

¿PRINCIPIOS O LIMITES EN MATERIA PROBATORIA EN EL CCCN?

Por Jorge A. Rojas y Romina Soledad Moreno

“En todas las culturas jurídicas se repite un ciclo que consta de descubrimiento de problemas formación de principios y consolidación de sistemas”¹

1.- Introducción

Nuestro país tiene un nuevo sistema en funcionamiento, que es el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), novel aún pues tiene escasa vigencia. Es un Código abierto desde su propio origen, desde las mismas intenciones explícitas de la Comisión Redactora.

La cuestión que se plantearía ab initio sería ¿abierto a qué? La respuesta sería a la interpretación, a que pueda ser completado a través de la labor que desarrollen los operadores jurídicos, en especial aquellos que deban cumplir la función jurisdiccional. Es un Código cuyo sentido lo vamos a encontrar en muchos aspectos, a través de la función jurisdiccional.

Esta es la impronta que le marcan sus primeros artículos, este es el diálogo de fuentes al que aludía la Comisión de Juristas que lo elaboró, y esta particularidad que lo distingue hace que jueguen diversos factores con un norte fundamental que no es otro que la razonabilidad, como guía para las decisiones que se generen a partir de su aplicación.

El CCCN es un sistema². Y como tal, la Comisión Redactora decidió una influencia radial para este ordenamiento. Así, se decidió incorporar un título preliminar en el cuál, desde el proyecto, se reconoce que se está ante un

¹ Esser, Josef, “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”, trad. por Eduardo Valentí Fiol, Ed. Bosch, Barcelona, 1961, p. 10.

² “... 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.

“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”.

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 jurídico³, más allá del cambio de paradigmas que el propio ordenamiento ha generado en diversas líneas⁴.

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 Ejecutivo⁵.

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.

³ 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.

⁴ Vitolo, Daniel R., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado, Ed. Erreius, T. I, p. XXXIV.

⁵ 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 la dinámica de esta nueva realidad, 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.

Si recordamos el art. 16 del Código de Vélez, allí los principios tenían un carácter supletorio, es decir se recurría a ellos para resolver cuestiones que no tienen solución en la ley o la costumbre, ello así pues disponía que los jueces no pueden dejar de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

El art. 2 del CCyCN trae un cambio importante, regulando los principios y valores jurídicos como directriz de interpretación de las leyes. Claramente es 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.

En este trabajo, vamos a concentrarnos en desentrañar el sentido de algunos principios, que se presentan como directrices o mandatos, más que como principios generales tradicionales, y veremos cómo impacta todo ello en el ámbito del derecho probatorio que es el que aquí nos ocupa.

2.- Principios, interpretación y el nuevo código

¿De qué hablamos cuando hablamos de principios? Tanto se dijo sobre esto, que resulta difícil encontrar una definición que nos resulte completa, por eso resulta útil identificar aquello que caracteriza a los principios para saber cuándo estamos frente a un principio.

Alexy afirma que los principios “son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados”. Por eso sostiene: “no se trata de normas vagas sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma: jurídica; en cuanto al fondo: moral”⁶.

Por su parte Dworkin señala que un principio es un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad⁷.

⁶ Alexy “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Doxa, Alicante, 1988, p. 143/144.

⁷ Dworkin, Ronald; Los derechos en serio, Ed. Ariel; 2010, p. 72.

En general la doctrina coincide en caracterizar a los principios como directrices o normas fundantes, para no limitarlo únicamente a los preceptos escritos, sin perjuicio de que en muchos casos hayan sido positivizados y que muchas veces vengán enuncados en el reconocimiento de nuevos derechos.

Pero muchas veces confundimos los principios con los sistemas, toda vez que por ejemplo, el nuevo CCyCN que en el art. 706 señala que el proceso de familia deberá respetar varios principios, y entre ellos, señala: la oralidad, pero ¿la oralidad es un principio?

A los fines de caracterizar a los principios, es importante resaltar que si bien pueden estar positivizados en la letra de la ley, y marcar una línea clara y definida, también constituyen estándares interpretativos para definir situaciones que pueden generar dudas al momento de resolver un conflicto, al momento de elaborar una resolución, de argumentarla, de fundamentarla.

Tan es así que el art. 2 CCCN que se refiere a la interpretación de la ley, remite a una directriz interpretativa que es tener en cuenta a “los principios y valores jurídicos”, nos adelantamos en señalar que 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 valores.

Entonces, si pensamos que los principios son aquello que nos permite dar comienzo a algo, pero también un norte, es decir, un punto de partida pero también aquella guía que nos señala el camino a seguir, el fin que perseguimos. Y si pensamos en las fuentes del derecho procesal, representadas por la constitución, la ley, la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina, entonces lo importante sería identificar desde donde puede surgir un principio.

Y en este punto, los principios –en tanto se encuentren positivizados- son los presupuestos políticos –agregamos de contenido jurídico- que determinan la existencia de un ordenamiento cualquiera⁸.

⁸ Díaz, Clemente; “Instituciones de Derecho Procesal”, Ed. Abeledo Perrot, T. I, p. 212.

Entonces, es de la Constitución Nacional de donde surgen las pautas que nos permiten inferir la existencia de esos principios, como de esos nuevos derechos que marcan un nuevo rumbo.

Así por ejemplo: el art. 18 CN dispone que nadie puede ser penado sin juicio previo. El art. 17 CN dispone que nadie puede ser privado de su propiedad si no es a través de una sentencia fundada en la letra de la ley.

Estos son –a modo de ejemplo- algunos principios que hacen al debido proceso legal. En idéntico sentido, el principio de igualdad ante la ley de todas las personas, que contempla el art. 16 de la CN y el art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

De esos tratados internacionales también surgen otros principios en idéntico sentido, como por ejemplo, el que podríamos denominar: principio de eficacia de la ley, en virtud del cual la tutela que debe obtener el justiciable tiene que ser efectiva e inmediata.

Lo que es claro es que son principios que surgen de nuestra Ley Fundamental, de tratados internacionales o de normas convencionales de carácter constitucional, también de reglas morales admitidas por la sociedad, o de reglas científicas, y que el legislador tiene como norte, el cual debe observar, toda vez que no podría dictar una ley contraria a esos principios.

Por eso, son principios los que derivan de la CN y de los tratados internacionales que tienen su misma jerarquía, que una vez positivizados, resultan fundantes de un ordenamiento cualquiera. En esa línea se puede advertir que se ha trabajado en el nuevo CCCN.

De este modo, dentro del proceso, y contemplando el debido proceso legal, esos principios que hemos mencionado a modo de ejemplo, representan el principio de congruencia, ya que el juicio previo no solo es el desarrollo desde el punto de vista formal del proceso, sino el juicio de valor que hace la jurisdicción sobre

cuál de las dos posiciones en el pleito es la correcta o verdadera, conforme las reglas de la sana crítica.

En el mismo sentido el art. 17 refleja una manifestación del principio de legalidad, y el art. 16 refleja el principio de igualdad que en ambos casos son llevados al proceso, no en forma expresa, sino a través del sistema que diseñó el legislador a esos fines, que no es otro que el Código Procesal, que al igual que el nuevo ordenamiento CCCN, también es un sistema.

Por eso, la clave para identificar a los principios, más allá del impacto que genera su aplicación, es que se presentan en la realidad con una sola faceta. Nunca esos principios, aún pertenecientes al proceso, pueden observar una dualidad. No existe el principio de igualdad ante la ley y uno de desigualdad. Tampoco el principio de congruencia y el de incongruencia. No existe el principio de legalidad frente a otro de ilegalidad.

Esa dualidad es la que se puede advertir en los sistemas, porque allí es el legislador quien decide que vía elegir a los fines de la creación del sistema.

Esto es importante destacarlo porque el nuevo CCCN denomina principios a algunos sistemas, que ahora deberán ser observados por el legislador procesal con sumo cuidado para evitar su lesión en el diseño de un nuevo sistema procesal.

Algunos de estos aspectos se reflejan en materia probatoria, por lo cual señalaremos algunos ejemplos para mostrar el impacto que ha provocado este nuevo código dentro del ámbito del proceso.

3.- La función jurisdiccional y la regulación de la prueba en el CCCN_

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 Lorenzetti⁹, 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.

Corresponde ahora vincular el razonamiento precedente con los principios que surgen del CCCN en materia probatoria. Para ello, corresponde advertir con carácter previo que los arts. 75 inc. 12 y 126 de la CN delegan en el Congreso Nacional la elaboración de la legislación sustancial, y que se excluye de esa solución al derecho adjetivo o de forma.

A su vez, el art. 121 de la CN establece que las provincias se reservan para sí las facultades no delegadas al gobierno central, es decir, entre otras, legislar respecto de los códigos procesales dándose su propio régimen de administración de justicia.

No obstante ello, a través de un argumento de autoridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido una vieja doctrina en virtud de la cual, resulta posible legislar sobre normativa procesal cuando tenga estricta relación

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, Palabras Preliminares del Dr. Ricardo L. Lorenzetti, Ed. Erreius, p. 2.

para la aplicación de los códigos de fondo y propender a su mayor eficacia (Fallos 138:157).

La regulación de normas procesales en las leyes de fondo –como el código que nos ocupa- persigue unificar lineamientos que se consideran fundantes de un nuevo orden jurídico. Es decir, puede resultar conveniente establecer un cuerpo normativo general (vgr. validez de las pruebas y actos procesales). De hecho existe la ley de concursos y quiebras con alcance nacional, siendo de neto corte procesal y en los códigos también se pueden encontrar reglas o principios de corte procesal para toda la Nación¹⁰.

Pero lo cierto es que luego de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, no podemos dejar de advertir que la injerencia de lo nacional en lo provincial debe ser muy restringida. Y tal como sostiene Falcón, ello sería por tres razones:

- 1.- Por la autonomía del derecho procesal.
- 2.- Por la existencia de Códigos que el constituyente no puede ignorar.
- 3.- Por haber mantenido la materia sustancial y la procesal que consideró no delegadas (art. 75 inc. 12)¹¹.

Lo cierto es que el CCCN contiene abundante normativa procesal, y legislar sobre “actividad probatoria”, es legislar sobre una institución elemental del proceso. Es regular sobre aquello que en definitiva puede sellar el destino del caso, con la implicancia que todo ello tiene para el montaje de los sistemas apropiados a esos fines, lo que implicaría una intervención indirecta en las autonomías provinciales, propendiendo a un nuevo sistema procesal pues la legislación sustancial así lo impone.

4.- La incidencia del CCCN en materia probatoria

¹⁰ Vgr. la ley 20.094 que contiene un sistema cautelar típico para el control de averías.

¹¹ Falcón, Enrique M., “El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 146.

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.

No podría abordarse en este trabajo cada uno de los preceptos que se refieren a la prueba en el ordenamiento civil y comercial, y sus proyecciones sobre la esfera procesal, pero al solo efecto de que se pueda advertir lo señalado precedentemente, tomaremos algunos ejemplos de todo ese volumen normativo que se contempla en materia probatoria.

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

Más allá de la impropiedad de la voz acción en lugar de pretensión, lo cierto es que se ha incorporado un medio de prueba específico que no estaba contemplado en forma concreta, sino como una especie de desprendimiento de la prueba pericial, denominándosela muchas veces como prueba científica.

Hoy el desarrollo de la ciencia, se ve concretado en la normativa analizada, lo que marca una impronta muy particular, no solo por las facultades que tiene la jurisdicción de actuar de oficio, sino además por la envergadura que se le reconoce a este medio de prueba que en ese tipo de procesos hoy resulta excluyente.

No obstante ello, sobre la base del principio de amplitud probatoria, se dispone en esa norma que se admiten toda clase de pruebas. Sin embargo, se ha remarcado la importancia de la prueba genética, por el sustento científico que tiene y, más allá de la redundancia en la que pueda caer ese precepto, surge con claridad que en todo el territorio nacional se deberá tener en cuenta este principio ordenatorio para la órbita de los procesos de filiación, registro del que deberá tomarse nota en el ámbito procesal.

Sucede algo similar con la prueba documental, pues si bien existía una regulación tanto en el viejo Código Civil, como en los ordenamientos procesales de todo el país, lo cierto es que nuevamente insiste la legislación sustancial en marcar pautas, no solo de reconocimiento, interpretación y valoración, sino que condiciona así a la regulación procesal futura que se haga sobre ella.

Obsérvese que al margen de la valoración que pueda merecer la distinción entre instrumentos privados firmados y no firmados, lo cierto es que se reconoce expresamente en el art. 286, que tanto los instrumentos públicos, como los privados, como los denominados particulares por no estar firmados, pueden hacerse constar en cualquier tipo de soporte, con lo cual excede el precepto al papel, en tanto su texto resulte inteligible, aunque para su lectura se exijan medios técnicos.

Este es un avance que se compadece en lo que al derecho procesal importa, con las previsiones de la ley 26.685 que crea el expediente digital, con lo cual el registro que ha tenido la comisión de juristas es que el documento interpretado –como lo ha hecho la mayoría de la doctrina- como manifestación del pensamiento, ya no solo está instrumentado en papel, sino que pueden ser tales los que tienen otra expresión en la realidad.

Y así es recogido el tema por el art. 287 cuando alude a los instrumentos, sean públicos o privados, señalando que comprenden a todo escrito, indicando como tales -entre otros- a los impresos, los registros visuales o auditivos, de cosas o hechos y cualquiera sea el medio empleado para los registros de la palabra y de información.

Esto no es otra cosa más que darle acogida en la letra de la ley a una realidad que se ha hecho más que palpable, que consiste en los avances que ha producido la ciencia y la tecnología en materia de lo que aquí representa prueba documental.

Con la sabiduría que lo caracterizaba, Palacio enseñaba que la prueba documental admitía una clasificación en cuanto a los documentos en literales y materiales, señalando que los primeros eran todos aquellos que se manifestaban por escrito; mientras que los restantes, eran manifestaciones del pensamiento que implicaban un registro de un dato o de alguna cosa.

Hoy esa clasificación puede tener pleno valor, solo que las distinciones se hacen más finas, por la recepción que ha tenido el nuevo CCCN respecto a todas esas manifestaciones del pensamiento que podríamos denominar virtuales, que no son otra cosa, más que el avance generado por la tecnología, en materia de comunicaciones.

A su vez, el nuevo ordenamiento marca un precio para todos esos documentos, pues el valor probatorio para la prueba documental también es abordado por el nuevo CCCN, en el art. 296 para los instrumentos públicos, marcando una

diferencia importantísima con la distinción que se hace en la doctrina entre falsedad material e intelectual y falsedad 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 juez, precisamente por el alcance que corresponde darle al art. 1 de este nuevo ordenamiento.

En todos los casos se advierte que es el juez el que debe apreciar la prueba, esto es, como enseñaba Clariá Olmedo, ponerle un precio a la prueba, que no es otra cosa que valorarla a la luz de las reglas de la sana crítica.

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 de las que prevé el art. 386 del Código Procesal, da cuenta de la posible compatibilización de ambos cuerpos legales.

Precisamente esa última norma señala, que “salvo disposición legal en contrario”, los jueces formarán su convicción, y seguidamente contempla las reglas de la sana crítica como sistema de valoración de la prueba.

Sana crítica, a partir de los estudios que llevó a cabo Falcón¹², significa conocer cuál de las dos posturas que sustentan las partes en el pleito es la correcta o verdadera, libre de error o de vicio. Este último es el sentido del sintagma sana crítica.

¹² Falcón, Enrique M. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, T. IV.- p. 969 y ss.

Pero como se advierte, la coexistencia de los sistemas se mantiene, toda vez que señala el precepto procesal, que ello lo llevará a cabo el juez “salvo disposición legal en contrario”. Esto es un resabio de lo que se conoció antiguamente como prueba tasada, pero es importante destacarlo, porque acá nuevamente el legislador señala pautas de valoración al juez, que no son otras que las directrices a las cuales estamos haciendo referencia desde el comienzo de este trabajo, denominando principios, a algunos de esos presupuestos que no pueden ser dejados de lado, pues están dirigidos especialmente al juez y para resolver los casos que se sometan a su decisión.

Tal vez, éste ámbito de la prueba documental sea uno de los que mayor riqueza ofrece en cuanto a la incidencia que pueden provocar esas normas en el proceso.

No obstante, existen otras que también ejercen una clara influencia dentro de lo que denominamos principios de carácter ordenatorio, como las pautas que surgen del art. 710 que establecen los principios en materia probatoria que deberá observar el proceso de familia, o el mismo art. 706, que marca una impronta muy particular para la concepción de un nuevo proceso de familia.

Señalan esas normas, que los procesos de familia se rigen por los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, en forma genérica, y en materia de prueba los de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.

Esa aclaración que formula la última parte de la norma, podría compatibilizarse con el segundo párrafo del art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que señala que cada una de las partes debe acreditar los presupuestos de hecho en los cuales fundamenta sus pretensiones, lo que implica una regla técnica para el juez al momento de valorar la prueba analizando quien debía probar, y además quien estaba en mejores condiciones para hacerlo.

Ahora bien, la parte final del art. 710 del CCCN resulta confusa, a partir, del término “finalmente” que contempla esa norma, toda vez que señala que: la prueba recae “finalmente” en quién esté en mejores condiciones de probar. Ese término, de carácter temporal, por sí mismo, es el que desorganiza el contenido del precepto.

La diferencia de lo previsto en la última parte de ese artículo para los procesos de familia, y lo regulado en los artículos 1734 y 1735 con respecto a la responsabilidad civil, y la prueba de los factores de atribución y los eximentes, es que en los procesos de familia, el legislador optó por establecer directamente y para todos los supuestos, que la carga de la prueba recae en quién esté en mejores condiciones de probar, sin ningún tipo de advertencia previa por parte del juez como se prevé en el art. 1735 (que además depende de las circunstancias del caso)¹³.

En consecuencia, es importante destacar la propuesta por parte del codificador, de dos sistemas diversos, según la índole de las pretensiones ejercidas.

En línea con lo expuesto, contiene el nuevo CCCN muchas otras normas que aluden no solo a la carga de la prueba, como los arts. 545, 546, 710, 1734 y 1735, sino además, otras normas vinculadas al ámbito probatorio, sirva solo a modo de ejemplo, las previsiones de los arts. 335 y 336 que alude a la prueba en los procesos de simulación, o el art. 512, que refiere a la prueba de la unión convivencial, o los arts. 1019 y 1020 que aluden a la prueba de los contratos.

Una solución diversa se presenta con relación a la prueba testimonial, porque en este caso sí se requiere de una compatibilización del sistema que se diseñe con los nuevos preceptos del CCCN.

¹³ Artículo 1735: *Facultades judiciales*. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

Sirva como ejemplo, la edad de los testigos, ya que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación señala en el art. 426 que toda persona mayor de catorce años puede ser propuesta como testigo, y ese límite bien señala Falcón, estuvo en concordancia con las previsiones del viejo art. 125 del Código Civil de Vélez, en razón que se consideraba a los 14 años como la entrada en la pubertad.

Hoy el nuevo CCCN ha variado la edad de la pubertad, y considera como la entrada a la adolescencia a los 13 años (art. 25), lo que es evidente que requiere una adaptación para la órbita procesal.

En el mismo sentido, se plantea dentro de los procesos de familia el choque que se produciría con la interpretación del art. 427 del Código Procesal¹⁴, que señala un límite concreto a aquellas personas que no pueden ser citadas a declarar y las previsiones del actual art. 711 CCCN¹⁵, circunstancia que también requerirá de adaptaciones en los sistemas a los fines de evitar debates innecesarios, tal como señala también Falcón, al marcar las distinciones que esa normativa requiere¹⁶.

Entre la gran cantidad de normas que aluden a la materia probatoria, hemos señalado algunas, a modo de simple ejemplificación, para marcar los límites que impone el CCCN, que no son otros que influenciar a través de principios liminares que en algunos supuestos -como señalamos- resultarían sistemas, como la oralidad en el diseño de un nuevo proceso de familia, pues vienen impuestos por el legislador y no por el constituyente, y se presentan en la

¹⁴ Dispone esa norma: Testigos excluidos.- No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firmas.

¹⁵ Artículo 711: *Testigos*. Los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos. Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados.

Si bien se advierte de dicho precepto que no se señala a qué parientes se refiere, existe un amplio margen de discrecionalidad a favor del juez para determinar la viabilidad de la producción de la prueba, circunstancia importante a tener en cuenta para el diseño del sistema apropiado en un futuro sistema procesal.

¹⁶ Falcón, Enrique M.; "El Derecho Procesal en el ..." cit., p. 340.

realidad con una doble faceta por la que permite ejercer su opción conforme las circunstancias de lugar y tiempo en que se pretendan llevar a cabo.

Esos límites, constituyen siempre directrices que se imponen como principios, con un carácter esencialmente ordenatorio y que marcan un camino a seguir por la impronta que le señalan fundamentalmente al legislador para el diseño de un sistema procesal adecuado, que los contemple con la razonabilidad que el nuevo paradigma que se intenta gestar lo pretende.

Couture enseñaba que es indiferente el cuerpo codificado en que las leyes estén insertas, pues las normas que aluden a la prueba son normas de esencia procesal, por eso corresponde apresar, frente a cada caso concreto la esencia procesal o no procesal de la ley, por lo que considera que si ésta por su contenido, tiende a describir ese tipo tan particular de relación continua y dinámica que denominamos proceso y que se revela por esa noción de marcha que va desde la demanda hasta la ejecución; si encontráramos en la ley esa nota, si halláramos en ella la descripción de cómo se debe realizar u ordenar el cúmulo de actos tendientes a la obtención de una decisión judicial susceptible de ejecución coactiva por parte de los órganos del Estado, esa ley será procesal y como tal se la debe tratar¹⁷.

Por eso, la clave para poder entender cómo se materializará en la realidad el desarrollo de todo el nuevo sistema civil y comercial que contempla este ordenamiento, implica tanto en materia probatoria, como en cualquier otra, como el caso de las cautelares, o de los procesos que se intentan perfilar como el de familia, es el diseño que van a tener los sistemas que contemple el legislador, para que se plasmen en la realidad esas directrices que viene a proponer el nuevo CCCN.

5.- La concreción en la realidad: los sistemas

¹⁷ Couture, Eduardo J.; "Estudios de Derecho Procesal Civil", Ed. Depalma, T. III, p. 47.

¿Qué son los sistemas? Está claro que esos principios que se han diseñado en el CCCN y que hemos identificado como directrices a observar, no resultan suficientes para que un determinado ordenamiento cobre vida en la realidad si no es a través de su aplicación específica, ya que le servirán de fundamento o sustento suficiente al ordenamiento adjetivo para permitir el desarrollo de un proceso.

Por ejemplo, no vamos a encontrar en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación norma alguna que aluda al mantenimiento de la igualdad de las partes, al juicio previo, a la ley anterior al proceso, sin perjuicio de ello, el proceso ha sido estructurado sobre esas bases. El desarrollo de esos principios han sido observados como guía para que el legislador pueda delinear el sistema.

Por eso, los sistemas los podemos identificar como “aquellas formas metódicas a través de las cuáles los principios cobran vida dentro de un ordenamiento –en este caso procesal- cualquiera”¹⁸. Constituyen formas metódicas, porque es la manera en la cual esos principios pueden resultar operativos en los casos concretos, y los diseña el legislador teniendo en cuenta la noción de debido proceso legal, que viene impuesta por la Ley Fundamental y los Tratados internacionales a los que ha adherido nuestro país.

Por esa razón, hoy el legislador para el proceso de familia no puede optar por un sistema totalmente escrito, porque la ley sustancial indica otra cosa, ni tampoco se puede apartar del principio de oficiosidad, en cambio, podrá optar para otro tipo de proceso –vgr. de índole patrimonial- por el sistema dispositivo. En idéntico sentido, puede optar por un tribunal unipersonal u otro colegiado, o por el sistema de preclusión en lugar del de unidad de vista, etc.

Todas esas variantes provienen de decisiones que tienen que ver con políticas públicas desarrolladas por el legislador, que es quien opta por razones de mayor conveniencia por una u otra alternativa. Es claro que no es lo mismo

¹⁸ Díaz, Clemente; Ob. cit. T. I, p. 298.

estructurar un sistema escrito que uno oral, toda vez que las previsiones y los medios a tener en cuenta –entre otros aspectos liminares- serán diversas en uno y otro caso.

Así dentro del sistema “proceso ordinario”, el legislador diseñó un determinado sistema probatorio, uno recursivo, uno cautelar, etc., que podrían ser identificados como subsistemas dentro de aquél, pero que por sus particularidades tienen un determinado comportamiento –por el procedimiento que se observa- que puede ser diverso en otro tipo procesal (por ejemplo: proceso sumarísimo).

Esto nos permite claridad para diferenciar cuando estamos frente a un principio, y cuando frente a la voluntad del legislador de crear un determinado sistema.

Y consideramos que ésta puede ser la clave de bóveda para poder no solo interpretar la nueva regulación del CCCN, sino además la forma en que se puede terminar de construir este nuevo paradigma, como lo ha identificado la comisión de juristas a cargo de su elaboración, precisamente porque la estructura desarrollada se completará a través de los sistemas que diseñe el legislador para el proceso, que no puede más que constituir otro nuevo desarrollo, que evidentemente se debe apartar de las estructuras conocidas hasta el presente, no solo porque la realidad lo impone, sino porque además resulta imprescindible que el justiciable obtenga una respuesta efectiva y razonable, sobre todo en función del tiempo y la calidad, de parte de la jurisdicción.

El agotamiento del viejo Código de Vélez, por imposición de la propia realidad, hace que no podamos seguir transitándola a través de sistemas que datan también del siglo XIX, no solo porque constituyen resabios que se fueron gestando desde la Edad Media, sino porque además no podría pensarse en una

justicia efectiva, sin un proceso y operadores jurídicos que así permitan su desenvolvimiento.