera Taruffo en sostener que la racionalidad funcional del sistema de la prueba legal consiste principalmente en la exclusión de la arbitrariedad subjetiva de un juez, que era producto de una amplia y difundida desconfianza social, de ahí que no se trate de un verdadero criterio de carácter funcional, sino más bien metodológico⁸.

Por oposición a la anterior, existe la prueba no tasada, conocida en forma genérica y ambigua como prueba libre o de libertad de apreciación o libres convicciones. No puede considerarse un sistema en sí mismo, pues cubre un amplio espectro que va desde la arbitrariedad absoluta a la sujeción más o menos rigurosa a reglas científicas y experienciales. Esta apreciación puede denominarse igualmente de apreciación judicial o de libertad judicial.

Aquí se produce un fenómeno muy particular, pues describe bien Taruffo que se pasa de una racionalidad positiva, caracterizada por la existencia de reglas para la valoración de las pruebas, a una racionalidad “negativa”, que se caracteriza –en sentido inverso- por la carencia de reglas para la valoración de las pruebas.

⁸ Taruffo, Michele; *La Prueba de los Hechos*, Ed. Trotta, España; Traducción de la obra original “*La prova dei fatti giuridice*”, Daniel Mendonca y Jordi Ferrer Beltrán, 2002, p. 388.

De tal modo la libertad de convicción se convierte en sinónimo de discrecionalidad incontrolada, y la falta de esos criterios tradicionales abre el camino al subjetivismo de la intuición irracional como instrumento para la formulación del juicio de hecho. Así la valoración de las pruebas queda sustraída al dominio de cualquier racionalidad lógica, científica o inclusive de sentido común para situarse en un espacio ideal en el que el único criterio es la falta de criterio⁹.

En este contexto, si el sistema de las libres convicciones debiese ser interpretado con la amplitud que marca Couture, vale decir como una apreciación singularmente subjetiva del valor o eficacia de la prueba al margen de lo que pudiese resultar de los antecedentes de autos, cabría pues la distinción con el sistema denominado de la “sana crítica”, de otro modo, esto es, cuando se excluye tal discrecionalidad, no existiría

⁹ Taruffo, Ob. cit., p. 398; quien además apunta que en todas las legislaciones del sistema del civil law, el sistema de las libres convicciones se ha convertido en una cláusula típica de las legislaciones procesales, advirtiendo que a menudo sufre excepciones de carácter relevante, pues no supone en absoluto el uso de métodos racionales para la valoración de las pruebas. En este sentido, el sistema que el denomina de libres convicciones, debemos asimilarlo en nuestro art. 386 al sistema que el legislador llama “sana crítica”, y como veremos, esa norma contiene esa restricción a la que alude Taruffo, en donde el legislador de antemano le señala al juez algunas pautas de las que no se puede apartar, adelantándonos a mostrar la coexistencia de los dos sistemas por los que nos consultamos en este trabajo.

Sin perjuicio de ello es útil tener presente que de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal en materia de arbitrariedad (precisamente a la que alude Taruffo), la doctrina de la Corte señala que “lo atinente a la valoración de la prueba es materia propia de los jueces de la causa y ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte (Fallos 253:496; 299:229; 300:390; 300:982; 301:449; 302:142; 302: 1574, entre muchos otros), salvo que la sentencia que se impugne haya prescindido del examen de una prueba conducente para la solución del caso, en donde por vía de excepción la Corte ha declarado procedente el recurso extraordinario federal (Fallos 322:122).

base sustancial para distinguirlos, tal como lo destacan Palacio, Arazi y Devis Echandía, entre otros.

4.- LA SANA CRÍTICA_

Toca analizar ahora el sistema denominado sana crítica. En este sentido, es importante señalar, siguiendo a Sentis Melendo, que la doctrina no ha sido uniforme en el uso de ese vocablo, llegando a provocarse algunas confusiones, por lo cual Sentis llegó a sostener que “nadie nos ha podido decir, ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, qué es la sana crítica”.

Señala Falcón algo que es importante destacar y que también hace a la vaguedad de la fórmula sana crítica, y es que los países no hispano-americanos prácticamente desconocen el término, con la excepción de Gorphe, existiendo así dos posturas: a) la dualista, para la cual la sana crítica es una posición intermedia entre la prueba legal y la libre convicción; y b) la tesis monista, para la cual hay dos sistemas, el de la prueba libre y tasada. En el segundo caso, sana crítica significa lo mismo que libres convicciones, sana lógica y otros términos similares¹⁰.

En consecuencia si tenemos en cuenta lo que señalaba Sentis Melendo, con relación a la vaguedad del término sana crítica, resultaría importante poder delimitarlo, para conocer su significación y alcance.

¹⁰ Falcón, Enrique M.; Tratado de la Prueba, Ed. Astrea, 2003, T. I, p. 566.

En este sentido, es importante el origen histórico que surge de la pormenorizada investigación llevada a cabo por Falcón, pues ello nos permitirá una aproximación suficientemente importante a su real contenido¹¹.

Señala este autor, la necesidad de separar el origen jurídico del término, del origen del concepto. En cuanto al origen del término en el campo jurídico, se encuentra en el Reglamento del Consejo Real de España de 1846. Aclarando a continuación, que el vocablo sana crítica no apareció de manera casual. Fue expuesto por primera vez por D'Alambert en el Discurso Preliminar de la Enciclopedia Francesa, al referirse al nacimiento de las ciencias posteriores a la escolástica.

Esta obra de 1751, fue el origen del término sana crítica en español, que fue incorporado al Diccionario de la Real Academia Española en la 12da. edición de 1889, como una variante de la 5ta. acepción significando "libre de error y de vicio".

Pero aquí también tuvo influencia la doctrina, señaló Falcón pues Bellot asegura, que el cantón de Ginebra en 1819 establecía reglas para la apreciación de la prueba, que se separaban de la concepción de las pruebas tasadas, siguiendo los lineamientos de los Códigos de Procedimiento Civil francés de 1807 y penal de 1808, preparándose así el camino hacia la apreciación científica de la prueba.

¹¹ Falcón, Tratado..., T. I, p. 563.

Esta evolución es sintetizada por Bentham, quien señala que a medida que los conocimientos psicológicos fueron desarrollándose, se han abandonado aquellos medios singulares y extravagantes a los que se tenía que recurrir para la investigación de las verdades legales: las ordalías, los combates judiciales, los juramentos expurgatorios, las torturas. Los procedimientos han dejado de ser un juego de azar, los lógicos han reemplazado a los exorcistas y a los verdugos.

Devis Echandía, siguiendo a Couture, considera a las reglas de la sana crítica como un standard jurídico, esto es un criterio permanente y general para la valoración de la prueba judicial, y agrega el maestro rioplatense al analizarlas que ante todo son reglas de correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez¹², pues agrega, que el juez, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente.

Esa manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Por lo tanto, conceptualizar a la sana crítica, advirtiendo el origen histórico del término señalado, y lo que tiene entendido la doctrina, en

¹² Couture, Ob. cit., p. 270.

cuanto a la compaginación de las máximas de experiencias del juez, con el juicio lógico que merece la solución de todo proceso, es un método científico que tiene por objeto determinar cual de las posiciones del pleito es la correcta, en punto a los hechos afirmados, para incluirla dentro del plexo de la norma abstracta, y así aplicar el derecho a la cuestión planteada¹³.

5.- ¿CUALES SON LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA?

En líneas generales seguimos a Falcón en este tema¹⁴, a partir del desarrollo histórico que lo llevó a indagar sobre el sentido de las reglas de la sana critica Según este autor, la pregunta que cabe formular es si existen esas reglas, y en su caso, de dónde surgen.

Es evidente que la respuesta viene dada por las creaciones que culturalmente a través del tiempo ha hecho, no sólo la ciencia, sino además las creencias o influencias que se dan en toda sociedad en todo tiempo histórico, por lo cual a ellas conviene denominarlas como influencias culturales, para distinguirlas de las primeras, y a su vez de las técnicas, que son un desprendimiento también de los desarrollos o avances que tiene la ciencia.

¹³ Señala Falcón (Tratado cit., T. I, p. 565) que “la sana crítica es el conjunto de preceptos o reglas para juzgar la verdad de las cosas, libre de error o de vicio”.

¹⁴ Falcón, Enrique M.; Tratado..., T. I, p. 573 y ss.

Todo ello, sin dejar de lado por cierto, lo que hemos identificado, como la lógica, la experiencia, el buen criterio del juez, o las máximas de experiencia como se la denominó siempre, entre otras.

De tal forma, constituye un esfuerzo difícil de concretar la exposición de estas reglas, sin perjuicio de lo cual, trataremos de reflejarlas en su aplicación al proceso civil, y puntualmente, como lo denominamos al comienzo del trabajo, en lo relacionado con la construcción de una sentencia, momento máximo de la jurisdicción, a través del cual se creará la norma individual que dirima el conflicto.

Conforme este objetivo, el juez deberá analizar cuáles hechos tendrá por fijados en la causa, lo que significa referir los hechos que ha tenido por acreditados en el proceso, para luego sumergirlos en la norma (o normas) abstracta desde donde podrá elaborar la norma individual o sentencia.

- Primera regla: *“solamente se prueban los “hechos” alegados por las partes”.*

Ya ha quedado superada la discusión sobre si se prueban los hechos o las afirmaciones de las partes sobre ellos, en el sentido, que la prueba debe versar sobre aquellas alegaciones efectuadas por las partes con relación a la plataforma fáctica en la que sustentan su pretensión, por lo cual los hechos deben ser articulados adecuadamente, en tiempo y

forma oportunos, de modo de permitir su conocimiento por la jurisdicción.

- Segunda regla: *“los “hechos” deben ser controvertidos”.*

Esto no significa otra cosa más que reflejar la gradación que se va produciendo en los hechos, pues por un lado deben ser afirmados por las partes, en segundo lugar deben ser controvertidos, es decir ser objeto de prueba, pues el reconocimiento importa que queden exentos de ello, y finalmente esos hechos deben ser conducentes, es decir, propender a la consecución del máximo grado de certeza posible al juez para la elaboración de su sentencia.

Desde luego que ello se vincula con la pertinencia a la que alude el art. 364 del Código Procesal, el cual refiere que únicamente serán materia de prueba los hechos articulados por las partes en sus escritos introductorios, es decir aquellos que pertenecen al proceso, y que por ende guardan directa relación con aquello que es materia de debate central en la causa.

- Tercera regla: *“aplicar primero las reglas de la prueba tasada, sean tales o provengan de presunciones legales”.*

Esto importa la necesidad, como lo hemos señalado, que el juez respete lo que el legislador le impone de antemano frente a una determinada

situación, ya sea que proviene de la letra de la propia ley, como la restricción que establece el art. 427 del Código Procesal a la declaración de algunos parientes, como asimismo que provenga de una consecuencia impuesta también por el legislador, como la que establece el art. 356 frente a los documentos que no son negados en cuanto a su autenticidad.

- Cuarta regla: *“algunos medios de prueba son más fiables que otros y tienen que ser más certeros (examen estático)”*.

Este examen lo lleva al juez al análisis de cada medio de prueba en particular, por el cual obtendrá algunas conclusiones que desde luego requiere que no se pierda de vista, el peso que pueden merecer algunos medios de prueba frente a otros, desde el punto de vista del mayor o mejor conocimiento que aportan al juez.

- Quinta regla: *“examinar los medios de prueba en su conjunto y coordinarlos para obtener una solución única (examen dinámico)”*.

Es de hacer notar, que el juez en un proceso se encuentra con dos posturas diferentes, por lo cual ahora corresponderá analizar los medios de prueba en su faz dinámica, correlacionándolos entre sí, y analizándolos a la luz de las diferentes historias puestas de manifiesto por cada una de las partes, las que pueden llevar al convencimiento del juez, cuál de las posiciones en el pleito es la correcta o verdadera.

- Sexta regla: “aplicación de presunciones y examen de la conducta de las partes”.

Existen dos aspectos todavía a tener en cuenta, que conforman esta séptima regla, por un lado las presunciones, sean hominis o judiciales, que van a complementar a los medios de prueba producidos en la causa, ya sea porque a través de la combinación de ellos, surjan indicios suficientemente graves, precisos y concordantes, como lo requiere el art. 163 inc. 5to. del Código Procesal, para llevar al convencimiento del juez que las cosas sucedieron de una determinada manera, o bien porque a través del análisis estático de las pruebas, surjan vestigios que unidos a la luz de los hechos expuestos, lleven a esa misma conclusión al juzgador.

También señala la norma antes citada, en el párrafo siguiente, que a su vez, la conducta observada por las partes podrá constituir un elemento de convicción para el juez, ya sea por la aplicación de la teoría de los actos propios, como asimismo por las posturas que hayan sustentado las partes en sus escritos postulatorios y el devenir posterior de su actuación.

- Séptima regla: “aplicación de la teoría de la carga de la prueba”.

En este caso la regla alude a la posibilidad de que aún producidas todas las pruebas, y llevado a cabo el análisis precedente, igual existieran dudas en el juez.

En ese supuesto, el juez no puede sustraerse de su deber de dictar sentencia (conforme el principio non liquet), por lo tanto aquí jugará esta regla, que hará pesar las consecuencias que prevé el art. 377 del Código Procesal, sobre aquélla parte que tenía a su cargo demostrar la existencia de un determinado presupuesto fáctico en el cual basó sus pretensiones, o bien porque se encontraba en condiciones apropiadas para hacerlo y no lo hizo.

Del marco legal que rodea la cuestión surgirá esta consecuencia, que se constituirá en un elemento corroborante para el juez a la luz de los elementos colectados en el proceso.

- **Octava regla:** *“narrar el desarrollo de la investigación y las conclusiones de modo de demostrar la certeza que se ha adquirido en virtud de un procedimiento racional y controlable”.*

Esto no significa otra cosa más que apuntalar el conocimiento al que accedió el juez, demostrando que se trata de un procedimiento de carácter científico en virtud del cual las partes pueden controlar su desarrollo.

6.- EL SISTEMA ACTUAL O LA COEXISTENCIA DE SISTEMAS

Fijado este concepto del sintagma “sana crítica”, conviene reparar -a modo de conclusiones previas- en el mecanismo observado por nuestro ordenamiento adjetivo, para la apreciación de la prueba por parte del juez, conforme lo normado en el art. 386.

Como fuera adelantado, dicha norma señala, en su primera parte, que: *“salvo disposición en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica”*, por lo que adopta el sistema de la prueba legal, en su primera parte, ya que su redacción se inicia con la frase “salvo disposición legal en contrario”; y continúa con el de la sana crítica, al cual se refiere seguidamente, no sólo en la norma mencionada, sino además al regular la prueba de presunciones (en el art. 163 inc. 5to.), al referirse a la prueba testimonial (art. 456) o al aludir a la pericial (art. 477).

De ello se desprende que en nuestro ordenamiento adjetivo conviven ambos sistemas, pues si bien se puede sostener, que el CPCCN se enrola en el método de la sana crítica, también es dable concluir como que la frase “salvo disposición legal en contrario”, nos introduce dentro del sistema de la prueba tasada, debido a la influencia que todavía se mantiene por los antecedentes históricos puestos de manifiesto.

Esta circunstancia se reedita ahora por la fuerza que impone el CCCN que da muestras de la necesidad de cohabitación de estos dos sistemas, pues si bien alude expresamente a la observancia de la sana crítica¹⁵, existen diversas normas que responden al sistema de apreciación tasada de antemano por el legislador.

Por ejemplo, el nuevo código unificado marca un precio para los documentos, pues su valor probatorio es abordado en el art. 296 para los instrumentos públicos, marcando una diferencia importantísima con la distinción que se hace en la doctrina entre falsedad material, intelectual e ideológica, dejando para las dos primeras variantes el inc. a) de esa norma, y para la última el inc. b).

Si se correlaciona ello con las previsiones del art. 319 del CCCN, se puede advertir que también se ha puesto precio a la prueba de los instrumentos privados, restando señalar entonces los mecanismos que deberán contemplar la ley procesal para la redargución o la adveración que en cada caso corresponda.

También pone un marco al valor probatorio de las actas notariales, pues en el art. 312 señala el alcance que debe tener la interpretación de esas actas conforme su contenido, lo que importa una clara directiva hacia el

¹⁵ Sirva como ejemplo el art. 1019 que alude a los medios de prueba en los contratos y señala expresamente que los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial... Aquí se ve con claridad la coexistencia de sistemas que venimos aludiendo.

juez, precisamente por el alcance que corresponde darle al art. 1 de este nuevo ordenamiento.

En línea con lo expuesto, están concebidas las normas de los arts. 330 y ss. del nuevo ordenamiento, que señala precisamente la eficacia probatoria que tienen los libros de contabilidad, todo lo cual analizado a la luz del art. 386 del Código Procesal, da cuenta de la posible compatibilización de ambos cuerpos legales.

En línea con ello, es importante registrar las observaciones que ya había hecho Morello en esta materia¹⁶, pues destacaba que la aceleración con la que se están produciendo los cambios en el seno de la sociedad, por el avance de la ciencia y la técnica, y a su vez la modificación de pautas de carácter cultural, genera dificultades a veces insoslayables en la tarea judicial, que importa que tanto jueces como árbitros, muchas veces se enfrenten a pruebas que denomina “atípicas”, por su alta especialidad, por su carácter netamente científico, lo que obliga al juez a una más afinada elaboración de sus respuestas.

Sirva como muestra de lo señalado, las previsiones del art. 579 del CCCN, que contempla la prueba genética, variante o manifestación concreta de la llamada “prueba científica”. Señala esa norma que en las

¹⁶ Morello, Augusto M.; La prueba (tendencias modernas), Ed. Abeledo-Perrot, 2da. ed. ampliada, 2001, p. 207.

“acciones de filiación” se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos.

Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente, circunstancia que marca una impronta por demás particular para la valoración que corresponda a la jurisdicción.

El nuevo marco legal que rodea esta materia, igualmente permite –con una adecuada razonabilidad- permitir que se conserve la flexibilidad suficiente, para que de la coexistencia puesta de manifiesto, en los sistemas de valoración probatoria, se permita ese conocimiento más preciso y esas respuestas más afinadas que reclamaba no solo el maestro platense, sino ahora el propio CCCN por lo que corresponderá entonces a los operadores jurídicos (jueces y abogados) mantener el nivel que las exigencias de los nuevos tiempos requieran.

7.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO O LOS NUEVOS PARADIGMAS QUE NACEN DEL CCCN

La Comisión de Juristas a cargo de la elaboración del nuevo ordenamiento civil y comercial, ha puesto sobre el tapete esto que ha dado en llamar la constitucionalización del derecho privado, desde luego a fin de justificar la existencia de nuevos paradigmas, y evitar – como lo hicieron saber- una división tan marcada entre la órbita de lo público y lo privado.

El CCCN es un sistema¹⁷. Y como tal, la Comisión Redactora decidió una influencia radial para este ordenamiento. Así, se decidió incorporar un título preliminar en el cual, desde el proyecto, se reconoce que se está ante un “sistema de fuentes complejo”, en el que se exige “un diálogo” entre esas fuentes que incluyen “no solo reglas, sino también principios y valores”.

Se advierte así un alejamiento del positivismo legalista, y un acercamiento al pensamiento de la razón práctica, que se conoció también como “no positivista” o “principalista”.

En este sentido, por un lado tenemos, una creciente constitucionalización del ordenamiento jurídico, por el otro, se traslada el nervio central de la vida jurídica a la sentencia judicial, al poner el acento en “el caso”.

¹⁷ “... el trabajo en torno al sistema sigue siendo una tarea permanente: sólo es preciso hacerse cargo de que ningún sistema puede dominar deductivamente la plétora de problemas; el sistema tiene que permanecer abierto. Es solo una síntesis provisional”. Larenz, Karl “Metodología de la ciencia del derecho”, Ed. Ariel, Barcelona, 2001, p. 171.

Serían dos notas de este nuevo CCCN su “constitucionalismo” y su “judicialismo”. Ambas -en conjunto- derivan en una tercera nota, que es el resguardo de la persona como fundamento del ordenamiento jurídico¹⁸, más allá del cambio de paradigmas que el propio ordenamiento ha generado en diversas líneas¹⁹.

De este modo tenemos en este CCCN la atención a bienes individuales y colectivos, los derechos sobre el cuerpo humano, el papel de los consumidores, el medio ambiente, etc., entre otros aspectos novedosos y también tantos otros que fueron cercenados por el Ejecutivo²⁰.

El punto aquí sería reconocer que es que un código abierto por definición, es decir, permeable a los problemas que ofrece la realidad y a las normas que se van sistematizando bajo la estructura de los “principios”, que abre la puerta a la argumentación en la sentencia, pudiendo ponderar valores y que en definitiva busca encontrar soluciones filtradas por la idea de la razonabilidad.

¹⁸ Ver Rabbi Baldi Cabanillas, Renato “Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del anteproyecto del Código Civil y Comercial de 2012”, en Rivera, Julio C. (director), Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p 23 y ss.

¹⁹ Vitolo, Daniel R., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado, Ed. Erreius, T. I, p. XXXIV.

²⁰ Sirva como ejemplo la responsabilidad del Estado que llevó al dictado de una legislación específica (ley 26.944), o las modificaciones que se introdujeron en materia de obligaciones de dar sumas de dinero (arts. 765 y 766), o las restricciones que se crearon dentro del arbitraje con la interferencia judicial que se pretendió generar, entre otros.

Por eso, si bien el estudio de los principios en el nuevo Código, su relación con la prueba, y su incidencia en nuestra materia, justifica un estudio profundo y extenso, lo cierto es que proponemos que no sea este el tiempo de cerrar posiciones, de decir “esto está definitivamente bien”, o “definitivamente mal”, por el contrario, que sea un tiempo para intercambiar reflexiones, estudiar, repensar, o descubrir los matices que requieran ajustes, porque también ahora es el tiempo en el que tendríamos que pensar y proponer las respuestas, para crear en la realidad nuevos sistemas que puedan recepcionar esta nueva dinámica, con los principios constitucionales, y con los que ahora surgen de este nuevo CCCN.

Resulta necesario y positivo ver este sistema en funcionamiento y, que se vaya completando, interpretando, modificando, encontrando su sentido, a través de la función jurisdiccional y de la labor de cada uno de los operadores jurídicos.

Los principios, como ideas rectoras, son por un lado fuente de derecho y por otro lado, criterios de interpretación, tanto de las normas como de las soluciones a dar a un conflicto entre derechos igualmente reconocidos. También son límites a soluciones legislativas, judiciales y negociales.

El art. 2 del CCCN trae un cambio importante, regulando los principios y valores jurídicos como directriz de interpretación de las leyes. Es claro que se trata de una norma dirigida primordialmente a los jueces: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Seguidamente, incorpora distintos métodos interpretativos, que en muchos sentidos pueden contraponerse entre sí. Se reconocen métodos legalmente válidos de interpretación: a) Interpretación literal (“las palabras”); b) El método teleológico (“las finalidades de la norma”); c) La analogía (“las leyes similares”); d) Normas de jerarquía superior (“Las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos”); e) Los principios; f) Los valores jurídicos; g) La coherencia del sistema.

Como se aprecia el art. 2 CCCN que alude a la interpretación de la ley, remite a una directriz que requiere tener en cuenta “los principios y valores jurídicos”, la diferencia entre ambos conceptos es simplemente el diverso aspecto desde el que se los contempla: deontológico en el caso de los principios y axiológico en el caso de los valores²¹.

²¹ Ver Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, “Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en Rivera, Julio C. (director), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 23 y ss. Idem, Negri, Nicolás J.; El nuevo código y los valores

Cuando antes aludíamos al “judicialismo”, es de destacar que además de un juez que tiene métodos de interpretación legalmente regulados, el nuevo CCCN en su artículo 1ro. se refiere a “los casos” que ese Código rige, y de los fundamentos se desprende que la Comisión redactora sostuvo que: “se prefiere incluir pocos artículos para mantener una regulación austera que permita el desarrollo jurisprudencial”. Esto es realmente un cambio de paradigma con la idea codificadora decimonónica, la que pretendía concentrar la totalidad de la vida jurídica a lo dispuesto en los códigos.

En línea con ello, señaló Lorenzetti²², que lo importante de este nuevo ordenamiento, es que defina los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento. Esa es la proposición metodológica central que tiene el proyecto hoy convertido en realidad.

Con este Código se deposita en la función jurisdiccional, y en la actividad de los operadores jurídicos, la misión de perfilar el sentido y destino de este nuevo ordenamiento. Inclusive la Comisión redactora consideró “inconveniente una enumeración de principios y de valores por su carácter dinámico”, de ahí la interpretación que le diéramos en el punto anterior.

jurídicos, L.L. 21/1/16.

²² Código Civil y Comercial de la Nación, Palabras Preliminares del Dr. Ricardo L. Lorenzetti, Ed. Erreius, p. 2.

Lo cierto es que conforme lo expuesto hasta aquí, existe una clara incidencia del nuevo ordenamiento civil y comercial en materia procesal, pero justo es reconocer que esa incidencia tiene el carácter principiológico al que aludíamos al comienzo de este trabajo, pues enmarca distintos aspectos en una línea no solo novedosa, por la incorporación de nuevos medios de prueba, como es el caso –por ejemplo- de la genética, sino además porque marca límites al valor probatorio de esos medios de prueba.

Es decir, el nuevo ordenamiento brinda pautas que tienen que ver con la valoración de un determinado medio de prueba, o bien, con los recaudos que se deben observar para su validez, o pautas interpretativas para su producción, con la proyección que esto implica al estar incluidas dentro de la legislación sustancial.

8.- CONCLUSIONES PRELIMINARES

Es de toda evidencia que en materia de prueba, y más aún de su valoración, solo podemos extraer algunas conclusiones preliminares ya que estamos frente a un nuevo escenario predispuesto por el nuevo CCCN, y en la necesidad de correlacionar su alcance con las previsiones del CPCCCN a fin de su compatibilización.

De tal modo existen infinidad de normas en el CCCN que predisponen a la jurisdicción a una interpretación de antemano ya definida, lo que

acerca el ordenamiento al sistema de la prueba tasada, vgr. los arts. 987, 989, o que marcan una impronta específica para lo que constituía una regla técnica para el juez como el régimen de la carga de la prueba, como los arts. 890, 894, 1734, 2243, o bien para la fijación de los medios de prueba, como los arts. 1020 o 2013, o en su caso las pautas que le fija a la jurisdicción -similares a la prueba genética antes referida- como el caso de la prueba de oficio que contempla el art. 709.

Es decir existen un cúmulo de normas de neto corte procesal que apuntan al desarrollo de un nuevo paradigma específicamente en materia probatoria, no solo por el rol que se le asigna a la jurisdicción, la carga que se le impone a las partes, la forma en que se persigue la acreditación de determinados extremos, sino además la influencia que todo ello ejerce en la valoración de la prueba, pues lejos de la coexistencia de sistemas aludido, es de toda evidencia que hay una nueva forma de desarrollar la actividad jurisdiccional, no solo por la inmediación a la que se propende, en especial a través de la oralidad, sino porque ello va a permitir un conocimiento mucho más afinado al tiempo de la decisión de mérito.

Todo ello persigue una finalidad clara, que no es otra que hacer justicia con mayor eficiencia y plenitud, atendiendo a las circunstancias del caso en concreto y sus proyecciones, tanto internas como externas, para lo cual la mirada que aquí importa es tener en cuenta los principios que

surgen de la Ley Fundamental, que es la visión neoconstitucional – como la identificada alguna línea de la doctrina- que no es otra que apuntalar a la constitucionalización del derecho privado con una mayor flexibilidad para la jurisdicción para interpretar el derecho que no solo está contenido en la letra de la ley²³.

Lo que se puede advertir de la introducción del CCCN, completada con el art. 3 dirigido específicamente al juez, señalándole que debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión “razonablemente fundada”, es que ha quedado de lado el positivismo *a outrance*, y se ha mutado por una variación que lleva a una especie de principiología apoyada en un desarrollo con un cariz neoconstitucional como el apuntado.

Ya no existe un estado de derecho meramente legislativo, sino que existe un estado constitucional de derecho, en donde los principios que emergen de nuestra Ley Fundamental y los Tratados internacionales de Derechos Humanos cobran un rol preponderante para valorar la letra de la ley.

Esa valoración se convirtió en una ponderación que lleva al intérprete a no poder desentenderse del contexto en el cual aplica la norma. No es suficiente aplicar la fría letra de la ley a través de una mera operación

²³ Ver Prieto Sanchis, Luis; El constitucionalismo de los derechos, Ed. Trotta, Madrid, 2013, p. 44.

de subsunción jurídica, sino que ahora se requiere una ponderación mucho más acabada, a la luz de la Ley Fundamental y de los Tratados internacionales.

Esto provoca una apertura y por ende una impronta muy peculiar a lo que puede significar la concepción de los principios como aquellos estándares de interpretación que se mencionaran anteriormente, no sólo porque ello viene impuesto no solo por la letra de la Ley Fundamental sino por derecho supranacional, y además porque también cobran vida en la realidad jurídica local principios con un alcance distinto a aquella mirada que hoy puede ser denominada histórica²⁴.

²⁴ La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “la falta de adecuación del derecho interno al art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos no constituye óbice para viabilizar su aplicación, pues la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que por su índole pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legal alguna”(Fallos 325:524). En este precedente se observa la continuidad de la misma línea que había diseñado la Corte en el caso *Ekmekdjian c/Sofovich* (Fallos 315:1492), en donde se expidió en un sentido similar con respecto a la interpretación del derecho a réplica, como manifestación de la libertad de prensa y consagrándolo también como derecho humano esencial, modificando una propia postura que había sostenido pocos años antes.