

PRINCIPIO DE BILATERALIDAD O CONTRADICCIÓN EN LA PRUEBA

por **Roberto G. LOUTAYF RANEA**
y **Ernesto SOLÁ**

(Publicado en “Elementos de Derecho Probatorio”, Jorge W. Peyrano Director, Silvia L. Esperanza – Ana Clara Pauletti – Ángel Fermín Garrote (h) Coordinadores, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, 2017, págs. 153 a 249.

INDICE

Concepto

Rige en el proceso civil y también en el penal

Fundamento

El debido proceso

El principio de igualdad

El principio de bilateralidad o contradicción en el ámbito fáctico y en el jurídico

Naturaleza del principio de bilateralidad o contradicción

Eventualidad de la contradicción

La garantía de la defensa en juicio no ampara la negligencia

Supuestos excepcionales de desplazamiento del contradictorio

Conflicto y controversia

Principales aplicaciones del principio de contradicción

El principio de bilateralidad o contradicción en materia de prueba

Cuestión de puro derecho

Concepto del principio de contradicción de la prueba

El principio de contradicción de la prueba como requisito esencial para su validez

El principio de contradicción de la prueba y la prohibición de aplicar el conocimiento
/privado del juez

El principio de contradicción y las distintas etapas del trámite probatorio

Prueba anticipada

El principio de contradicción y los distintos medios de prueba

Prueba confesional

Prueba documental

Prueba de informes

Prueba testimonial

Prueba pericial

Reconocimiento judicial

Dictámenes extraprocesales de expertos

Prueba trasladada de un expediente judicial a otro

Las medidas para mejor proveer y el principio de contradicción

Consecuencia de vulnerar el principio de contradicción: nulidad de la prueba

Costas derivadas de la producción de una prueba anticipada

El principio de contradicción y la motivación de la decisión judicial

La denegación del contradictorio como vicio del procedimiento

La omisión del contradictorio como vicio procesal

Principio de trascendencia

Principio de convalidación

Colofón

Concepto

Al principio de “*bilateralidad de la audiencia*”, también se lo suele denominar principio “*contradictorio*” o de “*contradicción*”, o principio de “*controversia*”¹.

Hay quienes precisan que el principio se denomina de “bilateralidad” de la audiencia. Pero el mismo da lugar a la utilización del método del contradictorio como el más conveniente para el descubrimiento de la verdad y el oportuno dictado de una sentencia justa.

Dice Couture que el principio de bilateralidad de la audiencia consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición². Palacio, a su vez, señala que el principio de contradicción es aquél que *prohíbe a los jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella*³. Alsina dice que el régimen de bilateralidad establece que todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de las partes; e importa la “contradicción (derecho a oponerse a la ejecución del acto) y el contralor (derecho a verificar su regularidad)”⁴.

Es que la decisión judicial no es fruto de una pura actividad oficiosa del tribunal, sino el resultado del proceso entendido como método pacífico y dialéctico de debate entre partes contrapuestas ante un tercero imparcial⁵: el debate es entre las partes, y el juez reviste la situación de un tercero ajeno que independiente e imparcialmente resolverá el conflicto planteado: la Declaración Universal de Derechos Humanos (que tiene jerarquía constitucional, según el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994), dispone en su art. 10 que *"toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia*

¹ CÓRDOBA, Marcos M. y DÍAZ SOLIMINE, Omar Luis: “Las limitaciones a la indagación de la realidad”, L.L. 2004-F-1253, ap. II,c.

² COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 183.

³ PALACIO, Lino E.: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 263.

Alsina dice que de acuerdo con el principio constitucional que garantiza la defensa en juicio, nuestro código procesal ha establecido el régimen de bilateralidad, según el cual todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria (ALSINA, Hugo: “Tratado...”, Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1963, pág. 457.

⁴ ALSINA, Hugo: “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1963, pág. 457. Conf. SAGÜÉS, Néstor P.: “Algunos aspectos de la bilateralidad en el juicio de amparo”, L.L. 155-102.

⁵ CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea A.: “¿Es el Derecho un juego de los jueces?”, L.L. 2008-D-717, ap. IV.

penal". Una norma similar contiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica- (art. 8°.1), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14). Como dice Ayarragaray, el órgano jurisdiccional está colocado como un tercero imparcial entre contradictores e insatisfechos⁶.

El principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia se lo suele representar a través del aforismo latino "*audiatur et altera pars*", o del menos conocido "*nemo debet inaudito damnari*"⁷. En Alemania se lo suele expresar a través del siguiente proverbio en rima; "*Eines mannes red ist keine red, der richter soll die deel verhoeren beed*" ("la alegación de un solo hombre no es alegación; el juez debe oír a ambas partes")⁸.

Para que tenga aplicación efectiva el principio de contradicción, antes de dictar sentencia sobre el fondo del asunto, debe notificarse adecuadamente a las partes de las distintas etapas fundamentales del procedimiento; porque lo contrario les impediría ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y se verían privadas, en forma incompatible con un adecuado servicio de justicia, de plantear cuestiones que pueden resultar conducentes para la correcta solución del juicio⁹.

Señala Calamandrei que el principio de *bilateralidad del proceso* no es, en sustancia, sino una consecuencia de la *bilateralidad de la acción*, que se presenta como una petición que una persona hace al órgano judicial de una providencia destinada a obrar en la esfera jurídica de otra persona; y presupone, por consiguiente, que frente a quien pide la sujeción de otro (*actor* en el proceso civil; *acusador* en el proceso penal), se encuentra alguien que debe ser sujetado (*demandado* en el proceso civil, *imputado* en el proceso penal), quien, por el *principio de contradicción* debe ser siempre admitido a hacer valer ante el juez todas las razones de derecho y de hecho que puedan servir para demostrar la falta de fundamento del reclamo de la contraria. De modo que el impulso y la colaboración en la jurisdicción le llegan al órgano judicial *de dos partes*; el juez no debe decir en virtud de una sola propuesta de providencia, sino que debe *escoger entre dos propuestas*, por lo general antitéticas¹⁰. Agrega luego que la estructura "dialéctica", que es propia del proceso, exige que todos los actos

⁶ AYARRAGARAY, Carlos A.: "Límites legales, procesales, políticos, sociales y económicos a la ejecución de sentencia", en Estudios de Derecho Procesal en honor a Hugo Alsina, Buenos Aires, Ediar, 1946, págs. 41 y ss., específicamente pág. 61.

⁷ DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 214 y nota 3.

⁸ WYNESS MILLAR, Robert: "Los Principios formativos del Procedimiento Civil", traducción de Catalina Grossmann, Buenos Aires, Ediar, 1945, pág. 47.

⁹ CSJN, 3-7-1990, "Corones, Gladis MI vs. Marval y O'Farrel", Gallos 313:577; L.L. 1990-D-536; DJ 1991-1-237.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero: "Instituciones de Derecho Procesal Civil", traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, volumen I, 1973, pág. 238-239.

realizados por una parte sean llevados a conocimiento de la parte contraria, a fin de que ésta pueda reaccionar oportunamente en defensa propia: el *principio del contradictorio* es la expresión fundamental de esta exigencia¹¹.

La razón de este principio, dice Ugo Rocco, consiste en el hecho que en la función de realización de los intereses tutelados por el derecho hay que tomar en cuenta, no sólo todo aquello que el actor, haciéndose iniciador del proceso, afirma, sostiene y prueba, sino también la posición del demandado, que tiene un interés perfectamente contrario al del actor; y sólo mediante el contraste de la posición del actor y de la posición del demandado podrá suministrarse al juez un exacto criterio de decisión, sobre la base del material de prueba y de las argumentaciones, en hecho y en derecho, que la una y la otra parte hayan desplegado en el desarrollo del proceso¹². Siendo incierto en el proceso de cognición cuál de las partes tiene efectivamente razón, y por tanto, cuál es la tutela acordada por el derecho a un determinado interés, el principio de igualdad importa que a la pretensión del actor al acogimiento de la demanda, corresponde una pretensión del demandado al rechazamiento de la misma¹³.

Coincidentemente, Redenti señala que la razón por la cual prescribe la ley la institución del proceso en contradictorio, es la de poner a aquel contra quien se dirige la acción-pretensión, en condiciones de hacer valer ante el juez sus razones y excepciones en sentido contrario¹⁴.

Rabbi-Baldi Cabanillas destaca la opinión de Salvatore Amato quien ha escrito que “toda la experiencia procesal se justifica en virtud de una hipótesis que hay que demostrar” en el contexto de un encuentro entre partes guiadas por un tercero imparcial. En efecto, “la conocidísima definición del proceso como *actus trium personarum* indica la extrema importancia del momento del encuentro”, ya que mientras “el conflicto es siempre estructuralmente dual”, en la medida en que “presupone sólo dos fuerzas contrapuestas (...) el diálogo es siempre estructuralmente ternario”, toda vez que “presupone que existe un elemento de comunicación que es siempre ulterior respecto de las partes que entran en relación”. Ahora bien: así como cada cual “tiene derecho a su propia visión de las cosas (...) sabe desde el principio que esta visión será puesta en duda...”, de donde “la relacionalidad impone el riesgo de la relatividad y la relatividad garantiza la permanente apertura del

¹¹ CALAMANDREI, Piero: “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, volumen I, 1973, pág. 332-333

¹² ROCCO, Ugo: “Tratado de Derecho Procesal Civil”, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires –Depalma-, Bogotá –Temis-, tomo II, 1970, pág. 170.

¹³ ROCCO, Ugo: “Tratado de Derecho Procesal Civil”, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires –Depalma-, Bogotá –Temis-, tomo I, 1969, pág.317.

¹⁴ REDENTI, Enrico: “Derecho Procesal Civil”, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, EJE, tomo I, 1957, pág. 232.

intercambio relacional”¹⁵.

Un procedimiento en que sólo se concediera audiencia a una parte, dice Schönke, no sería un proceso civil¹⁶.

Conforme lo señala la doctrina, el adecuado contradictorio integra el “orden público procesal”¹⁷.

Implica un apartamiento del principio de bilateralidad, inherente a todo juicio de naturaleza contenciosa, la sustanciación del proceso con quien ha fallecido con anterioridad a su promoción¹⁸.

Rige en el proceso civil y también en el penal

El principio de bilateralidad o contradicción tiene plena vigencia en el proceso civil (perspectiva desde la que se lo analiza en el presente trabajo). Pero ha sido admitido igualmente con operatividad propia en el proceso penal¹⁹.

Fundamento

El principio en estudio constituye una exigencia del *debido proceso legal* y del principio de *igualdad*.

El debido proceso

El régimen de la bilateralidad deviene de la cláusula de nuestra Constitución Nacional que garantiza la “*inviolabilidad de la defensa en juicio*” (art. 18)²⁰ y el “*debido proceso*”²¹.

¹⁵ AMATO, Salvatore: “Del derecho al derecho natural”, citado por RABBI-BALDI CABANILLAS: “Teoría del Derecho”, Buenos Aires, Abaco, 2008, pág. 185, nota 2, y “Dimensión filosófica de la labor interpretativa”, L.L. 2008-F-826, ap. III.

¹⁶ SCHÖNKE, Adolfo: “Derecho Procesal Civil”, Barcelona, Bosch, 1950, pág.46.

¹⁷ BERIZONCE, Roberto O.: “El principio del contradictorio y su operatividad en la prueba”, en Revista de Derecho Procesal 2005-1 Prueba – I, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2005, pág. 134; JIMÉNEZ, María Eugenia: “Poderes Instructorios del juez. Medidas para mejor proveer. Activismo judicial versus garantismo. Nuevas tendencias y recaudos. CSJN”, L.L. Córdoba 2010-130.

¹⁸ CNCiv., Sala A, 6-2-2001, E.D. 192-599, SJ-861.

¹⁹ BERTOLINO, Pedro J.: “El debido proceso y los principios de imparcialidad y bilateralidad en el ámbito procesal penal”, E.D. 95-198, ap. IV, n° 14, quien cita a RUBIANES, Carlos J.: “Manual de Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Depalma, tomo I, 1976, págs. 85 y ss. y 441.

²⁰ ALSINA señala que de acuerdo con el principio constitucional que garantiza la defensa en juicio, nuestro código procesal ha establecido el régimen de bilateralidad (ALSINA, Hugo: “Tratado...”, Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1963, pág. 457). En igual sentido, se ha dicho que la finalidad del principio de bilateralidad, también denominado de contradicción o controversia, es asegurar la inviolabilidad de la defensa en juicio (CÓRDOBA, Marcos M. y DÍAZ SOLIMINE, Omar Luis: “Las limitaciones a la indagación de la realidad”, L.L. 2004-F-1253).

La garantía constitucional de la defensa en juicio se encuentra satisfecha sólo cuando se da a las partes la oportunidad de ser oídas y de probar de algún modo los hechos que creyeren conducentes a su descargo, de modo tal de no alterar el equilibrio procesal de los litigantes (CSJN, 21-8-1997, “Barreto, José vs. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos”, Fallos 320:1789; L.L. 1998-B-471; Rep.E.D. 32-172, n°18).

Señala Clemente Díaz que la garantía constitucional del Individuo sobre *inviolabilidad de la defensa en juicio* encuentra su perfeccionamiento en el principio de bilateralidad de la audiencia, en cuanto el mismo presupone una *razonable oportunidad de ser oído* y asegura en sus términos latos, la *posibilidad de ejercitar la defensa* de la persona y de los derechos²².

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que se confiera al litigante la oportunidad de ser oído, y de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales²³, de modo que se asegure la efectiva primacía de la verdad jurídica objetiva, que reconoce base constitucional, concorde con el adecuado servicio de justicia²⁴. También ha dicho el Alto Tribunal²⁵ que, si bien la garantía constitucional de la defensa en juicio no se opone a su reglamentación en beneficio de la correcta sustanciación de las causas²⁶, cabe también señalar que en su aspecto más primario se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad que supone, en substancia, que las decisiones judiciales deben ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, es decir, dándole la oportunidad de defensa. Asimismo, la mencionada garantía se encuentra satisfecha sólo cuando se da a las partes la oportunidad de ser oídas y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo²⁷, de modo tal de no alterar el equilibrio procesal de los litigantes. Máxime cuando -como en el caso- se ha ejercido una de las más delicadas funciones que pueda encomendarse a un tribunal

El tribunal tiene que velar por el respeto de las garantías constitucionales de los administrados y no puede prescindir de citar a quien será directamente alcanzado por la sentencia a los efectos de que tenga conocimiento del proceso, oportunidad de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo de que quiera valerse (STJ San Luis, 6-5-2008, E.D. Administrativo 2008-262).

²¹ El principio de bilateralidad contacta, fundamentalmente, con el principio de imparcialidad y, a través de este último, se conexiona con la garantía del debido proceso formal (BERTOLINO, Pedro J.: “El debido proceso y los principios de imparcialidad y bilateralidad en el ámbito procesal penal”, E.D. 95-198, ap. IV, n° 15).

²² DÍAZ, Clemente: “Instituciones de Derecho Procesal. Parte General”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 214.

²³ CSJN, 20-8-96, “Mabel Alejandra Esquivel vs. Ilda Santaya”, Fallos 319:1600, Rep.E.D. 31-222, n° 28, con cita de los siguientes precedentes: CSJN 21-6-1971, “Freiberg y Edelstein vs. Saad, María”, Fallos 280:72; Id., 1972, “Dirección General de Escuelas Provincia de Buenos Aires vs. Bersani, José”, Fallos 283:88; Id., 1972, “Maffia, Jorge Omar”, Fallos 283:326, y L.L. 143-602, 26.859-S; CNCiv., Sala A, 21-8-1974, E.D. 60-369.

El derecho de defensa supone –en sustancia- que las decisiones judiciales deben ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, es decir dándole oportunidad de ser oída, y de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes (CSJN, 13-8-1998, “Bianchi, Daniel Raúl vs. Silveira, Ricardo”, Fallos 321:2082; Rep.L.L. 33-260, n° 21; DT 1998-B-2252; DJ 1999-1-1067).

²⁴ CSJN, 27-11-1974, “Della Rocca, Alberto M. vs. Patronato del Enfermo de Lepra de la República Argentina”, E.D. 60-129.

²⁵ CSJN, 21-8-1997, “Barreto, José y otros c. Provincia de Entre Ríos”, Fallos 320:1789, L.L. 1998-B-471, DJ 1998-1-1058, La Ley Online cita AR/JUR/3873/1997.

²⁶ CSJN, 6-12-39, “Madlener, Godofredo, Fallos: 185:242, La Ley, 16-1012; Id., 1954, “Arteta Álvarez y Cía. S.R.L.”, Fallos 229:761.

²⁷ CSJN, 31-10-1989, “Agronorte S.A.A.C.I.F.I.”, Fallos: 312:2040, entre otros.

de justicia al declarar la inconstitucionalidad de una norma²⁸.

El *debido proceso legal*, tiene dos modalidades: el *debido proceso legal adjetivo* (respeto a los procedimientos establecidos) y *debido proceso legal sustantivo* (respeto al sentido de justicia establecido en las normas superiores)"²⁹. El debido proceso legal *adjetivo* (o formal) en el ámbito jurisdiccional consiste en el cumplimiento de determinados recaudos formales o de procedimiento, para llegar a la sentencia que resuelva el litigio³⁰. La jurisprudencia de los Estados Unidos ha conceptualizado al debido proceso en sentido formal como el curso regular de la administración de justicia por los tribunales, conforme con las reglas y formas que han sido establecidas para la protección de los derechos individuales³¹. Tratando de describir en síntesis la esencia del debido proceso, dice Bidart Campos que consiste en la *oportunidad o posibilidad suficientes de participar* (o tomar parte) *con utilidad en el proceso*; de ahí, agrega, que el debido proceso nos deje la idea de un proceso regular y razonable y de una tutela judicial eficaz³².

La Constitución de los Estados Unidos de 1787 no contenía ninguna referencia al "debido proceso de ley". Recién en 1791, entre las diez primeras enmiendas, se incluye la Enmienda V que introdujo el debido proceso en materia penal. Y en 1868, con la Enmienda XIV, la garantía tiene alcance general³³. Se ha introducido la cláusula que dice: "Ninguna persona será privada de su vida, su libertad o su propiedad, sin el debido proceso de ley".

En nuestra Constitución Nacional, no hay ninguna disposición que aluda específicamente al "debido proceso legal". Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia la encuentran comprendidas en distintas normas de la misma³⁴.

Linares, expresa que la garantía no está mencionada en forma expresa en nuestra Constitución Nacional, y la denomina "innominada". Pero reconoce que existen elementos del aspecto "procesal" del debido proceso, es decir, del debido proceso "adjetivo" en las

²⁸ CSJN, 29-3-1988, "Conti, Juan Carlos vs. Ford Motor Argentina", Fallos: 311:394, La Ley, 1988-D, 75; Id., 8-6-1989, "Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto", Fallos 312: 851, entre muchos.

²⁹ QUIROGA LAVIE, Humberto: "Derecho Constitucional", Buenos Aires, Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, págs. 447/470

³⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro: "Elementos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 2003, pág. 756, § 1117.

³¹ LINARES QUINTANA: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", t. V, pág. 271; BIDART CAMPOS: "El Derecho a la Jurisdicción en Argentina", E.D. 11-954, específicamente, pág. 960.

³² BIDART CAMPOS: "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, Ediar, 1989, tomo 1, pág. 465; "Manual de la Constitución Reformada", Buenos Aires, Ediar, tomo II, 2005, pág.327.

³³ QUIROGA LAVIE, Humberto: "Derecho Constitucional", Buenos Aires, Depalma, 1978, pág. 470.

³⁴ Sobre el tema, ver la reseña realizada por BOURGUIGNON, Marcelo: "El debido proceso. Garantía constitucional", L.I. 1983-D-1144.

exigencias contenidas en el art. 18³⁵.

Mercader considera que, aunque no aparezca escrito expresamente en la Constitución Nacional, la garantía del debido proceso está formulada en la misma: dice que basta tener en cuenta que la necesidad de asegurar la justicia impuesta a las provincias por el art. 5°, equivale a esa garantía, porque en la idea de justicia está implícita la exigencia de un debido proceso³⁶.

Elías Guastavino, distingue la garantía del debido proceso de la de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Ubica el fundamento positivo de la primera en el art. 33 de la Constitución Nacional, y el de la segunda en el art. 18 de la misma³⁷.

Hay quienes encuentran consagrada la garantía del debido proceso en la primera cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional (*cláusula del "juicio previo"*)³⁸: en tal sentido, Osvaldo D. Mirás dice que la garantía del debido proceso (*due process of law*) se trata "de la garantía designada como del *juicio previo*, conforme a la cual nadie puede ser condenado penal o civilmente, sin que a la decisión le preceda un proceso de carácter jurisdiccional³⁹.

También se ha considerado que la garantía en cuestión derivaría de la cláusula contenida en el tercer párrafo del citado art. 18 de la Constitución Nacional que consagra que "*es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*": al respecto, señala Bidart Campos que nuestra jurisprudencia, con apoyo en el art. 18 de la Constitución Nacional, ha afirmado como una garantía autónoma, el derecho a la defensa en juicio, que

³⁵ LINARES, Juan Francisco: "Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina", Buenos Aires, Astrea, 1970, pág. 10.

³⁶ MERCADER, Amilcar, J.A. 1944-IV-Sec. bibl., pág. 4; citado por BOURGUIGNON, Marcelo: "El debido proceso. Garantía constitucional", L.L. 1983-D-1144.

³⁷ GUASTAVINO: en su Dictamen como Procurador General de la Corte, L.L. 1977-A-236.

Osvaldo D. Mirás dice que aún cuando se admitiera que la garantía del debido proceso no está expresada en la primera cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional, derivaría de la de la inviolabilidad de la defensa en juicio. O al menos, se trataría de una garantía innominada y normativamente encasillada en el art. 33 (MIRÁS, Osvaldo D.: "Sobre el debido proceso -Desde el punto de vista formal y en el ámbito del proceso civil-", E.D. 104-966).

³⁸ Alsina señala que el art. 18 de la Constitución establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Aún cuando el texto emplea la palabra pena, debe entenderse que se refiere a condena, es decir, a una imposición establecida por sentencia y que por lo tanto se refiere a la condena en lo criminal tanto como en lo civil. El precepto, efectivamente, comprende dos situaciones: el juicio previo y la ley anterior; y si bien en el proceso civil no puede ser un requisito de la condena la existencia de una ley anterior desde que el juez puede, en silencio de la misma, aplicar los principios generales del derecho, indudablemente no puede haber sentencia sin juicio previo (ALSINA: "Tratado...", Buenos Aires, Ediar, 1957, tomo I, pág. 252).

³⁹ MIRÁS: "Sobre el debido proceso -Desde el punto de vista formal y en el ámbito del proceso civil-", E.D. 104-966. A diferencia de Clariá Olmedo, quien considera que la redacción de la cláusula contenida en la primera parte del art. 18 de la Constitución Nacional no tolera su extensión al campo civil, quedando restringida únicamente al campo penal (CLARIÁ OLMEDO, Jorge S.: "Tratado de Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Ediar, 1960, tomo I, pág. 225, n° 161), Mirás, como también Alsina (ver nota anterior), consideran que la garantía en cuestión alcanza tanto a la órbita penal como a la civil.

también se denomina garantía del debido proceso formal, imitando el precedente norteamericano del "due process of law"⁴⁰. En igual sentido, Zarini dice que el art. 18 de la Constitución Nacional establece que "es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos"; se trata de la garantía que la doctrina y el derecho judicial denominan "defensa en juicio" o "debido proceso"⁴¹.

Hay quien ha considerado que la garantía en cuestión surge igualmente del artículo 17 de la Constitución que consagra la inviolabilidad de la propiedad, cuya privación exige sentencia fundada en ley; o sea, "debido proceso", dado que sin él no puede existir "sentencia"⁴².

También se ha indicado como complementaria de las cláusulas del "juicio previo" y de la "inviolabilidad de la defensa en juicio" consagradas en el art. 18 de la Constitución, la del art. 95 que prohíbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales: esta última cláusula -dice Osvaldo Mirás- indica "dónde" se ha de desarrollar en nuestro sistema el "debido proceso"⁴³.

Clariá Olmedo ubica a la garantía "proceso regular y legal" en la combinación de las garantías del proceso previo del juez natural con la de la inviolabilidad de la defensa en juicio⁴⁴.

En sentido coincidente, Sagüés, distinguiendo el debido proceso adjetivo y el sustantivo, con relación al primero, dice que la Constitución se refiere a él cuando en el art. 18 menciona el "*juicio previo*" como exigencia para imponer sanciones penales, y (en general) a la inviolabilidad de "*la defensa en juicio de la persona y de los derechos*"⁴⁵.

También puede señalarse que la garantía del debido proceso encuentra sustento en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en conjunción con tratados internacionales que expresamente lo contemplan, como es el caso de la Convención Americana de Derechos

⁴⁰ BIDART CAMPOS, Germán J.: "El derecho a la jurisdicción en Argentina", E.D. 11-954, específicamente págs. 959/961; "Derecho Constitucional", Buenos Aires, Ediar, 1964, tomo II, págs. 499/500.

El debido proceso adjetivo en relación con las decisiones jurisdiccionales, surge del art. 18 de la Const. Nac. (QUIROGA LAVIE, Humberto: "Derecho Constitucional", Buenos Aires, Depalma, 1978, pág. 184).

El debido proceso legal, es una garantía implícita que resulta del art. 18 de la Constitución Nacional, uno de cuyos aspectos fundamentales es la garantía de defensa en juicio (CCrim. y Correc., San Francisco, 24-4-84, L.L.C. 1985-2252 (130-R), citado por ISOLA, Viviana E.: "Defensa en juicio", L.L. 1989-E-675, n° 132

⁴¹ ZARINI, Helio Juan: "Derecho Constitucional", Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 509.

⁴² MIRÁS: "Sobre el debido proceso -Desde el punto de vista formal y en el ámbito del proceso civil-", E.D. 104-966.

⁴³ MIRAS: "Sobre el debido proceso -Desde el punto de vista formal y en el ámbito del proceso civil-", E.D. 104-966.

⁴⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge: "Derecho Procesal", Buenos Aires, Depalma, 1982, tomo 1, pág. 67, citado por BOURGUIGNON, Marcelo: "El debido proceso. Garantía constitucional", L.L. 1983-1144.

⁴⁵ SAGÜÉS, Néstor P.: "Elementos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 2003, págs. 756.

Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) cuyo art. 8 dice: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”. Y una norma similar contiene el art. 14.1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Se ha señalado también que la exigencia del debido proceso se halla por encima de la Constitución escrita, en la naturaleza misma de la convivencia en sociedad. Por ello se ha dicho que "tanto en el ámbito penal como en el civil 'el debido proceso' es una exigencia requerida por la Constitución tratándose de la *escrita* o de la *inscripta* en la naturaleza de la sociedad"⁴⁶.

Y en todos los supuestos, se debe tener en cuenta el “principio de la **Dignidad Humana**”, que surge claramente de nuestra Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional incorporados por el art. 75 inc. 22. El Pacto de San José de Costa Rica alude al derecho al “*respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*” (art. 5º inc. 2) y al “*reconocimiento de su dignidad*” (art. 11 inc. 1)⁴⁷. La “dignidad humana” debe ser respetada en las distintas actuaciones del proceso.

Pero debe tenerse en cuenta que, conforme lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Constitución Nacional no consagra derechos absolutos, de modo tal que los derechos y garantías que allí se reconocen, se ejercen con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que siendo razonables, no son susceptibles de impugnación constitucional⁴⁸. Y específicamente el Alto Tribunal ha dicho que ***el derecho de defensa en juicio no es absoluto***, sino que ***está sujeto a las reglamentaciones*** necesarias para hacerlo compatible con el derecho de los demás litigantes y con el interés social de obtener una justicia eficaz⁴⁹. La garantía de la defensa en juicio no se opone a su reglamentación en beneficio de la correcta sustanciación de las causas; y ella no resulta violada si nada impide al

⁴⁶ MIRAS: "Sobre el debido proceso -Desde el punto de vista formal y en el ámbito del proceso civil-", E.D. 104-966.

⁴⁷ SAGÜÉS, Néstor P.: “Elementos de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 2003, pág. 341.

⁴⁸ CSJN, 5-11-91, “García Pinto, José vs. Mickey S.A.”, Fallos 314:1376; E.D. 146-192, con nota de BIDART CAMPOS, Germán. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que se confiera al litigante la oportunidad de ser oído, y de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales (CSJN, 20-8-96, “Mabel Alejandra Esquivel vs. Ilda Santaya”, Fallos 319:1600).

⁴⁹ CSJN, 6-12-39, “Madlener, Godofredo”, Fallos 185:242; id., 15-12-48, “Schvartzman, Enrique”, Fallos 212:447; Id., 4-9-73, “Compañía Swift de La Plata S.A.” Fallos 286:257.

recurrente ocurrir ante los tribunales de justicia por la vía correspondiente⁵⁰. En otra oportunidad señaló que la garantía de la defensa en juicio está sujeta a las leyes que reglamentan su ejercicio las que sólo pueden ser constitucionalmente impugnadas cuando resulten irrazonables, o sea cuando los medios que arbitren no se adecuen a los fines cuya realización procuren o cuando consagren una manifiesta inequidad⁵¹. Conforme se ha destacado⁵², las normas procesales, son, precisamente las que reglamentan y hacen efectivas las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio⁵³, por lo que se presumen sancionadas a favor de los justiciables⁵⁴, y como reglamentación de tales garantías pueden establecer razonables restricciones formales a los litigantes, incluso en el orden temporal⁵⁵, así como también distinciones razonables entre quienes no se encuentren en la misma condición⁵⁶.

Como advierte Gozaíni, el control de producción probatoria afina en el aspecto racional del debido proceso (antes que en el aspecto puramente formal); o dicho de otro modo, consiste en la posibilidad de ofrecer un marco saludable de certidumbre para llegar con los medios apropiados a verificar las afirmaciones y negaciones de los litigantes⁵⁷.

El principio de igualdad

Pero también es una manifestación del principio de “*igualdad*”⁵⁸: se trata de la *igualdad de las partes en juicio*: como dice Couture, el principio de igualdad domina el proceso civil⁵⁹. Este postulado presupone la paridad de las partes en el proceso, quienes deben estar en igualdad de condiciones y con las mismas posibilidades para aportar el material de conocimiento a fin de lograr el convencimiento del juzgador. Como señala Rocco, siendo incierto en el proceso de cognición cuál de las partes tiene efectivamente razón, y por tanto,

⁵⁰ CSJN, 13-9-54, “SRL ARTETA ÁLVAREZ y Cía”, Fallos 229:761.

⁵¹ CSJN, 3-12-91, “Del Val, Ricardo”, Fallos 314:1723; E.D. 146-357.

⁵² SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Elementos de derecho constitucional”, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 2003, pág. 757.

⁵³ CSJN, 19-2-81, “Renell Emmet”, Fallos 303:232.

⁵⁴ CSJN, 14-7-83, “Bartra Rojas”, Fallos 305:913.

⁵⁵ CSJN, 18-5-82, “Lebed”, Fallos 304:708.

⁵⁶ CSJN, 31-5-1966, “Fernández Orquin, José M. vs. Ripoll, Francisco”, Fallos 264:416; Id., 23-11-95, Rep.L.L. 30-303, nº 5; Id. 12-9-95, “Barrose, Luis A. vs. Ministerio del Interior”, Fallos 318:1707, L.L. 1997-C-961; Id. 12-5-2009, “Jorge Fernando Coronel vs. Estado Nacional”, Fallos 332:1060, L.L. 2009-C-624.

⁵⁷ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: “La asistencia letrada en los actos de producción probatoria de la parte”, Suplemento Doctrina Judicial Procesal 2010, abril, 30, ap. 2.

⁵⁸ Dice Alvarado Velloso que la consecuencia natural del principio de igualdad de las partes es la regla de la *bilateralidad* o *contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra (ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, adaptado a la legislación procesal de la Provincia de Salta por Juan CASABELLA DÁVALOS, Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario AVI S.R.L., 2012, pág. 230).

⁵⁹ COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 183.

cuál es la tutela acordada por el derecho a un determinado interés, el principio de igualdad importa que a la pretensión del actor al acogimiento de la demanda, corresponde una pretensión del demandado al rechazamiento de la misma⁶⁰. Según el principio de igualdad, agrega, las partes, al ejercer el derecho de acción y el correlativo de contradicción en juicio, tienen que hallarse en una condición de perfecta paridad e igualdad, de modo que las normas que regulan su actividad no puedan constituir, respecto a una de las partes en juicio, con perjuicio de la otra, una situación de ventaja o privilegio⁶¹.

En ese sentido, señala Clemente Díaz que el principio político constitucional de la igualdad de los habitantes de la Nación ante la ley se transforma, al penetrar en la órbita del Derecho Procesal, en la relativa paridad de condiciones de los justiciables, de tal manera que nadie pueda encontrarse en una situación de inferioridad jurídica⁶².

La igualdad es un principio inherente a la persona humana, emana de la naturaleza misma del hombre⁶³. Por ello preexiste a cualquier legislación positiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la igualdad exige que *se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones*, es decir, *igual tratamiento de los iguales en iguales circunstancias*⁶⁴. Por lo tanto, ello significa el derecho a que *no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias*⁶⁵.

⁶⁰ ROCCO, Ugo: "Tratado de Derecho Procesal Civil", traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires –Depalma-, Bogotá –Temis-, tomo I, 1969, pág.317.

⁶¹ ROCCO, Ugo: "Tratado de Derecho Procesal Civil", traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires –Depalma-, Bogotá –Temis-, tomo II, 1970, pág. 170-171.

⁶² DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal. Parte General", tomo I "Introducción", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pág. 218.

⁶³ ZIULU, Adolfo Gabino: "Derecho Constitucional", Buenos Aires, Depalma, tomo I, 1997, pág. 252.

⁶⁴ CSJN, sentencia del año 1944, "Nuevo Banco Italiano vs. Municipalidad de la Capital, Fallos 200-424, citado por ZIULU, Adolfo Gabino: "Derecho Constitucional", Buenos Aires, Depalma, tomo I, 1997, pág. 256; CSJN, 1-10-53, "Ozino Caligaris de Ratti, Victoria Estela vs. Berardi, José", Fallos 227:25, L.L. 73-433 y J.A. 1954-I-379; Id., 22-7-54, "Carranza, Roque Guillermo", Fallos 229:428, y L.L. 76-103.

La igualdad ante la ley exige que se reconozca paridad de derechos a todos aquellos cuya situación en los hechos sea semejante (art. 16 Const. Nac.) (CSJN, 23-9-76, "Valdez, José R. vs. Gobierno Nacional", Fallos 295:937, E.D. 69-189).

⁶⁵ CSJN, 1-11-99, "D. de P. V., A. vs. O., C. H.", Fallos 322:2701, Rep.E.D. 35-407, n° 43; BIDART CAMPOS, Germán: "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino", Buenos Aires, Ediar, 1989, tomo I, pág. 259; "Compendio de Derecho Constitucional", Bs. As., Ediar, 2004, pág. 77; "Manual de la Constitución reformada", Buenos Aires, Ediar, tomo I, 2005, pág. 533.

La garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, y el mayor o menor acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por la autoridad administrativa, constituyen puntos sobre los cuales no cabe al Poder Judicial pronunciarse, en la medida en que el ejercicio de esas facultades discrecionales no se comprueba como irrazonable, inicuo o arbitrario (CSJN, 5-10-99, "Lufthansa vs. Dir. Gral. de Migrac.", Fallos 322:2346, Rep.E.D. 35-406, n° 41).

La expresión "*en iguales circunstancias*" marca el carácter relativo del postulado⁶⁶. Por ello, como todos los derechos civiles, la igualdad no tiene carácter absoluto sino relativo, y como surge del art. 14 de la Constitución Nacional, admite reglamentación por parte de la ley, siempre que tal reglamentación no altere su verdadero significado (art. 28 Const. Nac.)⁶⁷. Es posible, entonces, que la ley cree categorías o grupos a los que se dé trato diferente, a condición de que el criterio utilizado para discriminar sea "*razonable*" y no arbitrario⁶⁸. Por lo tanto, son inconstitucionales las desigualdades arbitrarias⁶⁹.

Como dice Couture, lo que el principio demanda no es una igualdad numérica, sino una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa⁷⁰. Y precisa Clemente Díaz que el ordenamiento procesal regula la conducta de los justiciables, independientemente de su calidad específica de actor o de demandado, calidad que puede ser contingente y a veces meramente casual; lo esencial, agrega, es que estas calidades están relativizadas por su subordinación al derecho material, mientras que en el Derecho Procesal solamente existen individuos que afirman ser titulares de una pretensión de tutela, y tan titular

⁶⁶ DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 219.

⁶⁷ Los derechos declarados por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere sustancialmente, a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28) (CSJN, 23-2-99, "Nowinski, Elsa Alicia", Fallos 322:215, Rep.E.D. 34-248, n° 14; Id., 18-11-99, "Cena, Juan Manuel vs. Pcia. de Santa Fe", Fallos 322:2817, Rep.E.D. 35-403, n° 9).

⁶⁸ Las distinciones establecidas por el legislador son valederas en tanto no sean irrazonables o inspiradas en fines de ilegítima persecución o indebido privilegio a persona o grupos de personas (CSJN, 21-8-73, L.L. 152-207, y J.A. 1973-20-3; Id., 13-8-74, "Val de Anido, María S. vs. Chaco Argentino S.A.", Fallos 289:197, E.D. 60-461).

La garantía de igualdad no exige la uniformidad de la legislación que se dicte, en tanto las distinciones que se puedan establecer no traduzcan propósitos persecutorios o de hostilidad hacia personas o grupos de personas (CSJN, 5-10-75, "Mazza, Próspero", Fallos 293:26, E.D. 65-157).

La garantía de la igualdad no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas. La garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen en forma distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo (CSJN, 5-8-76, "Baldini, Gabriela J. R.", Fallos 295:455, E.D. 69-340).

La recta interpretación de la garantía de igualdad asigna al legislador la facultad de contemplar en forma distinta situaciones diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupo de personas (CSJN, 5-10-99, "Lufthansa vs. Dirc. Nac. de Migraciones", Fallos 322:2346; Rep.E.D. 35-406, n° 40; CNFed., sala I cont.adm., 4-12-73, E.D. 55-633), aunque su fundamento sea opinable (CSJN, 6-9-68, "Chiappe, Sixto", Fallos 271:320, E.D. 30-100; Id., 30-7-69, "De Feo, Rodolfo G.", Fallos 274:207, E.D. 30-38; Id., 2-5-74, "Bonfante, Alberto A. vs. Junta Nacional de Granos", Fallos 288:325, E.D. 55-157; Id., 1-2-02, "Gorosito Juan Ramón vs. Riva S.A.", Fallos 325:11, E.D. 196-622).

⁶⁹ BIDART CAMPOS, Germán: "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino", Bs. As., Ediar, 1989, tomo I, pág. 259; "Compendio de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Ediar, 2004, pág. 77; "Manual de la Constitución reformada", Buenos Aires, Ediar, tomo I, 2005, pág. 533.

⁷⁰ COUTURE, Eduardo J.: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 185.

de una pretensión de tutela es el actor o el Ministerio Público cuando piden la condena del demandado o acusado, como éste cuando pide su absolución⁷¹.

El principio de bilateralidad o contradicción en el ámbito fáctico y en el jurídico

En virtud del principio de bilateralidad, ambas partes deben aportar al juicio el material *fáctico*, a través de la alegación de los hechos y aportación de las pruebas. Se trata de actos de “instrucción” en virtud de los cuales cada parte brinda las bases fácticas de sus respectivos reclamos y defensas⁷². A la alegación de los hechos se refieren los arts. 330 inc. 4 y 356 inc. 2 del CPCCN⁷³, y a la carga de la aportación de las pruebas el art. 377 del mismo Código. Y no obstante que el ordenamiento procesal nacional permite al juez ordenar “*las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos*” (art. 36, inc. 4°), ello sólo es posible si se respeta el *derecho de defensa de las partes*, como expresamente lo señala la norma citada. También autoriza a los jueces a valorar al dictar sentencia los “*hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados*” (art. 163, inc. 6°, segundo párrafo), pero es condición para ello que se haya respetado el principio de bilateralidad tanto en su alegación (si han sido invocados por una de las partes) como en la prueba⁷⁴, es decir, que se hayan respetado los

⁷¹ DÍAZ, Clemente: “Instituciones de Derecho Procesal. Parte General”, tomo I “Introducción”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, págs. 219-220.

⁷² Dice Prieto-Castro Ferrandiz que por virtud del principio de controversia o de dualidad de partes incumbe a las partes la aportación de los hechos y de las pruebas que hayan de constituir el fundamento de la súplica que cada una formule, para sí, en el proceso (PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo: “Derecho Procesal Civil”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, volumen I, 1968, págs. 388-389).

⁷³ Los jueces deben atenerse, como principio general, a lo alegado y probado por las partes, y la formación del material de conocimiento constituye una carga procesal para los mismos (CNCiv., Sala C, 4-12-74, L.L. 1975-B-871, 32.446-S).

Viola el principio de congruencia el fallo del juez que decide sobre la pretensión del actor fundado en hechos que las partes no alegaron ni fueron materia de controversia (C1°Apel. Bahía Blanca, 20-3-70, L.L. 140-309).

Incurrirá en incongruencia el fallo que no se adecue a la concreta situación de hecho invocada por las partes a fin de delimitar los términos de su pretensión u oposición (CNCom., Sala C, 17-12-84, E.D. 114-668, 97-SJ).

Si bien es verdad que los jueces, para dictar sus fallos, pueden no ajustarse a las alegaciones jurídicas formuladas por los litigantes, esta libertad está limitada a las cuestiones de derecho, pues deben respetar los hechos alegados y que han sido discutidos y la causa de pedir, pues dado el carácter rogado que tiene la jurisdicción civil, la sentencia ha de pronunciarse *juxta allegata et probata*, por lo que no cabe que el juzgador, por su propia iniciativa, sienta hechos no aducidos ni rebatidos oportunamente (CApel.CC. Junín, 26-12-83, Rep.E.D. 20-B, pág. 1038, n° 56).

⁷⁴ DE LOS SANTOS, Mabel: “Los Hechos en el Proceso y la Flexibilización del Principio de Congruencia”, en “Los Hechos en el Proceso Civil”, Director Augusto M. Morello, Buenos Aires, La Ley, 2003, págs. 59 y ss., específicamente, pág. 68. CSJN, 24-06-64, Fallos 259:76, citado por PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 4, 1989, págs. 410-411.

postulados del debido proceso y la igualdad de las partes⁷⁵. Pero, en todos los casos, siempre el juzgador mantendrá la independencia intelectual en la ponderación del material fáctico, que deberá hacer siguiendo las reglas de la sana crítica, tal como lo establece el art. 386 del Código citado⁷⁶.

También les cabe a las partes la participación en el ámbito *jurídico*, mediante alegaciones donde indica al juzgador las normas jurídicas que consideran aplicables al caso; a ello se refieren el art. 330 inc. 5 y art. 356 inc. 3° del CPCCN. Al respecto se ha señalado que cada vez más se está reclamando la más alta participación de todos los interesados en la determinación de la premisa jurídica.; y dadas las condiciones de la juridicidad actual, es presupuesto de la imparcialidad de la decisión, la posibilidad del más amplio debate entre las partes respecto de la premisa normativa⁷⁷. Ello, lógicamente, sin perjuicio de la regla *iura novit curia* (art. 163 inc. 6° del CPCCN), conforme a la cual el juez tiene la facultad y el deber de examinar los litigios y dirimirlos según el derecho vigente, calificando de modo autónomo la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes⁷⁸; pero siempre enmarcado dentro de las situaciones presentadas por ellas y de los términos de la litis⁷⁹. La aplicación de este principio no se

⁷⁵ DE LOS SANTOS, Mabel: "Los Hechos en el Proceso y la Flexibilización del Principio de Congruencia", en la obra colectiva "Los Hechos en el Proceso Civil", Director Augusto M. Morello, La Ley, 2003, pág. 59 y ss., específicamente pág. 66. Ver también LIMA, Susana: "La aclaratoria en la flexibilización judicial del principio de congruencia", E.D. 225-825.

⁷⁶ PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo: "Derecho Procesal Civil", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, volumen I, 1968, pág. 401.

⁷⁷ MEROI, Andrea A.: "La imparcialidad judicial", en "Activismo y Garantismo Procesal", Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, págs. 41 y ss., específicamente, págs.54-55.

⁷⁸ CSJN, 4-5-93, "La Rinconada S.A. (en liquidación) vs. Estado Nacional", Fallos 316:871, Rep.E.D. 28-459, n° 16; íd., 8-3-94, "Hernández, Elba del Carmen", Fallos 317:167, Rep.E.D. 29-543, n° 20/21; CNCom., Sala B, 14-2-05, E.D. 212-107.

El principio *iura curia novit* importa que los jueces no están vinculados por la calificación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y que incluso pueden suplir el derecho mal invocado por aquellas, pero esa facultad no se extiende a alterar las bases fácticas del litigio, ni la *causa petendi*, ni tampoco a la admisión de hechos o defensas no esgrimidas por las partes (CSJN, 26-10-99, "Mallman, Arturo vs. Estado Nacional", Rep. E.D. 35-1117, n° 51).

En virtud del principio *iura novit curia* los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes y del derecho por ellas invocado (CNCiv., Sala C, 12-6-01, E.D. 194-22).

En virtud del principio *iura novit curia*, el tribunal tiene la facultad de reencauzar el litigio cuando las partes han errado el acertado encuadramiento legal de la cuestión ya que suplir el derecho silenciado por las partes o mal invocado no es solamente una atribución propia del juez sino que el ejercicio de esa potestad constituye para él un deber irrenunciable, el cual no configura arbitrariedad ni violación de la defensa en juicio (CNCom., Sala B, 30-9-83, Rep. E.D. 20-B, 1039, n° 65).

⁷⁹ CApel.Civ.Com Mar del Plata, sala I, 23-6-98, E.D. 181-592.

Es función de los jueces aplicar el derecho a los supuestos fácticos alegados y probados por las partes, con prescindencia de las afirmaciones de orden legal formuladas por ellas (CSJN, 27-5-99, "Almeida de Stella, Irma vs. Empresa General Roca S.A.", Fallos 322:960, Rep.E.D. 34-711, n° 70).

extiende a alterar las bases fácticas del litigio, ni la *causa petendi*, ni tampoco a la admisión de hechos o defensas no esgrimidas por las partes⁸⁰. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el principio *iura novit curia* faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes⁸¹.

Meroi y Chaumet, refiriéndose a la decisión judicial en un estado constitucional de derecho, señalan que las alegaciones de las partes en el aspecto jurídico no sólo satisfacen su interés sino también el interés público, en la medida en que cualquier sorpresa, cualquier acontecimiento inesperado, sólo hace disminuir la fe del ciudadano en la administración de justicia. En el fondo, agregan, “el diálogo judicial se transforma en una auténtica garantía de democratización del proceso, al impedir que el poder del órgano judicial y la aplicación de la regla *iura novit curia* redunden en instrumento de opresión y autoritarismo, sirviendo a veces a un mal explicado tecnicismo, con obstrucción a la efectiva y correcta aplicación del derecho al caso”. Y agregan luego que el juez debe hacerse cargo de las pretensiones – también de subsunción normativa- de las partes en el proceso. Si las condiciones de aplicabilidad de la norma están indeterminadas, si la propia consecuencia jurídica constituye un abanico de opciones para el juez, entonces los protagonistas del debate procesal deben tener la posibilidad de decir algo al respecto y, si ése es el caso, el juez debe incluir esos argumentos en su decisión, ora asumiéndolos como propios, ora refutándolos adecuadamente. Y concluyen como propuesta que la justificación de este tipo de decisiones judiciales depende fuertemente de la participación procesal de los litigantes en el debate normativo, ya que, como señala Damaska, cuanto más fuerte sea la “voz” de las partes en el proceso, más cerca estaremos de una decisión correcta⁸²

Naturaleza del principio de bilateralidad o contradicción

a) Al principio de bilateralidad o contradictorio se lo puede visualizar como un “*principio procesal*”⁸³. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española

La determinación del derecho aplicable no autoriza a apartarse de lo que resulte de los términos de la litis (CNCont.adm., Fed., sala II, 27-6-2000, E.D. 189-166).

⁸⁰ CSJN, 26-10-99, “Mallman, Arturo vs. Estado Nacional”, Rep.E.D. 35-1117, n° 51.

⁸¹ CSJN, 5-6-07, “Venturini, Omar vs. ANSeS s/Prestaciones varias”; Fallos 329:624; Id., 27-5-2004, “Manufacturas del Comahue S.A. vs. Estado Nacional”, Fallos 327:1638.

⁸² MEROI, Andrea A. y CHAUMET, Mario E.: “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, L.L. 2008-D-717, ap. IV.3.1 y V.4.

⁸³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Introducción al estudio del derecho procesal”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1989, t. I, págs. 233 y ss; COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del Derecho Procesal

dice que “*principio de derecho*” es la “norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”. Procurando una mayor precisión, hay doctrina que considera que sólo puede considerarse como “principios” a aquellos que son *unitarios* en cuanto no admiten la existencia de un par antinómico (v. gr., la igualdad), a diferencia de los *binarios* que admiten su par antinómico (v. gr. oralidad y escritura)⁸⁴. En sentido coincidente, Falcón distingue los *sistemas* y los *principios*: los primeros, dice, son bifrontales en cuanto tienen, por lo menos, dos opciones (v. gr. se puede cambiar el sistema oral por el escrito o viceversa); en cambio, los *principios* no admiten un modelo distinto sin entrar en colisión con los fundamentos mismos del sistema general de organización de un Estado, la sociedad o la lógica o la ciencia, como, por ejemplo, “el principio de bilateralidad”, el ético o el de tercero excluido⁸⁵. No hay dudas, entonces, que la bilateralidad de la audiencia constituye un principio, dado que bajo ningún aspecto puede admitirse el dictado de una decisión jurisdiccional sin haber observado el debido contradictorio⁸⁶.

Como ya se ha señalado, también se suele precisar que el principio es el de bilateralidad y que el mismo determina el método contradictorio como el más conveniente para descubrir la verdad.

b) También se considera a la bilateralidad de la audiencia como una “*garantía*” de los ciudadanos incluida en la más genérica del “*debido proceso*” o de la “*inviolabilidad de la defensa en juicio*”. Señala Bidart Campos que, en un sentido lato, las garantías son el conjunto de seguridades jurídico-institucionales deparadas al hombre; y las mismas existen *frente al estado*, en cuanto son medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos⁸⁷. La Constitución, entonces, garantiza a las personas el debido proceso y la bilateralidad en el proceso. Conforme se ha dicho, resulta claro que esta garantía se encuentra en las bases

Civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, págs. 181 y ss.. DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Nociones generales de derecho procesal”, Madrid, Aguilar, 1966; EISNER; Isidoro “Planteos procesales”, Buenos Aires, La Ley, 1984, pág. 48 y ss: MILLAR, Robert Wyness: “Los principios formativos del Procedimiento Civil”, Buenos Aires, Ediar, 1945, págs. 476 y ss.

⁸⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Proceso y debido proceso”, L.L. 2010-C-1001. Conf. CNSeg. Social, Sala II, voto del doctor Herrero, 11-4-97, L.L. 1997-D-230, DT 1997-A-1209, DJ 1997-3-600.

⁸⁵ FALCÓN, Enrique M.: “Tratado de la prueba”, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 2003, pág. 215.

⁸⁶ Dice Bidart Campos que tanto los valores como los principios son *normas*; y si en la constitución hay un *valor*, hasy también algo a lo que se le reconoce *valiosidad*, y si es así, no cabe mayor duda de que ese mismo valor se erige en un *principio* al que hay que prestar desarrollo y aplicación para que el valor se realice con signo positivo (BIDART CAMPOS, Germán J.: “Manual de la Constitución Reformada”, Buenos Aires, Ediar, tomo I, 2005, págs. 326-327).

⁸⁷ BIDART CAMPOS, Germán J.: “Manual de la Constitución Reformada”, Buenos Aires, Ediar, tomo II, 2005, págs. 286-287

mismas de la idea de proceso⁸⁸; es un elemento fundamental del “proceso justo”.

c) Se ha discutido si constituye un *deber* de las partes el prestarse al contradictorio. Al respecto pareciera más acertado concluir con Ugo Rocco, que no puede hablarse de un “deber” de las partes, y prueba de lo cual es el hecho que puede existir en el ámbito civil el proceso contumacial, que tiene lugar cuando la parte regularmente citada no ha comparecido al proceso⁸⁹: en efecto, a diferencia de lo que ocurre en los asuntos penales, en materia no penal, el proceso puede sustanciarse y decidirse en rebeldía del demandado, siempre, lógicamente, que previamente se hayan cumplido con las formas legales de notificación al interesado y que, en su caso, se le designe defensor oficial. Y como destaca Bidart Campos, acertadamente a nuestro criterio, en los procesos que pueden tramitarse en rebeldía del demandado, la sentencia en contra del rebelde no puede fundarse sólo y automáticamente en su silencio⁹⁰.

Más bien, cabría hablar de una *carga procesal*, que es un imperativo del propio interés, es decir, es un imperativo legal previsto en beneficio del propio sujeto sobre quien se impone la carga, y cuyo incumplimiento implica para él la pérdida de ese beneficio o ventaja⁹¹. Y una de las cargas que se impone a las partes es la de la prueba (art. 377 CPCC): con relación a ello, el postulado que rige es que la falta de prueba se vuelve en contra de la parte que tenía la tarea de hacerlo quien, por tal omisión, no logrará el progreso de su pretensión o defensa⁹².

Eventualidad de la contradicción

La vigencia de este principio no exige la efectividad de su ejercicio⁹³, es decir, no exige que necesariamente deban intervenir todas las partes para que tenga validez la actuación

⁸⁸ CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea A.: “¿Es el Derecho un juego de los jueces?”, L.L. 2008-D-717, ap. IV

⁸⁹ ROCCO, Hugo: “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires –Depalma-, Bogotá –Temis-, tomo II, 1970, pág. 170.

⁹⁰ BIDART CAMPOS, Germán J.: “Manual de la Constitución Reformada”, Buenos Aires, Ediar, tomo II, 2005, pág. 328.

⁹¹ COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Depalma, 1972, pág. 209/214; REIMUNDÍN, Ricardo: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Viracocha, t. I, 1957, pág. 127/132.

⁹² FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág.415; DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Teoría General de la Prueba”, I, pág. 426; PALACIO, Lino E.: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, tomo IV, pág. 362; FALCÓN, Enrique M.: “Tratado de la prueba”, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 2003, págs. 241 y ss.; CALAMANDREI, Piero: “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, EJE, volumen I, 1973, pág. 340.

⁹³ PALACIO, Lino E.: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 263.

procesal⁹⁴: lo que resulta imprescindible es que se les haya dado a las partes oportunidad razonable de intervenir de conformidad a las leyes procesales⁹⁵, que constituyen la reglamentación de la garantía de la defensa en juicio⁹⁶. Y si la parte no utiliza la posibilidad que se le brinda, el procedimiento sigue su curso⁹⁷.

En ese sentido dice Clemente Díaz que el Derecho Procesal garantiza al justiciable la posibilidad de ejercitar su defensa, no la defensa misma, y de ahí la *eventualidad de la contradicción o controversia*. Y cita a continuación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido que el principio en estudio sólo importa que el litigante debe ser oído y encontrarse en condiciones de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales, pero no exige la efectividad del ejercicio de ese derecho, ni impide la reglamentación de la defensa en beneficio de la correcta substanciación de las causas⁹⁸.

Como destaca Guasp, el principio de contradicción constituye una pura posibilidad y no una real actualidad: no se trata tanto de que las partes se contradigan de hecho cuanto de que cualquiera de ellas tenga la posibilidad, que puede desaprovechar o no, de contradecir⁹⁹.

El ejercicio de la función jurisdiccional reclamada a través de una pretensión procesal, y el consiguiente desarrollo del proceso no puede ser obstaculizado por la ausencia de uno de los justiciables. Por ello las normas procesales prevén la continuación del proceso no obstante

⁹⁴ ALSINA, Hugo: "Tratado ...", Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1963, pág. 458.

⁹⁵ ALSINA, Hugo: "Tratado ...", Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1963, pág. 458; PALACIO, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 263.

Dice Guasp que el principio de contradicción se contrae a una pura posibilidad y no a una real actualidad: no se trata tanto, en efecto, de que las partes se contradigan de hecho cuanto de que cualquiera de ellas tenga la posibilidad, que puede desaprovechar o no, de contradecir (GUASP, Jaime: "Derecho Procesal Civil", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, tomo I, 1968, pág. 172).

⁹⁶ Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la garantía de la defensa en juicio está sujeta a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que sólo pueden ser constitucionalmente impugnadas cuando resulten irrazonables, o sea cuando los medios que arbitren no se adecuen a los fines cuya realización procuren o cuando consagren una manifiesta inequidad (CSJN, 3-12-91, E.D. 146-357, con nota de BIDART CAMPOS, Germán: "La destitución de un gobernador provincial por juicio político y la revisión judicial por la Corte Suprema").

⁹⁷ SCHÓNKE, Adolfo: "Derecho Procesal Civil", Barcelona, Bosch, 1950, pág. 46.

⁹⁸ DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 214; citando los siguientes fallos: CSJN, 1-4-40, "Abbas, Habil Mohamed", Fallos 186:297, L.L. 18-382 y J.A. 70-177; Id. 28-2-40, Fallos 186:74, y J.A. 69-586; Id., 25-6-41, Fallos 190:124, L.L. 23-270, y J.A. 75-356; Id., 31-5-44, "Godoy, Silvio A.", Fallos 198:467; Id., 9-4-47, "Imbrogno, Ernesto vs. La Martona S.A.", Fallos 207:293, L.L. 46-382, y J.A. 1947-I-866; Id., 1-10-47, "Provincia de Tucumán vs. Cía. Hidroeléctrica de Tucumán" Fallos 209:28, J.A. 1967-IV-260; Id., 6-9-48, "Gani Made, Abdul vs. Banco de Londres y América del Sur", Fallos 211:1533; Id., 15-12-48, "Schvartzman, Enrique", Fallos 212:447; Id., 28-11-49, "Rojo, Luis César", Fallos 215:357, y L.L. 58-62; Id., 13-6-50, Fallos 217:95, y L.L. 59-585; Id., "Cazeneuve, Adolfo vs. Portel, Pedro", 15-9-52, Fallos 223-428; Id., 18-9-52, "Graffigna, Santiago, Bodegas y Viñedos S.A. Ltda.", Fallos 223:430; Id., 2-3-53, "Gerli, Luis José", Fallos 225:123; Id. 19-7-54, "Silva, Amaro vs. Luna, Pablo" Fallos 229:411; Id. 3-8-60, "Laguens, Néstor Carlos", Fallos 247:419.

⁹⁹ GUASP, Jaime: "Derecho Procesal Civil", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, tomo I, 1968, pág. 172.

la contumacia del citado, u omisión de su defensa, luego de haberle brindado la oportunidad razonable de ejercer su derecho de defensa¹⁰⁰. Al respecto se ha señalado que condicionar la existencia del proceso a la presencia del demandado, sería ofrecer a éste unas posibilidades enormemente exageradas, de tal manera que se pondría en sus manos la existencia misma de la jurisdicción: con no personarse en el proceso, el demandado evitaría una eventual condena en la sentencia; por ello se ha entendido que el principio de contradicción queda a salvo con dar la posibilidad y medios al demandado para ser oído; lo que se concreta en una citación a juicio regular y válida conforme al derecho¹⁰¹. Como concluye Clemente Díaz, el proceso no puede ser obstaculizado en su desenvolvimiento por la ausencia de uno de los justiciables, siempre que se le haya dado la razonable oportunidad de ser oído¹⁰².

La garantía de la defensa en juicio no ampara la negligencia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la garantía de defensa no ampara la negligencia de las partes, lo que significa que quien ha tenido la oportunidad para ejercer sus derechos responde por la omisión que le es imputable¹⁰³.

Supuestos excepcionales de desplazamiento del contradictorio

El principio de contradicción rige en todos los casos y no tiene excepciones¹⁰⁴.

Puede ocurrir, sin embargo, que el principio sufra ciertas restricciones, consideradas por el legislador como favorables a la justicia¹⁰⁵. Y es así que en algunos supuestos se establece un *desplazamiento* de la oportunidad del contradictorio¹⁰⁶, en los que la unilateralidad es meramente condicional¹⁰⁷.

En algunos procesos se restringe la materia a discutir, difiriéndose la controversia para

¹⁰⁰ DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 217.

¹⁰¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor: "Derecho Procesal Civil. Parte General", Madrid, Colex, 2003, pág. 193.

¹⁰² DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 217.

¹⁰³ CSJN, 1984, "Trerotola, Miguel y otros", Fallos 306:195; Id., 4-2-1999, "Gorordo Allaria de Kralj, Haydée vs. Estado Nacional", Fallos 322:73; Id. 24-8-2004, "García, Ernesto vs. Servicio Nacional de Sanidad Animal", Fallos 327:3503; E.D. Administrativo 2004-323.

¹⁰⁴ DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 214 y nota 5.

¹⁰⁵ WYNESS MILLAR, Robert: "Los Principios formativos del Procedimiento Civil", traducción de Catalina Grossmann, Buenos Aires, Ediar, 1945, pág. 52.

¹⁰⁶ DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 214; PALACIO, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 263.

¹⁰⁷ WYNESS MILLAR, Robert: "Los Principios formativos del Procedimiento Civil", traducción de Catalina Grossmann, Buenos Aires, Ediar, 1945, pág. 55.

un juicio posterior¹⁰⁸: es lo que ocurre, por ejemplo, en los *juicios ejecutivos* en que, frente a la existencia de un título ejecutivo, se limitan las defensas oponibles a las expresamente establecidas por la ley y se prohíbe la discusión de la causa de la obligación en él contenida (art. 544 inc. 4° CPCCN); la controversia, entonces, queda restringida porque no se puede discutir aquello que está prohibida, con lo que tal juicio no constituye la vía idónea para el examen y solución integral del conflicto¹⁰⁹. Sin embargo, se admite en un juicio posterior la discusión plena de aquellos aspectos del conflicto cuya discusión se ha restringido en el primer juicio (art. 553 CPCCN)¹¹⁰.

Otro supuesto en que se pospone el contradictorio lo constituye el denominado proceso "*monitorio*"¹¹¹, en el que, en aras de la rapidez, se permite que frente al pedido del accionante, y sin previa contradicción, se emita una sentencia provisional (la sentencia monitoria) ordenando al demandado el cumplimiento de una determinada prestación. Y luego, en una etapa ulterior, se le concede la oportunidad para que formule su oposición, fijándole un plazo a tales efectos¹¹². Es decir, en este caso el carácter unilateral que muestra en su origen el procedimiento es meramente condicional, porque luego se conforma el contradictorio y se le permite al demandado formular su oposición¹¹³.

Excepcionalmente, y por la naturaleza propia de determinados procesos, como ocurre con aquellos en que se solicita una *medida cautelar*, los ordenamientos procesales permiten el dictado de una resolución y la efectivización de la medida que ordena sin la previa audiencia de la parte a la que afecta, es decir *inaudita parte*. Pero ello no significa negar en forma absoluta la aplicación del principio en cuestión, sino que se difiere su aplicación para una etapa posterior, en la que el afectado puede impugnar la decisión¹¹⁴, y obtener su revocación

¹⁰⁸ PALACIO, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 263; tomo VII, 1982, págs. 771/773.

¹⁰⁹ PALACIO, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo VII, 1982, págs. 332/333.

¹¹⁰ PALACIO, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo Perrot, tomo VII, 1982, pág. 774/775. Dice este autor que el proceso de conocimiento posterior al ejecutivo no tiene por objeto la revisión o reexamen de las cuestiones decididas en la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, sino agotar el debate y solución de aquellos puntos que, si bien involucrados en el conflicto, no pudieron resolverse en dicho juicio a raíz de las limitaciones impuestas al conocimiento judicial.

¹¹¹ WYNESS MILLAR, Robert: "Los Principios formativos del Procedimiento Civil", traducción de Catalina Grossmann, Buenos Aires, Ediar, 1945, pág. 54.

¹¹² LOUTAYF RANEA, Roberto G.: "Proceso Monitorio", en MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L., y BERIZONCE, Roberto O.: "Códigos Procesales...", Buenos Aires -Abeledo-Perrot-, La Plata - Lib. Edit. Platense-, tomo X-A, 2004, págs. 495 y ss., específicamente pág. 498.

¹¹³ WYNESS MILLAR, Robert: "Los Principios formativos del Procedimiento Civil", traducción de Catalina Grossmann, Buenos Aires, Ediar, 1945, pág. 55.

¹¹⁴ ALSINA, Hugo: "Tratado ...", Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1963, pág. 458; PALACIO, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, pág. 263.

si resultase no conforme con el derecho de los contendientes¹¹⁵. Es decir, como señala Clemente Díaz, se difiere la eventualidad de la controversia al momento inmediato posterior al perfeccionamiento de la medida cautelar¹¹⁶. Como en el caso del proceso monitorio, la unilateralidad original del procedimiento es meramente provisional porque luego se permite al afectado por la medida ejercer su defensa¹¹⁷; pero quizás la unilateralidad es un poco más acentuada en cuanto permanece hasta la efectivización de la medida dispuesta.

Algo similar ocurre con los *procesos urgentes*, y en particular con las denominadas *medidas autosatisfactivas*,¹¹⁸ en que la “urgencia”, se traduce muchas veces en la postergación del contradictorio, de manera que el destinatario de la medida será escuchado después de despachada la diligencia de que se trate, salvo que el juez, por las particulares circunstancias del caso- estime acertado imprimirle una breve sustanciación¹¹⁹: así ha sido legislada este tipo de medida en algunos códigos provinciales, como es el caso del de la Provincia del Chaco y Formosa (ambos en el art. 232 bis). Otro criterio, en cambio, considera que siempre debe cumplirse con un contradictorio previo¹²⁰. Hay incluso quienes sostienen la inconstitucionalidad de las medidas autosatisfactivas, porque al agotarse en sí mismas no permiten –aun existiendo traslado previo- que se torne operativa la garantía humana del proceso, reconocida tanto por la Constitución Nacional como por el Derecho internacional de los Derechos Humanos¹²¹.

Hay recursos de menor importancia, como ocurre con el de reposición, que, en

¹¹⁵ REIMUNDÍN, Ricardo: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Editorial Viracocha, tomo I, 1956, pág. 161.

¹¹⁶ DÍAZ, Clemente: “Instituciones de Derecho Procesal”, Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 214.

¹¹⁷ WYNESS MILLAR, Robert: “Los Principios formativos del Procedimiento Civil”, traducción de Catalina Grossmann, Buenos Aires, Ediar, 1945, pág. 55.

¹¹⁸ Sobre el tema, ver PEYRANO, Jorge W. y EGUREN, María C.: “La batalla por la entronización legal de la medida autosatisfactiva”, J.A. 2007-IV-1450; GONZÁLEZ, Evangelina M.: “Aportes jurisprudenciales a las medidas autosatisfactivas”, L.L. Buenos Aires, 2010-709; JUNYENT BAS Francisco y DEL CERRO, Candelaria: “En torno a la caracterología de las medidas autosatisfactivas”, E.D. 232-712.

Las medidas “autosatisfactivas” se diferencian de las “medidas cautelares” en que éstas se fundan en la verosimilitud del derecho y tienen un carácter instrumental y accesorio porque están destinadas a asegurar el resultado práctico de la sentencia a dictarse en el proceso principal más no a convertirse en tal (CSJN, 9-3-2004, “Pou, Pedro vs. Poder Legislativo”, Fallos 327:320, L.L. 2004-C-30, J.A. 2004-II-43), a diferencias de las autosatisfactivas en que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de un pretensión principal, y su dictado se asienta sobre una verosimilitud “calificada” del derecho material alegado (existe una fuerte atendibilidad) y una urgencia impostergable (ESTEVARENA, María Florencia: “La flexibilización de los principios procesales y la tutela judicial efectiva”, L.L. Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012-1).

¹¹⁹ BORETTO, Mauricio: “La tutela autosatisfactiva operando en la práctica”, Buenos Aires, El Derecho, 2005, pág. 19.

¹²⁰ SC Buenos Aires, 19-5-10, “R.V. y T.I., s/Medida autosatisfactiva contra Poder Ejecutivo. Reclamo de actos particulares”, citado por GONZÁLEZ, Evangelina M., L.L. Buenos Aires, año 2010, pág. 709.

¹²¹ CALVINHO, Gustavo y BORDENAVI, Leonardo: “Medidas cautelares, tutelas anticipadas y medidas autosatisfactivas. Su diferenciación e impacto frente al derecho de defensa en juicio”, L.L. 2011-B, ap. 5.

determinados supuestos, se resuelven sin sustanciación¹²². Por ejemplo, el art. 240, segundo párrafo del CPCCN establece que la "*reposición de providencias dictadas de oficio o a pedido de la misma parte que recurrió, será resuelta sin sustanciación*".

Conflicto y controversia

No es lo mismo conflicto que controversia: mientras el "**conflicto**" es el choque de intereses en una determinada situación, la "**controversia**" es la discusión en sí de ese choque de intereses¹²³. Dice Falcón que la narración y descripción de cada parte pretende que los hechos sean el fundamento de su pretensión o su defensa en un conflicto jurídico, es decir, un choque de "intereses (los intereses pueden ser observados "subjetivamente" [percepción que cada uno tiene de las divergencias de intereses con otras partes con la que se relaciona], o pueden ser observados "objetivamente"), conflicto que ha derivado en una controversia, o discusión sobre ese conflicto que es lo que se plantea en el juicio¹²⁴.

El lugar en donde normalmente se produce la controversia entre las partes es en el proceso; y en tal caso se habla de proceso *contradictorio*, en el que debe aplicarse plenamente el principio de bilateralidad de la audiencia o de contradicción¹²⁵.

La Jurisdicción presupone la existencia o la mera invocación de un conflicto cuya solución se persigue¹²⁶; pero pueden existir actuaciones jurisdiccionales sin controversia (por ej. juicio en rebeldía; o con allanamiento, renuncia, etc.)¹²⁷. Como señala Clemente Díaz, la controversia es sólo un elemento posible, pero no esencial, para el ejercicio de la

¹²² COUTURE, Eduardo J.: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 184.

¹²³ DI IORIO: "Aproximación al concepto de jurisdicción en el ordenamiento jurídico nacional", E.D. 104-975, n° 9; ALVARADO VELLOSO, Adolfo: "Introducción al estudio del Derecho Procesal", Primera parte, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1989, pág. 24-25.

Couture dice que "conflicto" es toda pretensión resistida o toda pretensión insatisfecha. "Controversia" es toda cuestión de hecho o de derecho que, no pudiendo resolverse mediante los procedimientos de autotutela o autocomposición, reclaman un pronunciamiento de los órganos del Estado (COUTURE, Eduardo J.: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Depalma, 1993, págs. 42/43).

Lascano también distingue entre conflicto y controversia. O mejor dicho, entre "litis" y "controversia". Para que haya controversia, dice, es necesario discusión, manifestación contraria de opiniones; para que exista litis, en cambio, basta una actitud contraria, una posición o postura opuesta, como la resistencia a cumplir la obligación, o la negativa del derecho del otro (LASCANO: "Jurisdicción y Proceso", en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina", págs. 369 y ss., específicamente pág. 379).

¹²⁴ FALCÓN, Enrique M.: "Lógica y Justificación del razonamiento probatorio", en "La Prueba en el Proceso Judicial", Eduardo OTEIZA Coordinador, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2009, pág. 77 y ss., específicamente pág. 139.

¹²⁵ BIDART CAMPOS, Germán J.: "Manual de la Constitución Reformada", Buenos Aires, Ediar, tomo II, 2005, pág. 328.

¹²⁶ LASCANO: "Jurisdicción y Proceso", en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina, págs. 369 y ss., específicamente pág. 374.

¹²⁷ DI IORIO: "Aproximación al concepto de jurisdicción en el ordenamiento jurídico nacional", E.D. 104-975, N° 9; LASCANO: "Jurisdicción y Competencia", pág. 13; DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", tomo II, vol. A, pág. 65 y nota 8.

Jurisdicción¹²⁸. La **controversia** tiene vinculación con el **principio de contradicción** o bilateralidad de la audiencia (*audiatur et altera pars*)¹²⁹.

Puede ocurrir que el conflicto no sea llevado a los estrados judiciales: en tal caso, existe el conflicto, pero no se produce la controversia en sede judicial. El conflicto puede ser solucionado por las mismas partes, si se trata de materia disponible en que el ordenamiento jurídico no exige la intervención judicial. Caso contrario, deben hacer el planteo respectivo ante la Jurisdicción.

Si el conflicto ha sido llevado a los tribunales, y luego sobreviene renuncia de una parte o allanamiento de la otra (en los supuestos en que resultan admisibles por tratarse de materia disponible), en tal caso el conflicto existe hasta que tienen lugar tales actos; y no sólo ha existido el conflicto sino también pudo haber existido controversia si hubo discusión judicial con anterioridad a que se concreten tales actos.

Algo similar ocurre en los supuestos de divorcio por presentación conjunta: en estos casos el conflicto entre las partes existe; y al no poderlo solucionar por sí mismas (en los ordenamientos que prohíben hacerlo por considerar que se trata de materia indisponible), deben recurrir a la Jurisdicción, quien no está vinculada por la voluntad de las partes, sino que debe determinar si se dan las causas que justifican la solución pretendida. Están ambas partes de acuerdo en la solución (los dos cónyuges piden la declaración de divorcio) y no presentan controversia al respecto; pero ello no quita la existencia del conflicto, el que permanece hasta tanto se dicte la sentencia respectiva¹³⁰.

Principales aplicaciones del principio de contradicción

El principio de bilateralidad presupone y exige la participación de ambos litigantes en los actos de instrucción de un proceso, es decir, en aquellos que aportan al juicio el material de conocimiento, los cuales, en términos generales están representado por las *alegaciones* y las *pruebas*, para cuya realización se deben brindar a las partes iguales posibilidades para

¹²⁸ DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", tomo II, vol. A, pág. 21.

¹²⁹ ALSINA: "Tratado...", tomo 1, págs. 457/458; PALACIO: "Derecho Procesal Civil", tomo 1, pág. 263.

¹³⁰ Señala Lascano que hay conflicto en los juicios sobre nulidad de matrimonio o divorcio por acuerdo de partes en los países donde es permitido, si no obstante la conformidad de los cónyuges, la ley exige la declaración judicial sobre la existencia de la causal de nulidad o divorcio en su caso. Una cosa es que las partes conozcan y estén de acuerdo acerca de la solución que corresponde dar a la litis y otra que puedan solucionarla directamente; cuando les está vedado hacerlo en otra forma, se les crea una situación de aprieto, de verdadero conflicto cuya solución sólo puede declararla el Juez. De ahí que cuando la ley no exigen la intervención judicial, el conflicto desaparece si las partes están de acuerdo y la cuestión se torna de carácter administrativo (LASCANO: "Jurisdicción y Proceso", en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina, págs. 369 y ss., específicamente pág. 378).

hacerlo. Como señala Bidart Campos, conforme al principio de *bilateralidad* o *contradicción* cada parte debe tener conocimiento de la pretensión de su oponente, debe gozar del derecho de defensa, y debe poder controlar los actos procesales propios y ajenos; y en general, cada parte debe tener la ocasión suficiente de participación útil en el proceso¹³¹.

Este principio está presente en todo el trámite del proceso y en todas las instancias que puedan componerlo; es decir, en los escritos introductorios (demanda y contestación), en la producción de las pruebas propias como en las ofrecidas por la contraria; en las alegaciones sobre el mérito de la prueba; y luego de dictada la sentencia de primera instancia, en la fundamentación de los agravios y sus contestaciones en las instancias ulteriores (si las hay), como también en la producción de las pruebas en aquellos supuestos en que el ordenamiento procesal lo permita en estas nuevas instancias, y luego en las alegaciones sobre su mérito.

A los efectos de hacer efectivo el principio de contradicción resultan de particular importancia el sistema de notificaciones, la citación y emplazamiento, los traslados y vistas¹³².

Siguiendo el desarrollo de un juicio se pueden señalar las siguientes aplicaciones del principio de contradicción:

- Toda demanda debe notificarse al demandado, de conformidad a las formas establecidas por la ley, a quien se lo debe emplazar (otorgarle un plazo razonable) para que comparezca y la responda. Al demandado en un juicio se lo "cita" a comparecer, y se lo "emplaza" para que brinde su respuesta; debe tratarse de una citación a juicio regular y válida conforme al derecho¹³³.

- Con relación a las pruebas, el principio de contradicción es esencial en la producción de las mismas para que pueda oponerse a su admisibilidad, controlar su producción en caso de admitírsela, o plantear su nulidad en los supuestos en que tuviera un vicio; y luego de producidas las pruebas, ambas partes deben tener iguales posibilidades de exponer sus conclusiones sobre el resultado de las mismas; se trata de los denominados "alegatos de bien probado" (arts. 482 y cc. CPCCN).

- Toda resolución judicial debe ser notificada a ambas partes, las que deben tener iguales posibilidades de impugnarla a través de los recursos pertinentes –si están previstos en

¹³¹ BIDART CAMPOS, Germán J.: "Manual de la Constitución Reformada", Buenos Aires, Ediar, tomo II, 2005, pág. 328.

¹³² REIMUNDÍN, Ricardo: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Editorial Viracocha, tomo I, 1956, pág. 161.

¹³³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor: "Derecho Procesal Civil. Parte General", Madrid, Colex, 2003, pág. 193

la legislación respectiva¹³⁴-, en cuya tramitación, también deben observarse los postulados del debido proceso y defensa en juicio.

- En todo incidente que se promueva debe respetarse también el contradictorio (arts. 180, 350 y cc. CPCCN).

Para que la sentencia definitiva adquiera la cualidad de *cosa juzgada*, debe haberse dictado en un proceso en donde se hayan observado las formas del debido proceso; y en cuanto a su contenido, haber respetado el principio de congruencia, es decir, guardar relación con las pretensiones deducidas y defensas opuestas por las partes.

El principio de bilateralidad o contradicción en materia de prueba

Cuestión de puro derecho

Todo proceso puede desarrollarse como de “puro derecho” o con apertura a prueba. Se abre la causa a prueba si existen hechos conducentes a la solución del litigio sobre los que no hay conformidad entre las partes (arts. 359 y 360 CPCCN). Es decir, los hechos que deben ser objeto de prueba los hechos “conducentes” (útiles para la solución del litigio) y “controvertidos”¹³⁵.

Una causa se declara “*como de puro derecho*” cuando hay conformidad de las partes sobre los hechos (no hay discrepancia entre ellas respecto a la forma cómo sucedieron los hechos, o sea, no hay “hechos controvertidos”), y por lo tanto no es necesaria la apertura a prueba¹³⁶. Sin embargo, hay ordenamientos que también utilizan el trámite previsto para las

¹³⁴ En el proceso no penal no es inconstitucional la instancia única (BIDART CAMPOS, Germán J.: “Manual de la Constitución Reformada”, Buenos Aires, Ediar, tomo II, 2005, pág. 332).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la doble instancia no configura una garantía constitucional de la defensa en juicio (CSJN, 8-9-77, “Juiz”, Fallos 298-665; íd., 20-11-79, “Juárez”, Fallos 301-1066; íd., 10-12-81, “Loza”, Fallos 303-1929; íd., 18-6-85, “Bonorino Peró”, Fallos 307-966; íd., 16-2-89, “Travaglio”, Fallos 312-195, y E.D. 134-850, n° 18; íd. 25-8-98, E.D. 184-61). Pero si la doble instancia está instituida por la ley, ella integra la defensa en juicio (CSJN, 10-12-81, “Loza”, Fallos 303-1929; íd., 18-6-85, “Bonorino Peró”, Fallos 307-966; íd. 25-8-98, “Fisco Nacional – Dirección General Impositiva c/ Lencemar S.A.”, Fallos 321:2305, E.D. 184-61. Conf. SAGÜÉS, Néstor P.: “Elementos de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Astrea, 2003, tomo 2, pág. 788) y la frustración a su acceso configura un agravio a dicha garantía (CSJN, 29-8-55, “Abelnur de Russo, Victoria vs. Corporación de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 232:664; íd., 25-8-83, “Brussino, Francisco”, E.D. 106-227; conf. BIDART CAMPOS, Germán J.: “Manual de la Constitución Reformada”, Buenos Aires, Ediar, tomo II, 2005, pág. 332).

¹³⁵ FALCÓN, Enrique M.: “Lógica y Justificación del razonamiento probatorio”, en “La Prueba en el Proceso Judicial”, Eduardo OTEIZA Coordinador, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2009, pág. 77 y ss., específicamente pág. 108.

¹³⁶ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, La Ley, tomo II, 2006, pág. 377).

Dice Alsina que si el demandado reconoce el hecho constitutivo afirmado por el actor, pero niega que exista una norma jurídica que le ampare o que la norma invocada tenga la extensión que aquél le atribuye, se dice que la cuestión es de puro derecho (ALSINA, Hugo: “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediar, tomo III, 1961, pág. 216).

cuestiones de puro derecho (nuevo traslado por su orden a las partes) en los supuestos en que las partes manifestaren que no tienen ninguna prueba a producir o que ésta consiste únicamente en las constancias del expediente o en la documental ya agregada o no cuestionada o la ya producida (art. 362 CPCCN con anterioridad a la reforma introducida por ley 24.573; art. 362 CPCC Salta): en estos últimos supuestos, no existe propiamente una cuestión de puro derecho porque hay hechos controvertidos y pruebas respecto a los mismos, pero la cuestión se tramita “*como de puro derecho*”¹³⁷. En ese sentido dice Eisner que las cuestiones de “puro derecho” son aquellas en que hay acuerdo expreso sobre los hechos y sólo discrepan las partes en la inteligencia o interpretación del derecho; que son pocas las cuestiones de riguroso “puro derecho”; en cambio, son frecuentes aquellas en que, a criterio del juez o de las partes, existen en los autos elementos bastantes para tener por fijados y ciertos los hechos, lo que hace innecesaria la apertura a prueba y que el magistrado debe estimar con sentido definitorio para decidir que está en condiciones de resolver la contienda “como de puro derecho” (como si fuera solamente jurídica) o sea prácticamente un arbitraje normológico sobre una plataforma fáctica tenida por acordada y firme para luego aplicar las consecuencias que sean pertinentes en la dilucidación del conflicto judicial¹³⁸.

Concepto del principio de contradicción de la prueba

Si bien el proceso civil no puede ni debe ser conducido en términos estrictamente formales, la actividad probatoria de las partes está sujeta a ciertas limitaciones en cuanto a su forma y tiempo; de otro modo los juicios no tendrían fin y se sacrificaría –con consentimiento del tribunal–, el principio de bilateralidad integrante del derecho de defensa de la contraparte¹³⁹.

La declaración de puro derecho entendida como un supuesto excepcional frente a la regla de la apertura a prueba y el principio de amplitud, instituidos en resguardo del derecho de defensa, sólo es viable cuando del relato del actor y demandado, sobre los episodios ocurridos con motivo de la relación o situación jurídica que los vincula no surge disconformidad (CNCiv., Sala A, 9-3-1999, E.D. 184-466).

Si bien la declaración de puro derecho es excepcional, pues la regla es la apertura a prueba, si hay certeza de que no existen hechos controvertidos útiles para la decisión de la causa, susceptible de comprobación, es de aplicación lo normado por el art. 359, segunda parte, del CPCCN (CNCiv., Sala C, 13-7-2000, E.D. 192-594, SJ-846).

Una causa sólo podrá ser declarada de puro derecho en aquellos casos en que la existencia de un período probatorio resulte manifiestamente inútil, sea porque los medios de prueba resulten de comprobada imposibilidad de acceso para los litigantes o porque ésta surja de las constancias de los respectivos autos sin que exista contradicción respecto a su procedencia o pertinencia (CApel. Civ. y Com. Rosario, Sala III, voto del doctor Cúneo, 10-8-2011, La Ley Online cita AR/JUR/48650/2011).

¹³⁷ Dice Arazi que cuando en el proceso no hay hechos controvertidos o, habiéndolos, pueden acreditarse con las constancias agregadas en los autos, el juez declarará la cuestión de puro derecho (FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 1993, pág. 254).

¹³⁸ EISNER, Isidoro: “Acuerdo de partes sobre los ‘hechos conducentes’ y declaración de la causa ‘como de puro derecho’”, L.L. 1992-A-382, ap. IV y V.

¹³⁹ CNCCom., Sala B, 23-12-1991, L.L. 1993-C-251.

Conforme señala Couture, así como no se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin una rigurosa fiscalización del juez y del adversario; pues una prueba que se produce a espaldas del otro litigante, por regla general, es ineficaz¹⁴⁰. El principio de contradicción de la prueba significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar¹⁴¹. Por lo tanto, para que la prueba sea válida o por lo menos eficaz, debe ser producida con audiencia o con intervención de la parte contraria, de modo que ésta pueda fiscalizar su ordenada asunción y contar con la posibilidad de ofrecer prueba en descargo¹⁴².

La posibilidad de fiscalización de la prueba por el adversario debe cumplirse a lo largo de todo el proceso de incorporación de ella al juicio: por lo general un medio de prueba es comunicado a la parte contraria inmediatamente después de formulado el pedido; continúa la fiscalización durante el diligenciamiento; luego de incorporado el medio de prueba al juicio mediante los procesos legales de impugnación; y oportunamente pueden las partes discutir sobre el mérito probatorio; por lo tanto, el contradictorio se produce antes, durante y después de la producción de la prueba¹⁴³. En este aspecto se ha señalado que el método contradictorio permite a las partes respecto de la prueba propuesta por la contraria (y con mayor razón frente a las medidas para mejor proveer): a) contestar su relevancia y oportunidad, b) participar en su asunción, c) deducir pruebas contrarias (contraprueba), d) discutir la eficacia de la prueba aun antes de las decisiones¹⁴⁴.

El principio de contradicción de la prueba como requisito esencial para su validez

El principio de contradicción de la prueba es una manifestación de otro principio procesal más amplio y esencial como es el de bilateralidad¹⁴⁵, el cual, a su vez, integra la

¹⁴⁰ COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del derecho procesal civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 253.

¹⁴¹ CApel.Civ.Com. y del Trabajo de Villa Dolores, 24-4-97, L.L. Córdoba 1998-419, La Ley Online cita AR/JUR/2842/1997, con cita de DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Teoría General de la Prueba Judicial”, tomo I, pág. 123, 5ª edición, 1981. Conf. RAGUSA, Azucena Beatriz: “Criterios para la valoración de la prueba en el ámbito general y laboral”, DT, 2003-A-772, ap. I, g.

¹⁴² KIELMANOVICH, Jorge L.: “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2004, pág. 66.

¹⁴³ COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del derecho procesal civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 253.

¹⁴⁴ BERIZONCE, Roberto O.: “El principio del contradictorio y su operatividad en la prueba”, en Revista de Derecho Procesal 2005-1 Prueba – I, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2005, pág. 134; JIMÉNEZ, María Eugenia: “Poderes Instructorios del juez. Medidas para mejor proveer. Activismo judicial versus garantismo. Nuevas tendencias y recaudos de la CSJN”, L.L. Córdoba 2010-130.

¹⁴⁵ CApel.Civ.Com. y del Trabajo de Villa Dolores, 24-4-97, L.L. Córdoba 1998-419, La Ley Online cita AR/JUR/2842/1997, con cita de DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Teoría General de la Prueba Judicial”, tomo I, pág. 123, 5ª edición, 1981.

garantía de la defensa en juicio¹⁴⁶.

El principio de contradicción de la prueba constituye un requisito esencial para su validez y autoridad¹⁴⁷. En ese sentido se ha dicho que el principio de contradicción es una exigencia procesal vinculada a la defensa en juicio y toda diligencia de prueba que se produzca dentro del proceso, para ser eficaz, debe ser notificada con anticipación¹⁴⁸.

El principio de contradicción de la prueba y la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez

El principio de contradicción de la prueba también tiene relación con la prohibición al juez de aplicar su conocimiento privado sobre los hechos causa del litigio. En tal sentido se ha dicho que la máxima que prohíbe aplicar el conocimiento privado del juez se refiere a la necesidad de que los presupuestos fácticos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados, sin que las mismas puedan ser suplidas con el conocimiento personal o privado que tenga quien debe decidir en el caso, porque ello sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio¹⁴⁹.

El principio de contradicción y las distintas etapas del trámite probatorio

Como se ha señalado, entonces, el principio de contradicción es esencial en materia probatoria en cuanto cada parte puede contradecir la ofrecida por la contraria. Es decir, las pruebas ofrecidas por una de las partes debe ser comunicada a la otra para que la reconozca o la niegue (si se trata de la documental -art. 356 inc. 1° CPCCN), o se pronuncie en su caso sobre su inadmisibilidad (como sería el caso, por ejemplo de los testigos excluidos a que se refiere el art. 427 del CPCCN).

Debe notificárseles también todo lo vinculado a su producción para que pueda

¹⁴⁶ CNCom., Sala B, 23-12-1991, L.L. 1993-C-251, consid. 5°.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 21-8-1997, “Barreto, José y otros c. Provincia de Entre Ríos”, Fallos 320:1789, L.L. 1998-B-471, DJ 1998-1-1058, La Ley Online cita AR/JUR/3873/1997) que, si bien la garantía constitucional de la defensa en juicio no se opone a su reglamentación en beneficio de la correcta sustanciación de las causas (CSJN, 6-12-39, “Madlener, Godofredo, Fallos: 185:242, La Ley, 16-1012; Id., 1954, “Arteta Álvarez y Cía. S.R.L.”, Fallos 229:761), cabe también señalar que en su aspecto más primario se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad que supone, en substancia, que las decisiones judiciales deben ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, es decir, dándole la oportunidad de defensa. Asimismo, la mencionada garantía se encuentra satisfecha sólo cuando se da a las partes la oportunidad de ser oídas y de probar de algún modo los hechos que creyeran conducentes a su descargo (CSJN, 31-10-1989, “Agronorte S.A.A.C.I.F.I.”, Fallos: 312:2040, entre otros), de modo tal de no alterar el equilibrio procesal de los litigantes.

¹⁴⁷ CApel.Civ.Com. y del Trabajo de Villa Dolores, 24-4-97, L.L. Córdoba 1998-419, La Ley Online cita AR/JUR/2842/1997, con cita de DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Teoría General de la Prueba Judicial”, tomo I, pág. 123, 5ª edición, 1981; CNTrab., Sala IX, 31-5-2004, DJ 2004-3-831, La Ley Online, cita AR/JUR/2312/2004.

¹⁴⁸ CApel.Civ.Com. Córdoba, 3ª Nominación, 8-6-1979, La Ley Online cita AR/JUR/4008/1979.

¹⁴⁹ CNTrab., Sala IX, 31-5-2004, DJ 2004-3-831, La Ley Online, cita AR/JUR/2312/2004.

controlarla, e impugnarla en su caso.

Luego de producidas las pruebas, ambas partes deben tener iguales posibilidades de exponer sus conclusiones sobre el resultado de las mismas; se trata de los denominados "alegatos de bien probado" (arts. 482 y cc. CPCCN), que son las valoraciones que realizan las partes en la etapa que a tales efectos se fija al final del proceso sobre las alegaciones y pruebas incorporadas al mismo¹⁵⁰, no pudiéndose introducir en los alegatos pretensiones no formuladas en la demanda¹⁵¹. La doctrina y jurisprudencia han considerado que el alegato no es una pieza fundamental ni esencial del proceso, ya que no implica la incorporación de elementos novedosos al proceso¹⁵², y que su no presentación ningún perjuicio ni sanción deriva para el litigante, salvo los que se deriven de su natural merma en la defensa; por tal motivo se ha considerado que no es nula la sentencia pronunciada sin que se hubieran agregado previamente los alegatos, si no concurre un verdadero perjuicio en cabeza de quien solicita la declaración de nulidad¹⁵³; sin embargo, han existido fallos que ha resuelto que la falta de agregación del alegato realizado por una de las partes conduce a declarar la nulidad de

¹⁵⁰ MORELLO, Augusto M. – SOSA, Gualberto Lucas – BERIZONCE, Roberto Omar: "Códigos Procesales en lo Civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", Buenos Aires –Abeledo-Perrot-, La Plata –Librería Editora Platense-, V-B, 1993, pág. 542.

El alegato es una exposición escrita, que no tiene forma determinada por la ley, pero que debe limitarse al análisis de la prueba frente a los hechos afirmados, estableciendo las conclusiones que de ella deriven (ALSINA, Hugo. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Buenos Aires, Ediar, tomo III, 1961, pág. 705)

El alegato es la facultad que tiene el litigante de apreciar los datos obrantes en el proceso, y como acto procesal, posee una función precisa, limitada a la expresión del juicio de cada parte sobre el resultado de la actividad probatoria (CNCiv., Sala B, 16-1-1982, J.A. 1983-II-487; SC Buenos Aires, 10-7-1979, E.D. 85-810).

El alegato debe estar referido procesalmente a la sola meritación de la prueba y cuyo contenido, por su naturaleza, no puede ser controvertido. El alegato únicamente posibilita a las partes, exponer conclusiones que les sugieren las pruebas producidas (CNCiv., Sala F, 22-6-1983, L.L. 1983-D-146).

El alegato no critica; sintetiza el acierto, mérito u operancia del análisis según cada parte valora (CNCiv., Sala A, 8-4-1985, L.L. 1985-E-195).

Si bien la no presentación del alegato, ningún perjuicio ni sanción conlleva al litigante, en él encontrará el sentenciante recapitulados en forma metódica los hechos en que las partes fundan sus pretensiones, la prueba que a cada uno de ellos se refiere y las razones que se aducen para demostrar el derecho (CApel. Civ.Com. 5ª Nominación de Córdoba, 8-8-1994, L.L. Córdoba 1995-35).

La función del alegato se circunscribe a la expresión del juicio de cada parte sobre el resultado de la actividad probatoria (CNCiv.Com.Fed., Sala II, 5-7-2000, L.L. 2001-B-616; DJ 2001-2-387).

¹⁵¹ CSJN, 11-8-1972, "La Florida S.R.L. vs. Gobierno nacional", L.L. 148-408; SC Buenos Aires, 20-5-1980, La Ley Online cita AR/JUR/7228/1980; CNCiv.Com.Fed, Sala II, 7-6-1991, L.L. 1992-A-422, y DJ 1992-1-799; CApel.Civ.Com. 1ª Nominación de Córdoba, 26-7-1994, L.L. Córdoba, 1994-894.

¹⁵² ALSINA, Hugo: Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Buenos Aires, Ediar, tomo III, 1961, pág.708; EISNER, Isidoro: "Nuevos planteos procesales", Buenos Aires, 1991, pág. 192; CNCiv., Sala F, 22-6-1983, L.L. 1983-D-146; CNCiv.Com.Fed., Sala II, 5-7-2000, L.L. 2001-B_616; DJ 2001-2-387.

¹⁵³ ALSINA, Hugo: Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal", Buenos Aires, Ediar, tomo III, 1961, pág.708; EISNER, Isidoro: "Nuevos planteos procesales", Buenos Aires, 1991, pág. 192; CApel.Civ.Com. Rosario, Sala VI, 7-8-1995, DJ 1996-1-565; La Ley online cita AR/JUR/1023/1995; CNCiv., Sala F, 22-6-1983, L.L. 1983-D-146; CLaboral Santa Fe, Sala II, 11-4-2013, La Ley Online cita AR/JUR/7553/2013.

la sentencia¹⁵⁴.

Prueba anticipada

Las “Diligencias preliminares” están reguladas en los arts. 323 y subsiguientes del CPCCN. Y particularmente respecto a las “pruebas anticipadas” se refieren los arts. 326, 327 y cc. del CPCCN. El art. 327, que lleva por título “**Pedido de medidas preliminares, resolución y diligenciamiento**”, en su cuarto párrafo dispone que “*si hubiese de practicarse la prueba se citará a la contraria, salvo cuando resultare imposible por razón de urgencia, en cuyo caso intervendrá el defensor oficial*”.

Se ha señalado que las medidas previstas por los arts. 326 y 327 del cód. Procesal, denominadas “*instrucción preventiva*”, tienden a recoger pruebas útiles para un proceso futuro o en trámite. Por tanto, se ha sostenido que su finalidad aunque de naturaleza cautelar no es asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia, embargando bienes, sino posibilitar su solución conservando pruebas. De ahí, que se trate de diligencias excepcionales, sólo procedentes si se comprueba *prima facie* que la parte que la propone está expuesta a perder la prueba, o ésta pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período pertinente¹⁵⁵.

Se trata de diligencias excepcionales, sólo procedentes si se comprueba “*prima facie*” que la parte que la propone, está expuesta a perder la prueba, o ésta pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período pertinente¹⁵⁶. Y esta regla impone, como es obvio, un criterio hermenéutico restrictivo¹⁵⁷. Su procedencia no debe ser permitida más allá de lo estrictamente necesario, pues de otro modo podrían quedar comprometidos los principios de igualdad y lealtad, al procurarse una de las partes informaciones por la vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio¹⁵⁸.

Por aplicación del principio de bilateralidad y contradicción, tal como lo prescribe el art. 327 del CPCCN, resulta indispensable la citación a la parte contraria a fin de garantizar

¹⁵⁴ CCiv.Com. Rosario, Sala IV, 7-8-1979, Zeus 26-J, 125; Id., sala II, 28-8-2001, L.L. Litoral 2001-1300; La Ley Online cita AR/JUR/2830/2001.

¹⁵⁵ CNCiv., Sala A, 5-6-2001, E.D. 197-561, SJ-1065.

¹⁵⁶ CNCiv., Sala A, 22-3-2004, L.L. 2004-C-1011; DJ 2004-2-180, 565 y 1039; Id., Sala C, 29-5-2008, DJ 2008-II-2007, y Rep.L.L. 2008-1160, n° 9; CNFed.Civ.Com., Sala I, 6-3-2008, Rep.L.L. 2008-1159, n° 7; DJ, 2008-II-1016.

La parte interesada en la producción anticipada de medidas probatorias debe justificar que existen motivos serios para considerar que su realización puede resultar imposible o muy dificultosa en la etapa procesal correspondiente (CSJN, 20-11-2007, “Boucher, Jean Benoit vs. Ford Motors Argentina S.A.”, Fallos 330:4848, y L.L. 2008-A-147).

¹⁵⁷ CNCiv., Sala A, 22-3-2004, L.L. 2004-C-1011; DJ 2004-2-180, 565 y 1039; C5ªCiv.Com. Córdoba, 2-8-2005, L.L. Córdoba 2006-62, Rep.L.L. 2006-1956, n° 2.

¹⁵⁸ CNCCom., Sala A, 20-7-2001, E.D. 195-146.

adecuadamente su derecho de defensa y el principio de igualdad de los litigantes¹⁵⁹; y sólo podrá prescindirse de la citación cuando ello resultare imposible por “razones de urgencia” en cuyo caso se debe dar intervención al defensor oficial a fin de resguardar el principio de bilateralidad¹⁶⁰.

La jurisprudencia ha resuelto que si no se notificó por cédula a la contraria sobre la producción de la prueba anticipada, ello no impide que la medida resulte hábil para ser considerada en la sentencia si se encuentra acreditado que la pericia fue llevada a cabo en presencia del accionado y con su conocimiento, supuesto en que no se encuentra violado el derecho de defensa, ni la igualdad de las partes en el proceso, garantizándose la bilateralidad

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ, Adriana Rita: “La prueba anticipada de secuestro respecto de documentos informáticos”, DT 2011-857, ap. IV y V; KIELMANOVICH, Jorge L. “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2004, pág.67; FALCÓN, Enrique M.: “Tratado de Derecho Procesal Civil, Comercial y de Familia”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo II, 2006, pág. 874.

Es los supuestos de pruebas anticipadas, es necesario que se respete el contradictorio; cuando en casos de urgencia esto no es posible, debe permitirse a la otra parte la posibilidad de obtener la revisión (COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2006, pág. 28).

El art. 327 del CPCCN contempla la presencia contradictoria (principio de audiencia) de la contraparte, para controlar al menos cuando se lleve a cabo la producción de la prueba. Y si la otra parte no ha sido convocada cuando correspondía, en principio hay nulidad de las actuaciones por quebrantamiento del principio de bilateralidad: *audiatur et altera pars*. Quebrantamiento generador del debido proceso adjetivo o defensa en juicio que exclusivamente puede propinar el tribunal (CHIAPPINI, Julio: “Acerca de la prueba anticipada”, DJ 2004-2-565, ap. II).

Cuando se declara admisible una prueba anticipada debe disponerse la citación de la parte contraria, o bien del defensor oficial, cuando resultare imposible la citación por razones de urgencia, en miras a resguardar el derecho de defensa (CNCiv., Sala A, 27-6-1994, L.L. 1994-D-194).

Corresponde hacer lugar a las medidas requeridas para la realización de una prueba anticipada, consistentes en la habilitación de días y horas, auxilio de la fuerza pública y allanamiento de domicilio, si la diligencia se concreta en la sede del demandado y en presencia de sus directivos, siempre y cuando la medida se notifique de modo previo a su efectivización (CNCom., Sala F, 18-2-2010, Rep. L.L. 2010-1077, n° 3, DJ 2010-2554).

¹⁶⁰ HITTERS, Juan Manuel: “Análisis de la prueba anticipada en un marco global”, L.L. 2003-C-896, ap.III y IX; FALCÓN, Enrique M.: “Tratado de Derecho Procesal Civil, Comercial y de Familia”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo II, 2006, pág. 874-875. Conf. CNCom., Sala A, 5-7-2012, E.D., revista del 18-7-2013, fallo n° 57.983.

En el supuesto de declararse admisible una prueba anticipada, debe disponerse la citación de la parte contraria, o bien, del defensor oficial, cuando resultare imposible la citación por razones de urgencia, en miras a resguardar el derecho de defensa (CNCiv., Sala A, 23-10-2001, E.D. 196-610).

La estructura misma del art. 326 del CPCCN procura asegurar la vigencia del derecho de defensa a todo trance, aun en casos de extrema urgencia, para los que se prevé la citación al defensor oficial, de modo que mediante esa misma restricción se evite la violación del principio constitucional mentado, cuestión que no es un ritualismo estéril (CNCiv., Sala B, 5-9-89, J.A. 1990-III-624).

Si se solicita la producción anticipada de una prueba, sin que el demandado pueda controlarla, resulta indispensable la presencia del defensor oficial a fin de resguardar el derecho de defensa (art. 327 CPCCN) (CNCiv., Sala L., 21-9-98, “Seoane de Carranza, Lidia, vs. Sanatorio Otamendi, Mirolli y otro”, J.A. 2002-II, síntesis; Id. Id., 29-11-2002, J.A. 2003-II-403).

Hay quienes han propuesto la ampliación de los supuestos de prueba anticipada, flexibilizando las exigencias del art. 326 del CPCCN, incluso previendo que, en los casos en que el anoticiamiento prematuro de la prueba pudiera afectar la eficacia de ella, se produzca sin vista a la contraria ni al Defensor Oficial, notificando la medida una vez que la prueba se haya producido (ver PANIGADI, Mariela: “Etapa preliminar al proceso civil”, en L.L. Sup. Dopctrina Judicial Procesal 2009-183, ap. III).

del acto¹⁶¹.

Sobre el tema se ha resuelto que la medida de prueba anticipada no constituye una categoría jurídico procesal de naturaleza autónoma; por el contrario, es sólo un modo excepcional de producir la probanza en cuestión entablado o no el juicio, y de acuerdo con la urgencia para la ejecución. Es necesario observar el principio de bilateralidad durante la producción de la prueba anticipada pues la incorporación de la prueba a producirse, dentro del proceso, puede ser definitiva e imposible de rever en lo futuro con las consecuencias que ello pudiera proyectar en el posterior desarrollo y decisión del litigio¹⁶².

La prueba anticipada la dispone el juez *in audita pars*, es decir, sin sustanciación previa, atendiendo solamente los fundamentos alegados por el solicitante. Pero, como ya se señaló, para su producción corresponde citar a la parte contraria; y si ello resultare imposible por razón de urgencia, deberá darse intervención al defensor oficial¹⁶³.

Se ha dicho que la finalidad de las medidas en análisis contempla, precisamente, el supuesto que el futuro demandado o un tercero alterare las cosas o lugares objeto de aquella y, por tal razón, se prevé que el juez la disponga inaudita parte; empero, por su trascendencia en el litigio y su naturaleza jurídico procesal, es necesario restaurar el desequilibrio inicial que rodea su admisión, resguardando el principio de bilateralidad en el momento de su producción, resultando así imprescindible la citación del interesado para dicha oportunidad¹⁶⁴. Resulta necesario el control de la contraparte en la producción de prueba anticipada, ya que su incorporación al proceso puede ser definitiva e imposible de rever en el futuro¹⁶⁵ con las consecuencias que ello pudiera proyectar en el posterior desarrollo y decisión del litigio¹⁶⁶; a diferencia de lo que sucede en el caso de las medidas precautorias, que se las puede sustituir,

¹⁶¹ CApel.Civ.Com. Lomas de Zamora, Sala I, 20-9-2007, L.L. Buenos Aires 2007-1287; La Ley Online cita AR/JUR/6590/2007.

¹⁶² CNCiv.Com.Fed. Sala III, 12-4-1985, L.L. 1985-D-202; DJ 1986-1-183.

¹⁶³ CNCiv.Com.Fed. Sala III, 12-4-1985, L.L. 1985-D-202; DJ 1986-1-183; HITTERS, Juan Manuel: "Análisis de la prueba anticipada en un marco global", L.L. 2003-C-896, ap. III.

¹⁶⁴ CNFed.Civ.Com., Sala III, 12-4-1985, L.L. 1985-D-202, DJ 1986-1-183. Conf. PODETTI, Ramiro: "Tratado de las Medidas Cautelares", Buenos Aires,, Ediar, 1969, pág. 407; FERNÁNDEZ, Adriana Rita: "La prueba anticipada de secuestro respecto de documentos informáticos", DT 2011-857, ap. IV y V.

Tratándose de producción anticipada de prueba, por regla debe darse intervención a la futura parte contraria, a quien se citará al efecto para que tenga oportunidad de controlarla (CNCiv., Sala C, 23-11-1989, L.L. 1990-C-175. Conf. PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 7^a, 1993, pág. 218).

¹⁶⁵ CNCiv., Sala B, 28-2-1995, E.D. 165-702; CNFed.Civ.Com., Sala III, 12-4-1985, L.L. 1985-D-202, DJ 1986-1-183.

¹⁶⁶ CNFed.Civ.Com., Sala III, 12-4-1985, L.L. 1985-D-202, DJ 1986-1-183.

modificar o dejar sin efecto en cualquier etapa del proceso¹⁶⁷.

Sin embargo, se ha admitido la práctica de la prueba anticipada sin citación de la parte contraria en los casos en que el solicitante demostrare el perjuicio que le ocasionaría la demora en su notificación¹⁶⁸. Pero la urgencia a la que alude la norma (art.327, cuarto párr. CPCCN) no se vincula con la sorpresa en la producción de la prueba¹⁶⁹.

En un caso en que se solicita el “*secuestro de una historia clínica*” desde la clínica demandada, se ha considerado que la cuestión queda captada bajo la incuestionable denominación de prueba anticipada (arts. 326 inc. 4° del CPCCN, texto según ley 25.488), aunque por remisión al art. 325 del mismo cuerpo legal también participa del esquema de las medidas preliminares por su finalidad conservatoria, por lo que debe interpretarse que lo pedido importa una prueba anticipada con ribetes precautorios. Desde esta perspectiva y considerando que en el caso la recepción de la prueba debe practicarse en presencia de las demandadas, la bilateralidad que requiere el principio de contradicción debe tenerse por cumplida sin intervención de la defensora oficial, ya que las mismas se practicarán en los domicilios de las accionadas, contando de esa manera éstas con la posibilidad de fiscalizar lo actuado¹⁷⁰.

Con relación al “*reconocimiento judicial*” se ha resuelto que constituye una prueba anticipada, y para su producción se debe observar el principio de bilateralidad (art. 327 CPCCN)¹⁷¹.

El principio de contradicción y los distintos medios de prueba

Prueba confesional

Se alude a la bilateralidad de las posiciones en el sentido de que el ponente afirma un hecho y requiere al absolvente que lo reconozca.

Como principio, entonces, lo que afirme el ponente en cada posición implica “el

¹⁶⁷ CNCiv., Sala B, 28-2-1995, E.D. 165-702; Id., Sala M, 17-10-1994, J.A. 1995-III-586; PODETTI, Ramiro: “Tratado de las Medidas Cautelares”, Buenos Aires, Ediar, 1969, pág. 407; CURÁ, José María: “Las diligencias preparatorias del proceso y la citación al contrario. ¿Un invitado no querido?”, L.L. 1999-D-70.

Las pruebas anticipadas suponen un proceso contradictorio con citación de la contraria, y perduran en el tiempo, es decir, no pierden su eficacia por el transcurso del tiempo y pueden ser invocadas mientras que la acción que proponen probar, no prescriba. Por su lado las cautelares, que tramitan inaudita parte, son esencialmente provisionales y mutables (FERNÁNDEZ, Adriana Rita: “La prueba anticipada de secuestro respecto de documentos informáticos”, DT 2011-857, ap. IV).

¹⁶⁸ CApel.Civ.Com. Rosario, Sala I, 15-6-1994, J.A. 1998-I-1095, n° 9, fallo citado por FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág. 98.

¹⁶⁹ CURÁ, José María: “Las diligencias preparatorias del proceso y la citación al contrario. ¿Un invitado no querido?”, L.L. 1999-D-70, citado por FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág. 98.

¹⁷⁰ CNCiv., Sala I, 15-7-2004, “Radaeli, Desulina vs. Clínica Privada Tristán Suárez S.A.”, DJ 2004-3-579.

¹⁷¹ CNFed.Civ.Com., Sala I, 12-2-1982, L.L. 1982-C-69.

reconocimiento del hecho a que se refiere” (art. 411, segundo párrafo CPCCN)¹⁷². Y lo que confiese expresamente el absolvente constituye para él “plena prueba” en su contra (art. 423 CPCCN)¹⁷³, a menos que haya mediado error o violencia en el confesante¹⁷⁴. Es precisamente la *bilateralidad de la confesión* lo que hace que la afirmación del ponente pueda ser tomada en su contra¹⁷⁵. Sin embargo, conforme se ha resuelto, si bien la afirmación de un hecho por el ponente importa el reconocimiento de que ese hecho existe, aunque el absolvente luego lo negare, también lo es que este principio interpretativo no es absoluto, y tanto el interrogatorio de los testigos como las preguntas insertas en la absolución de las posiciones –y las correlativas respuestas- deben ser apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, dándole el valor correspondiente según los motivos y circunstancias de otros elementos de convicción que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones¹⁷⁶.

El art. 360 inc. 4º del CPCCN establece que en la “audiencia preliminar” el juez “recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes”. Debe tenerse en cuenta que el juez debe citar a las partes a esta audiencia, tal como lo indica el primer párrafo del citado art. 360; y la resolución respectiva tiene que notificarse personalmente o por cédula, según lo dispone el art. 135 inc. 3º. En consecuencia, ambas partes saben que si la contraria ha ofrecido la prueba confesional, se recibirá su declaración en esa audiencia si no llegan a una conciliación. Al respecto se ha resuelto que la falta de citación expresa a absolver posiciones en los términos del art. 409 del Cód. Procesal de quien ofreció esta prueba confesional no impide la celebración de la audiencia preliminar del art. 360 del mismo cuerpo normativo, si aquel fue notificado correctamente de dicha audiencia, pues sostener lo contrario frustraría la economía y celeridad perseguidas por el legislador¹⁷⁷.

El art. 409 dispone que el “*que deba declarar será citado por cédula, bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa será tenido por confeso en los términos del art. 417*”. Se ha interpretado que el absolvente debe ser notificado siempre personalmente o por cédula¹⁷⁸. Si la parte que va a brindar la confesión “*actúa por derecho propio será notificada en el domicilio constituido*”, dice el tercer párrafo del art. 409. Por lo

¹⁷² CNCiv., Sala A, 26-2-1970, E.D. 36-40.

¹⁷³ CNCiv., Sala D, 22-2-2008, E.D. 229-559.

¹⁷⁴ CNCiv., Sala D, 22-2-2008, E.D. 229-559.

¹⁷⁵ CNCiv., Sala G, 4-2-1986, L.L. 1986-D-627. Conf. COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2006, pág. 250.

¹⁷⁶ CCiv.Com.Fed., Sala III, 30-4-1998, E.D. 183-46.

¹⁷⁷ CNFed. Civ.Com., Sala III, 13-3-2003, L.L. 2004-A-163.

¹⁷⁸ FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág. 583.

tanto, si no actúa por derecho propio sino que lo hace a través de representante, la notificación debe hacerse en el domicilio real de quien va a absolver posiciones¹⁷⁹. “*No procede citar por edictos*” prescribe el último párrafo del artículo en comentario.

Prueba documental

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que con la demanda, reconvención y contestación de ambas, “*deberá acompañarse la prueba documental*”; y si la parte que ofrece la prueba no la tuviere a su disposición, debe individualizarla, indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública o persona en cuyo poder se encuentra (art. 333 CPCCN).

A fin de aplicar el debido contradictorio, de la demanda se debe correr traslado a la demandada (art. 338); a su vez, a la actora se debe correr traslado de la reconvención (art. 358); y de los documentos acompañados en las respectivas contestaciones se debe correr traslado a la parte contraria (art. 334). Al practicarse las notificaciones del traslado debe hacerse entrega al interesado de copia de la documentación (arts. 339, 356 inc. 1º y 120). Y la parte a quien se le atribuye un documento o la recepción de cartas y telegramas a ella dirigidos, debe reconocer o negar categóricamente el documento que se le atribuye o la recepción de la carta o telegrama, pues su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general determinara que se los tenga por reconocidos o recibidos, según el caso (art. 356 inc. 1º)¹⁸⁰.

Después de interpuesta la demanda no se admitirán al actor sino documentos de fecha posterior, o anteriores, bajo juramento o afirmación de no haber antes tenido conocimiento; y a fin de respetar el contradictorio, de tales documentos se debe dar traslado a la otra parte, quien debe cumplir con la carga que prevé el art. 356 inc. 1º (art. 335). Y esta norma también rige para la parte demandada (art. 358, segundo párrafo).

El art. 387 del CPCCN establece que “*Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio, estarán obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales. El juez ordenará la exhibición de los documentos, sin sustanciación alguna, dentro del plazo que señale*”. Y el art. 386 dispone que si el documento se encontrare **en poder de una de las partes**, “*se le intimará su presentación en el plazo que el juez determine. Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo, constituirá una presunción en su contra*”; es preciso destacar que, conforme se

¹⁷⁹ FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág. 583.

¹⁸⁰ CNCiv., Sala D, 17-3-2005, L.L. 2005-C-628.

ha señalado, los litigantes tienen a su cargo un deber de buena fe procesal (art. 34, inc. 5º, ap. “d”) que los obliga tanto a facilitar la prueba como a colaborar con el Tribunal en la averiguación de la realidad objetiva que subyace a los planteos que ambas partes formulan ante los estrados judiciales, de modo que la adopción de una conducta pasiva en materia probatoria y la improcedente negativa a entregar los documentos que hubieran clarificado la cuestión debatida, obliga a considerar que media respecto de la parte que no colabora un quebrantamiento a tal principio que no puede dejar de ser valorado al momento del dictado de la sentencia (arts. 163 inc. 5º)¹⁸¹. Y si el documento se encontrare en poder de un tercero, el art. 389 establece que se le intimará su presentación; y si lo acompañare, podrá solicitar su oportuna devolución; el requerido podrá también oponerse a su presentación si el documento fuere de su exclusiva propiedad y la exhibición pudiera ocasionarle perjuicio.

En caso que el requerido negare la firma que se le atribuye o manifestare no conocer la que se atribuye a otra persona, deberá procederse a la comprobación del documento de acuerdo con lo establecido en los artículos 458 y siguientes, en lo que correspondiere (art. 390), pudiendo las partes en los escritos a que se refiere el art. 459 indicar los documentos que han de servir para la pericia (art. 392); y a falta de documentos indubitados, o siendo ellos insuficientes, podrá ordenarse que la persona a quien se le atribuya la letra forme un cuerpo de escritura al dictado y a requerimiento del perito (art. 394). Ante el requerimiento a la parte a quien se le atribuye un documento para que formara un cuerpo de escritura a fin de procederse a la realización de una pericia caligráfica para establecer si le pertenece o no la firma en el documento, su ausencia injustificada determina que corresponda tener por reconocido dicho documento (art. 394 CPCCN)¹⁸².

Tratándose de un acta de constatación notarial extraprotocolar no necesita la bilateralidad, esto es la participación de la contraria por lo que, a los fines probatorios, resulta válida como declaración unilateral certera¹⁸³.

Prueba de informes

La prueba de informe debe versar sobre “*hechos concretos, claramente individualizados, controvertidos en el proceso*”; y procederá “*únicamente respecto de actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante*” (art. 396 CPCCN). Pero precisa el art. 397 que “*no será admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o a ampliar otro medio de prueba que específicamente*

¹⁸¹ CNCom., Sala E, 4-11-2011, E.D. 249-499.

¹⁸² CNCom., Sala C, 24-4-2001, E.D. 192-512.

¹⁸³ CFed. Apel. Córdoba, Sala B, “Errepar S.A. vs. Nahas, Juan C.”, 27-6-2001, La Ley Online cita AR/JUR/4380/2001, J.A. 12-3-2003.

corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos”. En este sentido se ha resuelto que no procede la prueba informativa cuando manifiestamente tiende a sustituir o ampliar otro medio probatorio que está previsto específicamente por la ley o por la naturaleza de los hechos¹⁸⁴; que no procede el requerimiento que tiene por objeto la incorporación de prueba documental que debió acompañarse con los escritos constitutivos del proceso¹⁸⁵; que, en el marco instituido por los arts. 396 y 397 del CPCCN no es prueba idónea la de informes, si con ella se pretende sustituir la prueba testimonial, sin control y asistencia letrada en audiencia ante el propio tribunal (art. 386 CPCCN)¹⁸⁶.

Como principio, los pedidos de informes deben ser requeridos “*por medio de oficios firmados, sellados y diligenciados por el letrado patrocinante con transcripción de la resolución que los ordena y que fija el plazo en que deberán remitirse*” (art. 400 CPCCN). Es decir, la producción de la prueba informativa se debe realizar en el trámite del juicio, ofrecerse en las oportunidades que correspondan y deben ser ordenadas por una providencia judicial. Por excepción se permite la presentación de los oficios directamente por el abogado patrocinante “*sin necesidad de previa petición judicial*” en los supuestos que los mismos sean “*dirigidos a bancos, oficinas públicas, o entidades privadas que tuvieren por único objeto acreditar el haber del juicio sucesorio*” (art. 400, 2º párr. CPCCN); es decir, en estos supuestos, el abogado patrocinante no necesita orden judicial para dirigir los oficios¹⁸⁷.

Con relación al control por la otra parte, el art. 403 establece la facultad de “*formular las peticiones tendientes a que los informes sean completos y ajustados a los hechos a que han de referirse*”¹⁸⁸. Señalan Colombo y Kiper que la facultad de fiscalización, puede ejercerse antes de que el oficio se libre, apenas ordenado, o posteriormente si por razones fundadas, v. gr. haber sido librado sin que a la otra parte le hubiese resultado posible ver las actuaciones por razones de despacho, pero siempre dentro de un plazo breve y prudencialmente apreciado por el juez; se ha querido otorgar vigencia plena al principio del contradictorio pero no crear una fuente artificial de dilaciones; teniendo el juez atribuciones necesarias para establecer un equilibrio entre el ejercicio de las facultades de buena fe y el

¹⁸⁴ CNCiv., Sala G, 3-6-1982, E.D. 100-144, L.L. 1982-D-347. Conf. PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 8º, 1994, pág.219.

¹⁸⁵ PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 8º, 1994, pág. 218-219.

¹⁸⁶ CNTrabajo, Sala VII, 8-3-2000, L.L. 2001-B-717, DJ 2001-2-217, DT 2001-A-452, La Ley Online cita AR/JUR/934/2000.

¹⁸⁷ COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2006, pág. 217.

¹⁸⁸ COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2006, pág. 202 y 223.

empleo abusivo de ellas¹⁸⁹.

Las contestaciones, tal como lo indica el tercer párrafo del citado art. 400, deberán remitirse directamente a la secretaría con transcripción o copia del oficio.

Se ha considerado que la prueba informativa acompañada unilateralmente por el propio interesado, sin el debido control de la contraparte, no es válida¹⁹⁰; salvo que se le permita a este último expedirse con relación a las respuestas obtenidas, ya que sería en extremo formalista obligar al interesado a librar nuevamente los oficios respectivos¹⁹¹.

Prueba testimonial

Para que la prueba testimonial tenga jerarquía de probanza computable debe haber sido producida con la intervención de un órgano jurisdiccional, que es lo que en definitiva otorga al proceso la garantía de contradictorio. Por ello no tiene tal eficacia la testimonial contenida en actas notariales¹⁹².

De conformidad a lo que surge de la normativa del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el juicio ordinario la prueba testimonial debe *ofrecerse* en la “*demandas, reconvenición y contestación de ambas*” (art. 333), norma que por aplicación del principio de concentración procura la economía y celeridad procesales¹⁹³; las partes “*deberán presentar una lista de ellos con expresión de sus nombres, profesión y domicilio*” (art. 429), datos requeridos, no sólo para permitir la comparecencia de los testigos, sino también para dar la posibilidad a la contraria de fiscalización y de oponerse en los términos de los arts. 428 y cc.¹⁹⁴, para lo cual no se ha fijado plazo y puede hacerse en todo momento hasta los

¹⁸⁹ COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2006, pág. 223-224.

¹⁹⁰ CApel.Civ.Com. Rosario, Sala III, 22-6-1978, “Ressio y Cía., S.R.L. vs. Calderón, Ramiro”, La Ley Online cita AR/JUR/4984/1978.

¹⁹¹ CNCiv. Sala E, 13-9-1983, “Kemeny, Pablo vs. Apor D’Altortjai, Antonio”, L.L. 1984-B-109, La Ley Online cita AR/JUR/261/1983. Conf. COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2006, pág. 310.

¹⁹² CNTrab., Sala VIII, 14-6-1991, E.D. 144-581.

¹⁹³ FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág. 165.

¹⁹⁴ PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 8, 1994, pág. 361.

La exigencia procesal de que se exprese el nombre, profesión y domicilio de la persona física, que ha de prestar declaración, tiende a facilitar a la parte contraria su correcta individualización (C2ª, Sala I, La Plata, causa B-51.017, reg. Sent. 70/82; C2ª, Sala II, La Plata, DJBA, v.51, pág. 141; C1ª Apel. Mar del Plata, J.A. 1969, sec. Reseñas, p. 181, n° 161 bis, citados por MORELLO, Augusto M. – SOSA, Gualberto Lucas – BERIZONCE, Roberto Omar: “Códigos Procesales en lo Civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Buenos Aires –Abeledo-Perrot-, La Plata –Librería Editora Platense-, V-B, 1993, pág. 199).

Los datos personales exigidos por el Cód. Procesal –nombre, profesión y domicilio-, tienen como finalidad la identificación de los mismos (CNCiv., Sala F, 19-10-1967, L.L. 129-997, 16.501-S).

Constituye un excesivo rigorismo formal impedir la declaración de la persona propuesta como testigo debido a que existe una diferencia en su apellido, si ella radica en una sola vocal (CNTrab., Sala III, 31-7-2009, Rep.L.L. 2010-1082, n° 1).

alegatos¹⁹⁵. De la demanda se corre traslado a la parte contraria (art. 338); lo mismo ocurre con la reconvencción (art. 358); y el demandado o reconvenido recibe copia de esos escritos (art. 120), con lo cual toma conocimiento de las testimoniales allí ofrecidas.

El juez manda recibir la prueba testimonial “*en audiencia que señalará, en las condiciones previstas en el art. 360*”. Es decir, debe proveer la prueba en la “**audiencia preliminar**” a la que debe citar a las partes. Debe concentrar la prueba testimonial “*en una sola audiencia*”.

Si se trata de prueba testimonial que no fuese admisible, o de testigos cuya declaración no procediese por disposición de la ley, sin perjuicio de la facultad del juez para desestimarla, las “*partes podrán formular oposición si indebidamente se la hubiere ordenado*” (art. 428 CPCCN).

La **audiencia para recibir la declaración de los testigos**, debe notificarse a las partes en forma automática (art. 133 CPCCN)¹⁹⁶, y “*se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo*”; esta obligación del juez “*únicamente podrá delegarse en el secretario o, en su caso, en el prosecretario letrado*” (art. 360 inc. 5º). La parte que ofreció la prueba puede reservar el interrogatorio hasta la audiencia en que deban presentarse los testigos (art. 429, último párrafo), salvo que se trate de testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado, supuesto en que la parte que ofrece la testimonial debe también acompañar el interrogatorio en el escrito de ofrecimiento de prueba (art. 453)¹⁹⁷. Los testigos son interrogados libremente por el juez o por quien lo reemplace legalmente, respetando la sustancia de los interrogatorios propuestos; y “*la parte contraria a la que ofreció el testigo podrá solicitar que se formulen las preguntas que sean pertinentes*” (art. 442, segundo párrafo) aunque no tengan estricta relación con las indicadas por quien lo

¹⁹⁵ KIELMANOVICH, Jorge L.: “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2004, pág. 228.

¹⁹⁶ PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 8, 1994, pág. 372.

¹⁹⁷ Con la finalidad de asegurar el contralor de la otra parte y, al propio tiempo, posibilitar al juez de la causa el ejercicio de las facultades (poderes-deberes) instructorias, sin desmedro de la celeridad procesal, impónese al proponente de la declaración de un testigo domiciliado fuera del lugar del asiento del juzgado o tribunal “cargas adicionales” como ser: acompañar en el escrito de ofrecimiento el interrogatorio abierto a que han de ser sometidos los testigos, e indicar los nombres de las personas autorizadas para tramitar la rogatoria (MORELLO, Augusto M. – SOSA, Gualberto Lucas – BERIZONCE, Roberto Omar: “Códigos Procesales en lo Civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Buenos Aires –Abeledo-Perrot-, La Plata – Librería Editora Platense-, V-B, 1993, pág. 292).

Cuando la prueba de testigos se produce y recibe fuera del asiento del juzgado, ante un juez comisionado, el que propone la prueba debe presentar conjuntamente el interrogatorio abierto, para que la parte contraria pueda examinarlo y formular las repreguntas que se insertarán en el oficio (C2ªApel. Mercedes, 29-7-1965, L.L: 120-462).

propuso, siempre que se refieran a hechos controvertidos¹⁹⁸; esto último es lo que se conoce como “repreguntas”¹⁹⁹ o “contra-interrogatorio”²⁰⁰. Lo ocurrido en la audiencia y las respuestas de los testigos deben registrarse en acta (arts. 125 inc. 5°, 445 y cc.), que luego se incorpora materialmente al expediente²⁰¹. El art. 456, a su vez, permite a las partes “alegar y probar acerca de la idoneidad de los testigos dentro del plazo de prueba”, lo que debe tramitar por vía incidental (arts. 175 y ss.)²⁰²; y “el juez apreciará, según las reglas de la sana crítica, y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones”²⁰³, y ello se complementa con el

¹⁹⁸ COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2006, pág. 339.

Las repreguntas no necesariamente deben circunscribirse al contenido de las preguntas ya formuladas o al de las respuestas emitidas al solo objeto de aclarar o precisar el contenido de estas últimas, sino que pueden versar sobre cualquier hecho pertinente y conducente al pleito, aunque no se relacione con los hechos incluidos en el interrogatorio presentado por la contraria (PALACIO, Lino E.: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. IV, 1977, pág. 626; FALCÓN, Enrique M.: “Tratado de la prueba”, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 2003, pág. 329).

La parte que no propuso al testigo podrá interrogarlo también libremente sobre todo hecho relativo a la causa, aun cuando no figure en el interrogatorio del proponente (FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág. 651; PALACIO, Lino E.: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo IV, 1977, pág. 626).

Las preguntas pueden versar sobre cualquier hecho conducente (CNCiv., Sala D, L.L. 116-787, 10-860-S).

El derecho de formular repreguntas a los testigos es amplio y no está limitado por el contenido del interrogatorio, aunque ellas deben versar sobre hechos conducentes al litigio (CNCiv., Sala B, 26-7-68, L.L. 135-1090, 20-477-S; Id. Id., 10-10-1969, E.D. 37-115).

¹⁹⁹ PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 8, 1994, pág. 404; KIELMANOVICH, Jorge L.: “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2004, pág. 305.

Fassi y Maurino dicen que la parte que no propuso al testigo puede formular “preguntas” y no “repreguntas”, y destacan que otros autores (como Montero Aroca) utilizan el término “contrapreguntas” (FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág. 651).

Deben autorizarse las repreguntas sobre aclaraciones formuladas por el testigo una vez concluida la audiencia en que prestó declaración; lo contrario significaría coartar el derecho de defensa en juicio (CNCiv., Sala E, 13.2.1969, E.D. 28-202).

²⁰⁰ FALCÓN, Enrique M.: “Tratado de la prueba”, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 2003, pág. 328

²⁰¹ COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del derecho procesal civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 252.

²⁰² La impugnación a la idoneidad de los testigos debe ser hecha durante el plazo de prueba, y acreditada, en su caso, en el mismo (CNCiv., Sala E, 22-3-1968, L.L. 132-1066, 18.638-S); por cuyo motivo las observaciones vinculadas con la supuesta falta de idoneidad de algunos de los testigos resulta extemporánea si recién es introducida en la expresión de agravios (CNCiv., Sala A, 13-10-1967, L.L. 131-1169, 18-081-S; Id., Sala B, 23-2-1977, L.L. 1977-C-234 y E.D. 73-445; Id., Sala F, 13-7-1967, L.L. 128-265 y J.A. 1968-II-106; CNCom., Sala A, 28-6-1980, E.D. 89-433, fallos citados por MORELLO, Augusto M. – SOSA, Gualberto Lucas – BERIZONCE, Roberto Omar: “Códigos Procesales en lo Civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Buenos Aires –Abeledo-Perrot-, La Plata –Librería Editora Platense-, V-B, 1993, pág. 324). Sin perjuicio de la facultad del tribunal de apreciar las declaraciones de acuerdo con el prudente arbitrio judicial (CNCiv., Sala B, 23-2-1977, L.L. 1977-C-234, y E.D. 73-445).

²⁰³ El testimonio debe ser valorado de acuerdo a las reglas de la sana crítica, mediante el análisis de la idoneidad del deponente para el caso concreto (CNCiv., Sala E, 27-7-2005, E.D. 221-34; Id. Id., 7-3-2006, E.D. 217-281).

El tribunal debe apreciar las declaraciones testimoniales de acuerdo con el prudente arbitrio judicial (CNCiv., Sala B, 23-2-1977, L.L. 1977-C-234, y E.D. 73-445).

“*alegato de bien probado*” que pueden presentar las partes en los términos del art. 482.

Es decir, para la producción de la prueba testimonial se observa el contradictorio entre quien la ofrece y la parte contraria en las distintas etapas del trámite: en el ofrecimiento de la prueba (lo conoce la contraria y puede oponerse a su producción), en su recepción (puede controlar la declaración del testigo y repreguntar); y también pueden las partes alegar y probar sobre la idoneidad de los testigos y sobre el valor probatorio de sus declaraciones en las oportunidades señaladas. Pero, conforme se ha señalado, la falta de impugnación de las declaraciones testimoniales no obliga al juzgador por esa sola circunstancia²⁰⁴.

Si la parte no concurre a la audiencia en la que declaran los testigos, ello implica que perdió la oportunidad de controlar el acto. En tal caso, se ha resuelto que la crítica posterior a la valoración de la prueba efectuada por el juez configura una reflexión tardía que no puede ser atendida, pues deriva de la propia conducta discrecional de la parte²⁰⁵.

Si se trata de prueba testimonial rendida en un determinado proceso se ha considerado que sólo puede ser válidamente trasladada a otro si, en el primero de los juicios, la parte contra la cual se intenta hacerla valer ha tenido suficientes garantías de control²⁰⁶. Caso contrario, debe ser materia de ratificación; es decir, debe preguntársele al testigo si ratifica lo dicho en la anterior declaración (la que debe leerse) y si tiene algo que agregar, aclarar o modificar; la parte contraria puede conainterrogar libremente al testigo y el juez puede formular las preguntas adicionales que considere útiles²⁰⁷.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que los jueces deben efectuar una ponderación circunstanciada de los dichos de los testigos a fin de evitar que la decisión pudiera basarse sólo en meras aserciones dogmáticas, no demostrativas de una comprensión apropiada de las circunstancias de la causa²⁰⁸; que no se ajusta a la sana crítica la interpretación de la prueba realizada por el tribunal, ya que se limita a realizar un examen parcial de los testimonios, sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su conjunto, con

²⁰⁴ CNCiv., Sala L, 12-12-2000, E.D. 194-329.

²⁰⁵ CNCiv., Sala E, 29-6-2011, “Insumos Informáticos S.R.L. vs. Laza, Ismael”, La Ley Online cita AR/JUR/31775/2011.

²⁰⁶ CJ Mendoza, Sala II, 12-2-2007, “Ojeda, Sandra Evangelina vs. Lan Chile S.A.”, L.L. Gran Cuyo 2007-734; La Ley Online cita AR/JUR/659/2007.

²⁰⁷ CJ Mendoza, Sala II, 12-2-2007, “Ojeda, Sandra Evangelina vs. Lan Chile S.A.”, L.L. Gran Cuyo 2007-734; La Ley Online cita AR/JUR/659/2007, con cita de DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Teoría General de la Prueba Judicial”, Zavalia, t. II, 6° edición, Buenos Aires, 1988, pág. 245; CHIAPPINI, Julio: “La prueba testimonial”, Editorial FAS, Rosario, Santa Fe, 1997, pág. 147; KIELMANOVICH, Jorge L.: “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, p{ags. 153 y 733.

²⁰⁸ CSJN, 5-10-2004, “Perdomo, Martín vs. Bolsi, Carlos A.”, Fallos 327:4126; La Ley Online cita AR/JUR/6363/2004.

menoscabo de la verdad material²⁰⁹.

Prueba pericial

La prueba pericial, para que tenga pleno valor probatorio, debe practicarse judicialmente²¹⁰. Si, por el contrario, se trata de un informe realizado extrajudicialmente, su eficacia probatoria no es la misma que la de una pericial realizada de acuerdo a las formalidades legales²¹¹.

Señala Falcón que el control de la parte sobre la pericia y los peritos se realiza en varias oportunidades en el proceso civil: con relación a la designación del perito por medio de la recusación (arts. 465, 466 y 494, parte 2ª, CPCCN); respecto al trámite de la pericia, fijando y controlando los puntos de pericia (art. 459) e interviniendo en ella (art. 471, parte 2ª); también puede impugnar el dictamen (art. 473), hacer su valoración mediante los alegatos (arts. 482 y 495), o en segunda instancia por vía del recurso de apelación²¹².

La pericial, como todas las pruebas de acuerdo al ordenamiento procesal vigente, debe *ofrecerse* en la “*demanda, reconvencción y contestación de ambas*” (art. 333 CPCCN); al ofrecerse debe indicarse la especialización que ha de tener el perito y proponerse los puntos de pericia; en su caso, si ejerciera la parte la facultad de designar consultor técnico, deberá

²⁰⁹ CSJN, 29-11-1984, “S., R. J. vs. F., B. C.”, L.L. 1985-B-1; DJ 1985-65.

Nada impide que la pericia médica sea considerada al tiempo de dictarse sentencia si constituye un medio de prueba incorporado a la causa y por tanto adquirido en el proceso con respecto del derecho de contradicción y bilateralidad de audiencia que asegura el de defensa en juicio, mediante el traslado oportuno a la contraparte que tuvo así oportunidad de impugnar sus conclusiones (SC Buenos Aires, 7-7-1989, La Ley Online cita AR/JUR/1620/1989).

²¹¹ Tratándose de un estudio realizado extrajudicialmente por cuenta de una de las partes y sin el control de la contraria, su eficacia probatoria no es la misma que la de una pericia llevada a cabo con las formalidades de los arts. 460, 461, 465, 471, 474 y concs. del Cód. Procesal (Adla, XXVII-C, 2649), respetándose el principio de la bilateralidad; no es más que un elemento indiciario. Pero, con el apoyo de otras probanzas, no es tampoco carente de significación para ilustrar acerca del origen y real existencia de los perjuicios, si se advierte que es el resultado de una inspección avalada por la experiencia profesional de quien la emite (CNCiv., Sala C, 6-2-1979, L.L. 1979-B-97; DJ 1979; CApel.Civ.Com. San Martín, Sala II, 13-5-1980, La Ley Online cita AR/JUR/1684/1980).

A los efectos de examinar la responsabilidad en el abordaje, el peritaje realizado en el proceso cumple con una regla elemental cual es la bilateralidad, de la que, en cambio, aparece completamente desprovisto el sumario de la Prefectura Naval Argentina (CNCiv.Com.Fed., Sala I, 12-4-1985, L.L. 1986-C-290).

Resulta improcedente el replanteo de prueba pericial caligráfica formulado por la incidentista en el marco de un incidente de inexistencia de actos procesales, con fundamento en un dictamen privado realizado sin el control de la contraria y que fuera desechado y ordenado su desglose en primera instancia, pues su disconformidad con la experticia concretada en la causa no puede conducir a la confección, por la vía elegida, de una nueva pericia siendo que la orden para tal realización es facultad privativa del juez. Ante la ausencia de vicios que invalidan el medio probatorio, corresponde privilegiar a la experticia proyectada en el expediente con fundamento en un cuerpo de escritura realizada a la vista del perito y bajo la supervisión del órgano jurisdiccional, observando el principio de contradicción o bilateralidad y con adecuado resguardo del derecho de defensa y el control de la contraria, máxime si la experticia ha sido confeccionada siguiendo los lineamientos establecidos por el art. 472 del ordenamiento procesal, explicándose en detalle las operaciones técnicas y los principios científicos en que se sustenta (CApel.Civ.Com. Mar del Plata, Sala I, 4-7-2006, L.L. Buenos Aires 2007-320; La Ley Online cita AR/J7R/5228/2006).

²¹² FALCÓN, Enrique M.: “Tratado de la prueba”, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 2003, pág. 15-16.

indicar en el mismo escrito, su nombre, profesión y domicilio. De la demanda se corre traslado a la parte contraria (art. 338); lo mismo ocurre con la reconvencción (art. 358); y el demandado o reconvenido recibe copia de esos escritos (art. 120), con lo cual toma conocimiento de las periciales allí ofrecidas.

La otra parte en su contestación puede “*proponer otros puntos de pericia que a su juicio deban constituir también objeto de la prueba, ofrecer la procedencia de los mencionados por quien la ofreció la pericial*” y, en su caso, indicar nombre, profesión y domicilio del consultor técnico (art. 459)²¹³. La proposición de puntos de pericia por la parte que no ofreció la prueba pericial entra dentro del concepto de control o fiscalización de esa prueba²¹⁴. Si la parte contraria presentó otros puntos de pericia o ha observado la procedencia de los propuestos por la parte que ofreció la prueba, se debe correr traslado a ésta a fin de respetar el principio de bilateralidad de la audiencia²¹⁵. Puede también la parte contraria impugnar la procedencia de la prueba pericial (arts. 478 inc. 1° y 457).

El juez, en la audiencia preliminar del art. 360 –a la que debe citar a todas las partes y notificarles la providencia respectiva personalmente o por cédula (arts. 360, 135 inc. 3° y cc. CPCCN)–, “*designará el perito y fijará los puntos de pericia, pudiendo agregar otros o eliminar los que considere improcedentes o superfluos, y señalará el plazo dentro del cual el perito deberá cumplir su cometido*” (art. 460). El ordenamiento permite a las partes presentar, de común acuerdo, un escrito proponiendo perito y puntos de pericia, como también designar consultores técnicos (art. 462).

Los consultores técnicos, las partes y sus letrados “*podrán presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que consideraren pertinentes*” (art. 471 CPCCN), a cuyo fin deberán hacer saber en el juicio y a los expertos con debida antelación

²¹³ Señalan Colombo y Kiper que el art. 459 dice que del ofrecimiento se corre vista a la otra parte en los términos del art. 367, lo que no es correcto ya que la vista se corre al darse traslado de la demanda, reconvencción, o eventualmente de las contestaciones (COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2006, pág. 402).

²¹⁴ CNCom., Sala A, 30-5-64, L.L. 75-684; Id., Sala B, 13-5-64, L.L. 116-816, 11.110-S.

²¹⁵ FENOCHIETTO, Carlos E.: en FENOCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Roland: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 1993, pág. 486.

Se ha destacado la significación práctica que conlleva la proposición de los puntos de pericia, dentro del esquema dispositivo, ya que el esclarecimiento de los puntos fácticos controvertidos, más allá de las potestades judiciales del artículo 459, queda habitualmente librado a la suficiencia técnica del cuestionario que ha de acotar la labor pericial (MORELLO, Augusto M. – SOSA, Gualberto Lucas – BERIZONCE, Roberto Omar: “Códigos Procesales en lo Civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Buenos Aires –Abeledo-Perrot-, La Plata –Librería Editora Platense-, V-B, 1993, pág. 344-345).

sobre su interés en asistir a esas operaciones²¹⁶; pero deberán retirarse al momento de la deliberación -si los peritos son más de uno- y sobre todo, al momento de la práctica de la pericia y realización del informe²¹⁷, porque a tales actos los debe realizar el o los peritos designados²¹⁸.

Una vez *presentado el dictamen* por el perito, se dará traslado a las partes, providencia que debe notificarse personalmente o por cédula (art. 473 CPCCN)²¹⁹. El traslado tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución de la causa²²⁰; y en tal sentido pueden las partes, según el caso, consentir la pericia, o por el contrario, articular su nulidad por vicios formales²²¹ (la vía idónea es el incidente de

²¹⁶ Los peritos no están en la obligación de hacer saber a las partes sobre las operaciones que van a realizar, sino que son éstas quienes deben hacer conocer al perito su deseo de participar en las mismas (CNCiv., Sala B, 15-6-1956, L.L. 83-695).

²¹⁷ MORELLO, Augusto M. – SOSA, Gualberto Lucas – BERIZONCE, Roberto Omar: “Códigos Procesales en lo Civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Buenos Aires –Abeledo-Perrot-, La Plata –Librería Editora Platense-, V-B, 1993, pág. 395-396.

Dicen Colombo y Kiper que las partes y sus asesores deben retirarse cuando los peritos pasen a discutir y deliberar, si son más de uno; y si el perito es único, indudablemente la preparación de informe y de las conclusiones le compete hacerlo sin la presencia de las partes, ya que se trata de un acto que le ha sido confiado en su condición de auxiliar del juez y, por regla, indelegable (COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2006, págs. 425 y 431).

²¹⁸ FENOCHIETTO, Carlos E.: en FENOCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Roland: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 1993, pág. 507.

²¹⁹ Resulta procedente revocar la resolución recurrida si, pese a encontrarse ordenado el traslado de los dictámenes de los peritajes del ingeniero y del contador en que se sustentó la decisión, conforme el art. 473 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el mismo no se llevó a cabo, y como consecuencia de ello, ni las partes, ni sus consultores técnicos tuvieron la oportunidad procesal de impugnarlos, cuyas conclusiones critican en el recurso extraordinario al no haber tenido ocasión de hacerlo en la instancia correspondiente (CSJN, 23-4-2002, “Compañía Papelera Sarandí S.A. vs. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 325:806; La Ley Online cita AR/JUR/8521/2002).

²²⁰ CSJN, 23-4-2002, “Compañía Papelera Sarandí S.A. vs. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 325:806; La Ley Online cita AR/JUR/8521/2002.

A efectos de examinar la responsabilidad en el abordaje, el peritaje realizado en el proceso cumple con una regla elemental cual es la bilateralidad, de la que, en cambio, aparece completamente desprovisto el sumario de la Prefectura Naval Argentina (CNApel.Civ.Com.Fed., Sala I, 12-4-1985, L.L. 1986-C-290).

²²¹ La nulidad de la pericia debe fundarse en la omisión de las formas procesales que constituyen el presupuesto esencial de su validez (MAURINO, Alberto Luis: “Nulidades procesales”, Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 169).

La nulidad de la pericia sólo puede aplicarse cuando ella contenga alguno de los vicios del consentimiento o de la voluntad, o cuando la realiza quien carece de título habilitante o cuando no se realizó en la forma prescripta por la ley (CNCCom., Sala A, 30-9-2004, E.D. 211-43).

No corresponde admitir cualquier clase de impugnación, sino aquellas que se funden objetivamente en la incompetencia del perito, en errores o en el uso inadecuado de los conocimientos técnicos o científicos en los que pudiese haber incurrido. La impugnación de una pericia debe constituir una “contrapericia” y, por ende, contener también como aquella una adecuada explicación de los principios científicos o técnicos en los que se funde. No puede ser una mera alegación de los pareceres subjetivos o de razonamiento genéricos del contenido del dictamen que ataca, pues aunque estos pudiesen encontrarse avalados por la lógica, por sí solos no pueden considerarse suficientes si no contienen aquellos presupuestos corroborados, a su vez por otros elementos de juicio ciertos y serios arrojados al proceso (CNCiv., Sala D, 2-5-2002, E.D. 201-122).

nulidad²²²), o impugnarla en relación con su eficacia probatoria²²³ (lo que pueden hacer los letrados hasta la oportunidad de alegar con arreglo a lo dispuesto por el art. 477 –art. 473, tercer párrafo *in fine*-), pedir ampliaciones sobre puntos omitidos o soliciten explicaciones al perito²²⁴. En este aspecto, el ordenamiento procesal nacional establece que de oficio o a pedido de cualquiera de las partes, el juez podrá “ordenar que el perito dé las explicaciones que consideren convenientes, en audiencia o por escrito, atendiendo a las circunstancias del caso” (art. 473, primer párrafo). Si el acto se cumpliera en audiencia, los consultores técnicos (si estuvieren presentes) o los letrados, con autorización del juez, podrán observar lo que fuere pertinente (art. 473, segundo párrafo). Si las explicaciones debieran presentarse por escrito, las observaciones a las dadas por el perito podrán ser formuladas por los consultores técnicos o, en su defecto, por las partes dentro del quinto día de notificadas por ministerio de la ley (art. 473, tercer párrafo); no es procedente el pedido de parte si han transcurrido más de cinco días desde la notificación del traslado²²⁵.

Si la parte no ha formulado impugnación a la pericia, ni ha articulado su nulidad, ni ha pedido explicaciones al perito, ello no puede subsanarse en la etapa de los alegatos ni al presentar los agravios²²⁶. Sin embargo, esa omisión no impide formular las observaciones que

²²² La promoción del incidente constituye la única vía admisible para obtener la declaración de nulidad de cualquier acto procesal realizado durante el curso de una instancia, pero no alcanza a los vicios u omisiones que pudiera contener una decisión judicial (PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 4, 1994, pág. 553). Las desviaciones o vicios de procedimiento ocurridos durante la instancia son impugnables por medio del incidente de nulidad, medio normal para la reparación de los errores *in procedendo* (MAURINO, Alberto Luis: “Nulidades procesales”, Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 269-270).

Ante un dictámen pericial formalmente defectuoso, las partes –sin perjuicio de las facultades que tiene el juez para solicitar una ampliación o designar otros peritos- pueden promover el respectivo incidente de nulidad, corriendo el riesgo en caso contrario de que el magistrado no formule ninguna observación, lo que implica la aceptación formal de dicho acto y opera su preclusión (CCiv.Com.Familia y del Trabajo de Marcos Juarez, 20-8-2002, L.L. Córdoba 2003-609).

El cuestionamiento de la validez de un dictamen pericial con fundamento en razones procedimentales obliga al interesado a plantear el respectivo incidente de nulidad, de cuyo conocimiento se encuentran excluidas las cuestiones atinentes al contenido del dictamen (CApel.Civ.Com. Rosario, Sala III, 2-7-1997, L.L. Litoral 1998-2-630).

²²³ En materia de prueba pericial no se trata de exponer meras discrepancias con la opinión del experto, o de formular consideraciones subliminales que pongan en duda su dictamen, sino de demostrar con fundamentos apropiados –y de modo convincente porque el juez carece de conocimientos específicos al respecto- que el peritaje es erróneo (CNCiv.Com.Fed., Sala III, 2-9-2004, E.D. 210-359).

La opinión de los litigantes no puede prevalecer sobre la del experto, máxime cuando tales críticas no están acreditadas en probanzas idóneas, ni se encuentran avaladas por un profesional en la materia y, además, han sido adecuadamente contestadas por el perito (CNCiv., Sala H, 10-6-1998, E.D. 185-583).

²²⁴ FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, págs. 729, 731.

²²⁵ COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2006, pág. 431.

²²⁶ CNCCom., Sala B, 19-8-1974, E.D. 58-379; CApel.Civ.Com. Quilmes, sala I, 29-9-1998, E.D. 184-648.

se estimen convenientes al alegar sobre la prueba producida o al expresar agravios²²⁷, ni al juez valorarla en oportunidad de dictar sentencia en conjunción con los demás elementos aportados y de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 477 CPCCN)²²⁸.

Reconocimiento judicial

De conformidad al art. 479 del CPCCN, son requisitos previos a cumplir al acto de reconocimiento judicial: a) que el mismo sea ordenado por el juez (de oficio o a pedido de parte), debiendo la providencia respectiva individualizar lo que deba constituir su objeto y determinar el lugar, fecha y hora en que se realizará. b) que se notifique a las partes tal resolución para que puedan ejercer el control y formular las observaciones a que alude el art. 480. Al respecto se ha señalado que la ley ha rodeado el acto de una serie de formalidades cuya finalidad no es otra que la de asegurar con amplitud el ejercicio del derecho de defensa²²⁹.

Conforme advierte Alsina, para que la prueba se realice conforme al principio de contradicción, debe practicarse con conocimiento e intervención de las partes, las que pueden o no asistir, pero cuya citación es siempre indispensable²³⁰. Coincidentemente se ha señalado que los requisitos establecidos por la norma en comentario “son los medios de los que se vale la ley para asegurar, antes que la medida tenga lugar, la debida participación de los litigantes, estando los mismos relacionados con los principios generales de la publicidad, la contradicción de la prueba y la prohibición de utilizar la ciencia privada del juez como medio de prueba, vale decir, en definitiva, con el derecho de defensa de las partes”²³¹.

A efectos de realizar el control respectivo, las partes pueden concurrir con sus letrados y representantes en la oportunidad que se lleva a cabo el reconocimiento y formular las

²²⁷ CNCiv., Sala C, 31-10-1974, Rep.E.D. 9-904, n° 21.

²²⁸ Al no haber sido impugnada en primera instancia, la pericia se halla firme y consentida y no podría ser posteriormente atacada en la alzada, sin perjuicio que la misma sea valorada por el juez en el momento de dictar sentencia (CNCiv., Sala E, 21-10-1974, E.D. 61-423).

La falta de impugnación de las partes no autoriza al juez a omitir lo que es esencial en el ejercicio de su función de juzgar, esto es, hacer el examen crítico de las pruebas y valorarlas de acuerdo con las reglas de la sana crítica (CNCiv., Sala D, 4-7-1969, L.L. 137-188 y E.D. 33-44).

²²⁹ CNCiv., Sala A, 25-3-1971, E.D. 37-133.

Corresponde hacer lugar a las medidas requeridas para la realización de una prueba anticipada, consistente en la habilitación de días y horas, auxilio de la fuerza pública y allanamiento de domicilio, si la diligencia se concreta en la sede del demandado y en presencia de sus directivos, siempre y cuando la medida se notifique de modo previo a su efectivización (CNCom., Sala F, 18-2-2010, Rep.L.L. 2010-1077, n° 3).

²³⁰ ALSINA, Hugo: “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediar, tomo III, 1961, pág. 659, n° 3.

²³¹ CNCiv., Sala A, 25-3-1971, E.D. 37-133; Id., Sala E, 13-3-1998, L.L. 1998-D-258; CCiv.Com Posadas, Sala II, 15-2-1999, L.L. Litoral 1999-344. Conf. ALSINA, Hugo: “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediar, tomo III, 1961, pág. 659, n° 3; COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2006, pág. 466; FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, págs. 766, 769.

observaciones pertinentes²³².

De todo lo actuado en el reconocimiento judicial y lo observado por los litigantes se dejará constancia objetiva en el acta respectiva. Estos podrán solicitar que en ella se hagan constar detalles y circunstancias que consideren de interés, lo que deberá hacerse con la mayor precisión posible²³³. Sobre el tema se ha resuelto que concurran o no las partes al acto del reconocimiento judicial, la eficacia probatoria de éste requiere su documentación mediante el levantamiento de acta en la que se deje constancia de las percepciones y observaciones recogidas durante el desarrollo de la diligencia, pues, de lo contrario, resultaría cercenado el derecho de defensa de las partes en tanto se las priva de un elemento de juicio apto para fundar sus alegaciones críticas, se sustrae toda posibilidad de información al órgano judicial competente para conocer de un recurso interpuesto contra la sentencia que hace mérito del reconocimiento e impide la valoración de la prueba al juez que, eventualmente, suceda en el desempeño del cargo a quien practicó la diligencia²³⁴.

Dictámenes extraprocesales de expertos

Los “dictámenes extraprocesales de expertos” o “memorias técnicas”, son opiniones emitidas sobre alguno de los puntos debatidos en un pleito que aportan razones técnicas, científicas, lógicas o artísticas que vienen a reforzar la argumentación efectuada por la parte que lo ha solicitado. Conforme lo señala Peyrano, no se trata de un “medio de prueba”, sino que viene a conformar un alegato o argumentación técnica de la parte que lo ha solicitado (más allá que no puede negársele un tinte pericial)²³⁵.

Al ser un dictamen aportado por la parte realizado extrajudicialmente, sin haberse cumplido las formalidades legales y sin participación de la parte contraria, en su producción no se cumple con el principio de bilateralidad o contradicción. Sin embargo, entiende Peyrano que no obstante ello, no se afecta el derecho de defensa con su aportación, porque al formar parte el mismo de la actividad alegatoria de parte, puede ser utilizado libremente por el juez

²³² COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2006, pág. 466; MORELLO, Augusto M. – SOSA, Gualberto Lucas – BERIZONCE, Roberto Omar: “Códigos Procesales en lo Civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Buenos Aires –Abeledo-Perrot-, La Plata –Librería Editora Platense-, V-B, 1993, pág. 525.

²³³ ALSINA, Hugo: “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediar, tomo III, 1961, pág. 660; SALGADO, Ali J.: en FENOCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Roland: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 1993, pág. 540; SENTÍS MELENDO, Santiago: “El reconocimiento judicial, su naturaleza probatoria”, en “Estudios de Derecho Procesal”, Buenos Aires, EJE, 1967, I, pág. 486 y ss.

²³⁴ CNCiv., Sala E, 13-3-1998, E.D. 188-721, SJ-594.

²³⁵ PEYRANO, Jorge W.: “Sobre los dictámenes extraprocesales de expertos”, L.L. 1990-B-1005, ap. I.

quien puede o no atender lo informado por el experto²³⁶; siguiendo a Mattiolo dice Peyrano que el juez del fondo podrá y deberá tener en cuenta la peritación extrajudicial presentada por una de las partes, no para fundar exclusiva o totalmente sobre la misma su sentencia definitiva, sino para valerse de ella, como de uno de los varios elementos emergentes del pleito y mediante los cuales él llega a formar la propia convicción²³⁷.

Prueba trasladada de un expediente judicial a otro

Cabe señalar, en primer lugar, que el tema de la validez o no de las pruebas producidas en otro juicio, no es tanto un problema de formas de la prueba, sino más bien un problema de garantías del contradictorio²³⁸.

En cuanto a las **pruebas producidas en otro juicio**, se ha considerado que pueden ser válidas en el juicio civil si en aquél la parte tuvo oportunidad de ejercitar contra esas pruebas todas las formas de control y de impugnación que el procedimiento admitía²³⁹. Como principio se ha dicho que es plenamente eficaz la prueba producida en un expediente judicial tramitado entre las mismas partes en tanto ambos litigantes hayan tenido la oportunidad de ejercer su contralor con las garantías del debido proceso legal²⁴⁰, es decir, de ofrecer toda la prueba contraria que hubiesen estimado conveniente, y de fiscalizar la producida²⁴¹; caso

²³⁶ PEYRANO, Jorge W.: “Sobre los dictámenes extraprocesales de expertos”, L.L. 1990-B-1005, ap. IV.

²³⁷ PEYRANO, Jorge W.: “Sobre los dictámenes extraprocesales de expertos”, L.L. 1990-B-1005, ap. VI, citando a MATTIOLLO, Luis: “Tratado de derecho judicial civil”, traducción de Constancia Bernaldo de Quiroz y Manuel López, Rey y Arrojo, Madrid, 1933, pág. 767.

²³⁸ COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del derecho procesal civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 255.

²³⁹ COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del derecho procesal civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 257.

²⁴⁰ KIELMANOVICH, Jorge L.: “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2004, pág. 154-155; ARAZI, Roland: “Los medios de prueba en el proceso civil”, L.L. 1985-E-495, ap. V; COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del derecho procesal civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 255. SC Mendoza, Sala II, 12-2-2007, L.L. Gran Cuyo 2007-734, y Rep.L.L. 2007-994, n° 2.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que las pruebas del sumario criminal tienen valor en el juicio civil en el que se discuten los mismos hechos investigados en aquél y en el cual las personas a quienes se oponen ni siquiera han intentado producir la demostración contraria (CSJN, 26-12-1938, “Nación vs. Besana, Pablo”, Fallos 182:502).

De la circunstancia de aprehender el ordenamiento jurídico una misma realidad fáctica merced a las previsiones dispuestas para regular materias disímiles, no se sigue que los hechos probados a los efectos de uno de aquellos regímenes normativos, deban desconocerse en los otros. Así nada impide hacer mérito de las pruebas arrojadas a causas de otra índole, siempre que se refieran a los mismos hechos, sin perjuicio de las distintas consecuencias que de ellos puedan emanar. Lo dicho impedirá que el proceso se constituya en instrumento para la destrucción ritual de la verdad, cuando, como en el caso, nada se invoca ni se advierte que impide la apreciación de las aludidas pruebas, por razones que se vinculan con la defensa en juicio o el debido proceso (CNFed. Cont.-adm., Sala III, 27-8-1981, Rep. L.L. 1982-1953, n° 1).

²⁴¹ KIELMANOVICH, Jorge L.: “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2004, pág. 154-155.

Dice Couture que las pruebas de otro juicio civil pueden ser válidas, si en el anterior la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y de impugnación que la ley le otorga

contrario, debe ser materia de ratificación²⁴². Por el contrario, no son eficaces las pruebas producidas en otro proceso si no han podido ser debidamente fiscalizadas en todas las etapas de su diligenciamiento²⁴³; en tal sentido, v. gr., se ha dicho que cuando una parte ha sido extraña al expediente venido *ad effectum videndi*, no le son oponibles sus constancias, y dicha causa carece por sí sola de valor probatorio²⁴⁴.

Las pruebas producidas en un *juicio penal* pueden ser válidas en el juicio civil si en aquél la parte tuvo oportunidad de controlarla y de impugnar, y siempre que las garantías que el procedimiento ofrecía no fueran menores que las del juicio civil en que se hacen valer; de lo contrario constituirán fuentes de presunción simple, que el juez apreciará en el nuevo juicio; si el contradictorio ha sido posible, la prueba debe reputarse válida²⁴⁵. También se ha dicho que el *juicio criminal* en sí, como documental, es una pieza importante en su conjunto, eficaz para llevar al ánimo del juez, en el proceso civil la presunción de responsabilidad del demandado respecto de los daños y perjuicios²⁴⁶, aun cuando el demandado no haya intervenido en las actuaciones policiales, después giradas a la Justicia de Instrucción Criminal, en donde recayó sobreseimiento provisional; y la falta de ratificación en juicio civil de las declaraciones allí prestadas, no las invalida completamente; todo dependerá del contenido, de su razonabilidad y corroboración por otras pruebas²⁴⁷.

Las *actuaciones administrativas*, aun las emanadas de empresas del Estado, tienen pleno valor probatorio en tanto sus constancias no hayan sido desvirtuadas por prueba en contrario²⁴⁸.

en el juicio en que se produjeron (COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del derecho procesal civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 255).

²⁴² Dado que la prueba testimonial rendida en un proceso sólo puede ser válidamente trasladada a otro si, en el primero de los juicios, la parte contra la cual se intenta hacerla valer ha tenido suficientes garantías de control, debiendo ser materia de ratificación en caso contrario, con mayor razón debe exigirse el recaudo de la ratificación del testimonio practicado extra-proceso —en el caso, obrante en actas notariales—, es decir, sin la presencia de la persona o apoderado legal contra quien se pretende esgrimirla en un litigio judicial, pues no poseen la jerarquía de probanza computable, al no haber mediado intervención de un órgano jurisdiccional, que es lo que otorga al proceso la garantía del contradictorio (SC Mendoza, Sala II, 12-2-2007, L.L. Gran Cuyo 2007-734, y Rep.L.L. 2007-994, n° 2).

²⁴³ ARAZI, Roland: “Los medios de prueba en el proceso civil”, L.L. 1985-E-495, ap. V; COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del derecho procesal civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 254-255.

²⁴⁴ CNCiv., Sala B, 8-11-1974, L.L. 1975-C-554, n° 1318.

²⁴⁵ COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del derecho procesal civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 255-256; ARAZI, Roland: “Los medios de prueba en el proceso civil”, L.L. 1985-E-495, ap. V.

²⁴⁶ Cam.4ª Córdoba, 15-7-1977, L.L. 1981-2437, n° 2.

Las primeras declaraciones efectuadas en el sumario de prevención prevalecen sobre las posteriores y sobre las formuladas en el juicio civil, puesto que suponen, por la fecha en que se realizaron, una mejor memoria en el recuerdo de los hechos y una mayor espontaneidad en el declarante (CNCiv., Sala H, 13-5-2009, Rep. L.L. 2009-928, n° 1).

²⁴⁷ CNCiv., Sala C, 27-5-1981, Rep. L.L. 1981, 2438, n° 4.

²⁴⁸ CNFed., Sala I civil y com., 22-8-1980, Rep.L.L. 1981-2438, n° 5; E.D. 91-418; CNFed. Cont.-adm., Sala III, 10-5-1988, L.L. 1988-E-284.

Así, se ha considerado que la “*confesión*”, es decir la admisión de un hecho que se le propone a la parte y puede perjudicarla por ser contraria a su postura e intereses, efectuada en las formas del debido proceso, es plenamente válida e incluso ponderable en otro juicio; incluso lo sería la prestada ante juez incompetente²⁴⁹.

Si se aportan *testimonios* extrajudiciales, el principio de contradicción se satisface mediante la ratificación procesal y el derecho de defensa que puede ejercitarse en ese momento en el juicio²⁵⁰. Las declaraciones *testimoniales* recibidas en el proceso penal deben ser reproducidas en el juicio civil con el control de las partes para que tengan plena validez en este último; pero si la persona contra quien se opone ha sido parte en el juicio anterior y ha controvertido la prueba, no es necesario la ratificación en el nuevo juicio²⁵¹. Ya se ha destacado que el juicio criminal en sí, como documental, es una pieza importante con valor probatorio en el proceso civil de los daños y perjuicios²⁵², aun cuando los demandados no hayan intervenido en las actuaciones policiales, después giradas a la Justicia de Instrucción Criminal, en donde recayó sobreseimiento provisional; la falta de ratificación en juicio civil de las declaraciones allí prestadas, no las invalida completamente; todo dependerá del contenido, de su razonabilidad y corroboración por otras pruebas²⁵³.

En materia de “*caducidad de instancia*”, el art. 318 del CPCCN dispone que la “caducidad operada en primera o única instancia *“no perjudica las pruebas producidas”*, las que podrán hacerse valer en un nuevo juicio²⁵⁴. Es que la caducidad de la instancia anula el

²⁴⁹ CNEsp. Civ. Com., Sala II, 21-4-1977, Rep. L.L.1977-1240, n° 18.

²⁵⁰ RAGUSA, Azucena Beatriz: “Criterios para la valoración de la prueba en el ámbito general y laboral”, DT, 2003-A-772, ap. I, g.

Salvo acuerdo de partes no resulta posible otorgarle eficacia de medio probatorio a las declaraciones rendidas en sede extrajudicial, pues, de tal modo, se cercenaría el derecho de defensa de los no partícipes del acto (CNCom., Sala B, 5-5-2006, L.L. 2006-D-795).

Dado que la prueba testimonial rendida en un proceso sólo puede ser válidamente trasladada a otro si, en el primero de los juicios, la parte contra la cual se intenta hacerla valer ha tenido suficientes garantías de control, debiendo ser materia de ratificación en caso contrario, con mayor razón debe exigirse el recaudo de la ratificación del testimonio practicado extra-proceso –en el caso, obrante en actas notariales-, es decir, sin la presencia de la persona o apoderado legal contra quien se pretende esgrimirla en un litigio judicial, pues no poseen la jerarquía de probanza computable, al no haber mediado intervención de un órgano jurisdiccional, que es lo que otorga al proceso la garantía del contradictorio (SC Mendoza, Sala II, 12-2-2007, L.L. Gran Cuyo 2007-734, y Rep.L.L. 2007-994, n° 2).

²⁵¹ CNTrab., Sala II, 23-4-1984, “Gómez, Juan Pablo vs. Los Años Locos S.R.L.”, citado por RAGUSA, Azucena Beatriz: “Criterios para la valoración de la prueba en el ámbito general y laboral”, DT, 2003-A-772, ap. IV.I.

²⁵² Cam.4ª Córdoba, 15-7-1977, L.L. 1981-2437, n° 2.

Las primeras declaraciones efectuadas en el sumario de prevención prevalecen sobre las posteriores y sobre las formuladas en el juicio civil, puesto que suponen, por la fecha en que se realizaron, una mejor memoria en el recuerdo de los hechos y una mayor espontaneidad en el declarante (CNCiv., Sala H, 13-5-2009, Rep. L.L. 2009-928, n° 1).

²⁵³ CNCiv., Sala C, 27-5-1981, Rep. L.L. 1981, 2438, n° 4.

²⁵⁴ Normas similares contienen los Códigos de Jujuy (art. 203), de Santa Fe (art. 237), de Mendoza (art. 80, IV), de Córdoba (art. 347), de Tucumán (art. 216).

“juicio” considerado como relación jurídica; pero no destruye el valor intrínseco de la prueba producida²⁵⁵. Pero, debe tratarse de prueba producidas con el debido control de las partes, en donde se haya respetado el principio de bilateralidad o de contradicción²⁵⁶. Y el concepto de “prueba” debe interpretarse en un sentido lato, como comprensivo de “todas las constancias de un expediente que puedan revestir valor probatorio”²⁵⁷.

Este principio que rige en los supuestos de caducidad de instancia puede aplicarse también al supuesto de “*desistimiento del proceso o de la pretensión*”²⁵⁸.

En los supuestos que se hubiere declarado la nulidad del procedimiento, la prueba ofrecida y producida con las formalidades legales y con la participación de ambas partes puede hacerse valer en otro juicio, si los motivos que determinaron la nulidad del primero no afectan a la prueba (art. 174 CPCCN)²⁵⁹.

Las partes tienen la “carga de la prueba”

Como principio, en un sistema dispositivo, como es el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y sus similares, *son las partes las que tienen la carga de aportar las pruebas al proceso*.²⁶⁰ Se trata también de una “carga procesal”, la denominada “carga de la prueba”, a la que se refiere el art. 377 del Código mencionado cuando dice que “*incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer*”; y el párrafo siguiente agrega que “*cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la*

²⁵⁵ LOUTAYF RANEA, Roberto G. y OVEJERO LÓPEZ, Julio C.: “Caducidad de la Instancia”, Buenos Aires, Astrea, 2005, pág. 677; FERNÁNDEZ, Raymundo L.: “Código de Procedimiento Civil y Comercial, concordado y comentado”, Buenos Aires, Cía Impresora Argentina, 1942, t. I, pág. 649-650, comentario al art. 4º; CCiv.Com. La Plata, Sala I, 5-3-48, J.A. 1948-I-588.

²⁵⁶ LOUTAYF RANEA, Roberto G. y OVEJERO LÓPEZ, Julio C.: “Caducidad de la Instancia”, Buenos Aires, Astrea, 2005, pág. 676-677; FORNACIARI: “Modos anormales de terminación del proceso. Caducidad de instancia”, Buenos Aires, Depalma, 1991, t. III, pág. 249.

²⁵⁷ FASSI, Santiago C. y YÁÑEZ, César D.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes”, Buenos Aires, Astrea, tomo 2, pág. 693-694; SOLARI BRUMANA, Juan A.: “La caducidad de la instancia y la mora”, J.A. 28-1975-286; CApel.Civ.Com. Rosario, Sala II, 20-10-1972, Juris 42, fallo 7731.

²⁵⁸ ARAZI, Roland: “Los medios de prueba en el proceso civil”, L.L. 1985-E-495, ap. VI.

²⁵⁹ ARAZI, Roland: “Los medios de prueba en el proceso civil”, L.L. 1985-E-495, ap. III.

²⁶⁰ El principio del dispositivo ritual impone a los litigantes el deber de probar los presupuestos fácticos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, ya que las simples alegaciones procesales no bastan para proporcionarle al órgano jurisdiccional la suficiente convicción para emitir un pronunciamiento favorable (CNCom., Sala A, 28-3-2003, E.D. 205-370).

Resulta de aplicación la reiterada y constante corriente jurisprudencial de la Sala que ha juzgado que el principio dispositivo ritual impone a los litigantes el deber de acreditar los presupuestos que invocan en la especie como fundamento de su defensa o excepción (CNCom., Sala A, 28-5-99, L.L. 1999-F-87; DJ 2000-1-1233); y que ello no depende de la calidad de actor o demandado sino de la situación en que se coloquen dentro del proceso (CNCom., Sala A, 30-5-97, L.L. 1997-E-498; L.L. 1998-E-186; DJ, 1997-3-630).

norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”²⁶¹. Últimamente se está aplicando también la regla denominada de las “cargas probatorias dinámicas”, que, en definitiva establece que, en razón del deber de colaboración que tienen las partes, cabe requerir la prueba de ciertos hechos a la que está en mejores condiciones de hacerlo²⁶².

Como se señalara, la carga de la prueba es un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que

²⁶¹ Sobre el tema, ver MAURINO, Alberto L.: “La carga de la prueba y la norma del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, J.A. 2013-I.

²⁶² EISNER, Isidoro: “Desplazamiento de la carga probatoria”, L.L. 1994-C-846; PEYRANO, Jorge W.: “Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, L.L. 1996-B-1027, y “Procedimiento civil y comercial I”, Rosario, Juris, 2002, págs. 551 y ss.; “Soluciones procesales”, Rosario, Editorial Juris, 1995, pág. 202; PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio: “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, E.D. 107-1005; MAURINO, Alberto L.: “La carga de la prueba y la norma del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, J.A. 2013-I, ap. VI; CJ Mendoza, Sala 1ª, 2-6-95, J.A. 1998-I-1116; CNCom., Sala A, 18-4-97, L.L. 1998-C-55; Id., Sala B, 23-2-99, L.L. 1999-E-717; Id., Sala E, 19-10-98, L.L. 1999-B-174; CApel. CC. Salta, Sala III, 28-5-07, *Diners vs. López*, expediente de Sala n° 181322, Protocolo año 2007, pág. 592.

En el marco legal previsto por el art. 377 del Cód. Procesal, en virtud de la directiva sobre las cargas probatorias dinámicas, se encuentra con mayor obligación de probar aquel que está en mejores condiciones o posee a su alcance con mayor facilidad los medios para arrimar al conocimiento del juzgador el esclarecimiento de los hechos (CNTrab., Sala II, 26-3-96, DT, 1996-B-1795; DJ 1996-2-918; La Ley Online cita AR/JUR/4550/1996).

Más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla. Así, pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en los que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad (TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, voto de los doctores Casás y Lozano, 20-2-08, E.D. 226-713).

Parte de la doctrina sostiene que pesa sobre el actor la carga de la prueba de la culpa del médico. Sin embargo, tal criterio se encuentra actualmente en crisis en razón de la vigencia de la teoría de la carga probatoria dinámica que impone la prueba a quien está en mejores condiciones de producirse, caso contrario puede originar una presunción en su contra. En el supuesto de la mala praxis médica indudablemente no es el damnificado, en la mayoría de los casos, quien ocupa tal posición ventajosa (CNCiv., Sala K, 3-8-09, E.D. revista del 28-1-2011, fallo n° 56.726).

Sin embargo, se ha advertido que la teoría de las “cargas probatorias dinámicas” puede aplicarse en la medida que no se contraponga abiertamente al sistema probatorio adoptado por la ley procesal. Es decir, no puede aplicarse *contra legem*. Si se opone al texto legal no se trata ya de una integración de la ley, sino de un desplazamiento de la ley. Y ello tiene el grave inconveniente de que su aplicación sorpresiva por el juez al dictar sentencia puede alterar gravemente el derecho de defensa de la parte a quien se le imputa que en su cabeza recaía la carga probatoria. Se ha considerado que la única forma en que podría hacerse compatible la teoría de las “cargas probatorias dinámicas” con el art. 375 del Cód. procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires (similar al art. 377 del Código nacional), es mediante el pedido expreso de la parte actora, al formular la demanda, de que –dadas las circunstancias del hecho invocadas– se aplique aquella al dictar sentencia y que, con el traslado de la demanda se sustancie debidamente con la accionada, cuestión que –al abrirse a prueba– tendría que ser objeto de un pronunciamiento expreso por parte del juez acerca de si la aplicará o no al sentenciar: sería la única forma de garantizar el derecho de defensa y evitar sorpresas en la sentencia (CApel.Civ.Com. Mercedes, Sala I, 4-5-2006, E.D. 222-189). Para prevenir tal defecto, el Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, realizado en 1993 por los Doctores Roland Arazi, Isidoro Eisner, Mario E. Kaminker y Augusto M. Morello dispone en el art. 365 que en la audiencia preliminar el Tribunal, “en los supuestos excepcionales previstos por el art. 367 párrafo 2 si el Juez considerase que existen especiales exigencias probatorias para alguna de las partes, así lo hará saber”

debe probar, pierde el pleito, si de ello depende la suerte de la litis²⁶³. En igual sentido, Palacio señala que las reglas sobre la carga de la prueba, en síntesis, sólo revisten importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos susceptibles de fundar la convicción judicial en un caso concreto, indicando por un lado al juez cuál debe ser el contenido del fallo cuando ocurre aquella circunstancia, y previniendo por otro lado a las partes acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga²⁶⁴. La carga de la prueba, dice Fassi siguiendo a Devis Echandía, es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no se encuentran en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables²⁶⁵. Sobre el tema de la carga de la prueba, el postulado que rige es que la falta de prueba se vuelve en contra de la parte que tenía la tarea de hacerlo quien, por tal omisión, no logrará el progreso de su pretensión o defensa²⁶⁶. Conforme se ha resuelto, por natural derivación del principio de adquisición procesal, al juez le es indiferente establecer a cuál de los litigantes correspondía probar, siempre que los hechos esenciales de la causa queden probados; pero, contrariamente, ante la insuficiencia o ausencia de evidencias es necesario recurrir a los principios que ordenan la carga de la prueba y fallar responsabilizando a la parte que, debiendo justificar sus afirmaciones, no llegó a formar la convicción judicial acerca de los hechos controvertidos²⁶⁷.

²⁶³ (FASSI, Santiago C.: “Código Procesal Civil y Procesal”, Buenos Aires, Astrea, tomo I, 1971, pág. 671 n° 1.381; FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág. 415.

La carga de la prueba no supone, como principio general, un derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante, pues configura una circunstancia de riesgo consistente en que quien no prueba lo invocado en su posición, pierde el pleito si de ello depende la suerte de la litis (CApel.Civ.Com. Lomas de Zamora, Sala I, 10-2-2005, E.D. 214-572).

La carga de la prueba no es una distribución del poder de probar que tienen las partes, sino del riesgo de no hacerlo y no supone un derecho sino un imperativo de cada litigante (CNCom., Sala B, 14-2-2005, E.D. 212-107).

²⁶⁴ PALACIO, Lino E.: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, tomo IV, 1972, pág. 362.

²⁶⁵ FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág. 414-415; DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Teoría General de la Prueba”, tomo I, pág. 426; COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Depalma, 1972, pág. 209/214; REIMUNDÍN, Ricardo: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Viracocha, t. I, 1957, pág. 127/132.

²⁶⁶ CApel.CC. Salta, Sala III, 23-5-05, “Aranda vs. Vega”, n° 102260, Protocolo año 2005, pág. 511: Id. Id., 18-7-05, Jerez vs. Padilla, Expte. N° 120262, Protocolo año 2005, pág. 497.

²⁶⁷ CApel. Civil y Comercial, Lomas de Zamora, Sala I, 4-5-2004, L.L. Buenos Aires 2004-1289, La Ley Online cita AR/JUR/2429/2004.

La finalidad de la actividad probatoria consiste en crear la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados en las alegaciones procesales, por lo cual, ante la ausencia o insuficiencia de elementos respaldatorios susceptibles de fundar la convicción judicial en un caso concreto, el juez cuenta con ciertas reglas que le permiten establecer cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias

Son las partes, entonces, las que tienen la carga de la prueba, de ofrecerla en las oportunidades adecuadas y de urgir para que sean diligenciadas oportunamente (art. 384 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y de producirlas por los medios previstos por la ley y por los que el juez disponga (art. 378 del mismo Código).

Más aún, conforme se ha señalado, la teoría procesalista, a la par de establecer sobre qué parte pesa la carga de la prueba de determinado hecho, ha enfatizado la satisfacción del *deber de colaboración* que incumbe a todas ellas en función de su postura en la relación o situación jurídica objeto del proceso, que constituye una visión solidarista del problema²⁶⁸. En igual sentido se ha resuelto que es natural que la tramitación de la causa exija de las partes un mínimo de actividad que compruebe su real interés en demostrar su derecho (deber de colaboración) por aquel criterio que informa que la lealtad, probidad y buena fe deben presidir la actuación de los contendores en el pleito, y que les previene, asimismo, el deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y colaborar con el órgano jurisdiccional²⁶⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía –por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal²⁷⁰.

Como consecuencia de lo expuesto, el juez tiene el deber de valorar adecuadamente las pruebas producidas por las partes de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 CPCCN), porque si prescinde de su análisis, o se aparta de lo que de ellas surge, pierde todo sentido el esfuerzo probatorio que hayan realizado las partes, y en general todo el proceso pierde su finalidad²⁷¹. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha señalado que el ejercicio de la función jurisdiccional debe traducirse en sentencias que den razón suficiente de sus conclusiones, ya que es condición de su validez que sean fundadas y constituyan, en consecuencia, derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias

perjudiciales que provoca la incertidumbre sobre los hechos controvertidos (CNCCom., Sala E, 16-9-2009, E.D. 236-527).

²⁶⁸ CNCiv., Sala E, 16-8-2006, E.D. 220-149.

²⁶⁹ CApel.Civ.Com. Azul, Sala II, 4-5-2006, E.D. 221-441.

²⁷⁰ CSJN, 20-8-1996, “Baiadera, Víctor Florencio”, Fallos 319:1577; Id.7-12-2001, “Ayala, Ofelia”, Fallos 324:4123; La Ley Online cita AR/JUR/5077/2001.

²⁷¹ No es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CNCiv., Sala B, 28-9-2009, E.D. 236-531; Id., Sala K, 9-3-2009, E.D. 233-370)

comprobadas en la causa²⁷². Y ha descalificado como acto jurisdiccional válido la sentencia en que los magistrados intervinientes se limitaron a expresar una convicción subjetiva, omitiendo toda referencia concreta a las circunstancias de la causa, sin revelar los motivos ni indicar por medio de qué pruebas se arribó a dicha conclusión; es decir, no se desprende el estudio o valoración de prueba alguna de las producidas en la causa²⁷³.

La “sana crítica” comprende la necesidad de valorar los distintos medios, explicando las razones que ha tenido el juez para formar su convicción al ponderar con un sentido crítico la variedad de pruebas. Se sintetiza en el examen lógico de los distintos medios, la naturaleza de la causa y las máximas de experiencia, es decir, el conocimiento de la vida y de los hombre que posee el juez, simples directivas, indicaciones o consejos dirigidos al sentenciador y respecto de los cuales éste es soberano en su interpretación y aplicación. Si es arbitraria o absurda, no puede pretenderse la validez de tal determinación judicial²⁷⁴.

Las medidas para mejor proveer y el principio de contradicción

El art. 36 inc. 4º del CPCCN establece que “*Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán: ... 4) ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes*”.

Couture define a las diligencias para mejor proveer, como “aquellas medidas probatorias que el juez puede disponer por propia iniciativa, destinadas a mejorar las condiciones de información requeridas por la sentencia, de cuya génesis lógica forma parte”²⁷⁵. Son medidas que pueden disponer los jueces para completar su convicción acerca de los hechos, pero no deben confundirse con la aportación oficial de pruebas, que resulta contraria a la imparcialidad del juez²⁷⁶. Peyrano las define diciendo que “son facultades

²⁷² CSJN, 15-7-70, Fallos 277-213; Id. 27-9-72, Fallos 283-415; Id. 12-4-73, L.L. 151-603 y J.A. 1973-19-378; Id. 28-8-86, “Madelá, José A. vs. Fibrallana S.A.”, Rep. E.D. 21-615, n° 322; Id., 4-9-90, “Lavia, Sandro”, Fallos 313:827.

Si bien es privativo del tribunal la aplicación del derecho a las causas sometidas a su decisión, esa facultad sólo es admisible en tanto se respeten las circunstancias fácticas en el proceso, pues de lo contrario se restringe indebidamente el derecho de defensa (CSJN, 7-7-1969, E.D. 28-3; Id., 29-8-1969, E.D. 32-24).

²⁷³ CSJN, del dictamen del Procurador Fiscal al que la Corte se remite, 5-12-2000, “Mitnik, Bernardo vs. Sociedad Argentina de Autores y Compositores”, Fallos 323:3937, E.D. 192-78, con cita del precedente “Salmerón, Bonifacio Antonio”, año 1981, Fallos 303:1295.

Cabe dejar sin efecto la sentencia en que el tribunal no ha realizado un examen adecuado de las pruebas producidas en la causa; máxime, que ello era menester en tanto la demandada se había agravado en forma expresa de la ponderación del material probatorio efectuado en primera instancia (CSJN, 6-3-2001, “Lascano Quintana, Guillermo Víctor vs. Veraz S.A.”, Fallos 324:567; Rep.E.D. 35-1286, n° 281; L.L. 2001-C-665).

²⁷⁴ CNCont.-adm.Fed., Sala V, 27-6-2007, E.D. 224-346; Id. Id., 18-12-2007, E.D. 230-372.

²⁷⁵ COUTURE, Eduardo J.: “Teoría de las diligencias para mejor proveer”, Montevideo, Casa A. Barreiro Ramos S.A., pág. 63.

²⁷⁶ PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo: “Derecho Procesal Civil”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, volumen I, 1968, pág. 392-393.

discrecionales que puede emplear el tribunal preocupado por la sospecha de que las pruebas aportadas al proceso no son suficientes para esclarecer la verdad real o ‘histórica’, en tanto y en cuanto su ejercicio se erija en un mero corrector del principio dispositivo y no en su verdugo”²⁷⁷.

Es claro, entonces, que las medidas para mejor proveer tienen por *fundamento* la búsqueda de la *verdad jurídica objetiva* a fin de lograr el dictado de una sentencia justa²⁷⁸. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía –por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal²⁷⁹; y que los jueces no pueden prescindir del uso de los medios a su alcance para determinar la verdad jurídica objetiva y evitar que el proceso se convierta en una sucesión de ritos caprichosos²⁸⁰.

Aludiendo a las normas que regulan el procedimiento de los juicios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la normativa procesal, obviamente indispensable y jurídicamente valiosa, no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tiene como finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio; todo lo cual no puede lograrse si se rehúye atender a la verdad objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio. Agrega luego el Alto Tribunal que hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo "in concreto"; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios anunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión

²⁷⁷ PEYRANO, Jorge W.: “El Proceso Civil. Principios y fundamentos”, Buenos Aires, Astrea, 1978, pág. 76.

²⁷⁸ TORRENS ELGUETA, Gonzalo: “La iniciativa probatoria oficiosa”, L.L. Córdoba 2006-435.

Las medidas para mejor proveer no pueden suplir la negligencia de las partes, pero tampoco pueden evadir, a sabiendas, el compromiso hacia la verdad y la justicia (GOZAÍN, Osvaldo Alfredo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado”, Buenos Aires, La Ley, tomo I, 2006, pág. 141).

²⁷⁹ CSJN, 20-8-1996, “Baidera, Víctor Florencio”, Fallos 319:1577; Id.7-12-2001, “Ayala, Ofelia”, Fallos 324:4123; La Ley Online cita AR/JUR/5077/2001.

²⁸⁰ CSJN, 4-11-1997, “Sarmiento, Luis vs. Administración Nacional de la Seguridad Social”, Fallos 320:2343, consid. 8º; Id. 7-12-2001, “Ayala, Ofelia”, Fallos 324:4123; La Ley Online cita AR/JUR/5077/2001.

de administrar justicia. Sobre la base de lo expuesto, no cabe sino concluir que la sentencia del a quo en tanto importa ignorar totalmente la existencia de otro juicio (un sucesorio) por la única razón de haber sido ofrecido como prueba en forma extemporánea, aparece como una desviación del recto sentido de hacer justicia atendiendo a la verdad objetiva de los hechos relevantes de la causa, e importa un exceso ritual que impide la necesaria adecuación que el magistrado debe lograr entre las previsiones del derecho y las circunstancias reales del caso, requisito, "sine qua non" de una decisión jurisdiccional jurídicamente valiosa. Y aludiendo a las medidas para mejor proveer dice la Corte que la ley procesal dispone que los jueces y tribunales podrán ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36, Cód. Procesal de la Provincia de Buenos Aires), "facultad que se torna de irrenunciable ejercicio en casos como el de autos en que, según el a quo, la pieza agregada tardíamente era decisiva para la solución de la Litis"²⁸¹.

El "*principio dispositivo*" rige en el procedimiento civil; y establece que son las partes quienes deben proporcionar los fundamentos para alcanzar la sentencia, a partir de los autos de postulación, demostración y alegación: son ellas quienes pueden allegar los elementos probatorios al proceso²⁸². La iniciativa probatoria del juez no desnaturaliza el principio dispositivo, sino que coexiste con él²⁸³. Por ello se ha entendido que no se puede con este tipo de medidas suplir la negligencia de las partes, sino sólo complementar las pruebas producidas ofrecidas y producidas por las partes²⁸⁴. En este sentido se ha dicho que el juez tiene facultad

²⁸¹ CSJN, 23-12-1980, "Oilher", Fallos 302:1611; L.L. 1981-C-68; E.D. 93-752.

²⁸² GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", Buenos Aires, La Ley, tomo I, 2006, pág. 138-140.

²⁸³ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", Buenos Aires, La Ley, tomo I, 2006, pág. 140.

En ejercicio de la atribución de dictar medidas para mejor proveer debe ser respetada la vigencia del principio dispositivo, el derecho de igualdad de las partes y la garantía de defensa en juicio (CNCom., Sala A, 30-11-1998, L.L. 1999-C-413).

²⁸⁴ La actuación judicial en materia probatoria reviste carácter complementario con respecto a la carga de las partes, y su objetivo consiste en despejar las dudas con que tropiece el convencimiento del juez en aquellos supuestos en que la prueba producida por las partes no sea lo suficientemente esclarecedora (FASSI, Santiago C. y YÁÑEZ, César D.: "Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado", Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 1988, pág. 279). Estos autores distinguen varias situaciones: a) la parte no ha aprovechado la oportunidad brindada por la ley de ofrecer su prueba; b) la ha ofrecido pero incompetente, dejando sin probar alguno de los extremos de los cuales depende el éxito de su pretensión jurídica, y c) la ha ofrecido, pero la perdió por negligencia. Sólo en el segundo supuesto puede el juez ordenar para mejor proveer una prueba no incluida entre las ofrecidas; no cuando la parte no ha ofrecido prueba en la ocasión legal ni cuando la prueba se ha perdido por negligencia, porque estaría violando el principio de igualdad (art. 34 inc. 5°, c) (FASSI y YÁÑEZ: Op. cit., pág. 281).

La carga impuesta por el art. 377 del CPCCN subsiste para las partes, pues, pese a las amplias facultades conferidas al juez para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36 inc. 2° cód. citado) sigue vigente -aunque atenuado- el principio dispositivo conforme al cual, corresponde a las partes la aportación de la prueba para acreditar los hechos que invocan, siendo en este aspecto la actividad de aquél meramente complementaria. Las facultades instructorias acordadas a los jueces no están destinadas a excluir o sustituir la

“para investigar por sí mismo, no en un sentido inquisitorio, sino en la medida necesaria para completar su información o aclarar alguna situación dudosa”²⁸⁵. Estas diligencias están destinadas a mejorar las condiciones de la información, es decir, a complementar las pruebas aportadas por las partes, pero no a sustituir su negligencia; mediante ellas el juez debe cuidar de no afectar su imparcialidad ni la equidistancia, entendiéndose por esta última, no una equidistancia objetiva en los efectos, sino una equidistancia subjetiva en la intención del funcionario²⁸⁶. En términos generales, la medida judicial no puede suplir el error, la omisión ni la inactividad de la parte, no importa la restitución de plazos procesales ni volver sobre etapas precluidas sino sólo aclarar dudas que suscite el estudio de la causa²⁸⁷.

Sin embargo, se va abriendo paso otra posición que entiende que la *atribución que tienen los jueces de dictar medidas para mejor proveer es amplia e independiente de la actividad cumplida por los litigantes*²⁸⁸; que aun mediando negligencia de las partes, tiene el magistrado el deber de suplir esa omisión y antes de fallar tiene que esclarecer los hechos ordenando la producción de prueba que considere decisiva²⁸⁹; que conforme los parámetros y modernos criterios (en el sentido más amplio del concepto) sobre “justicia”, “verdad jurídica objetiva”, “debido proceso”, mal puede la judicatura so pretexto de “suplir negligencia”

actividad probatoria que incumbe a las partes, y que éstas deben desarrollar de conformidad con las reglas relativas a la distribución de la carga de la prueba (CNCiv., Sala F, 13-7-1982, E.D. 101-173).

²⁸⁵ ALSINA, Hugo: “Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediar, tomo II, 1957, pág. 234-235.

²⁸⁶ COUTURE, Eduardo J.: “Teoría de las diligencias para mejor proveer”, Montevideo, Casa A. Barreiro Ramos S.A., pág. 121.

²⁸⁷ COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Buenos Aires, La Ley, tomo I, 2006, pág. 310, con cita, entre otros, de los siguientes precedentes: CNCiv., Sala D, 11-12-1958, “Chocrón, Salvador vs. Ministerio de Transporte de la Nación”, J.A. 1959-I-453; Id., Sala E, 24-8-1959, L.L. 99-819, 5566-S; Id. Id., 10-6-1060, “Cilley Hernández”, J.A. 1962-III-5, nº 28; CNCCom., Sala A, 22-5-1959, L.L. 98-703, 4379-S.

²⁸⁸ CNCiv., Sala E, DJ, 1996-1-826.

Siempre que devenga necesaria la producción de “prueba oficiosa”, indefectiblemente será ésta precedida por la inoperancia de parte o insuficiencia del medio empleado por esta a fines de acreditar los hechos. Si es necesario que sea el juez quien despliegue actividad probatoria, se sobre-entiende que las partes no han logrado producir la prueba debida, o que la producida no ha alcanzado convicción en el juzgador (JIMÉNEZ, María Eugenia: “Medidas para mejor proveer. Nuevas tendencias y recaudos de la CSJN”, DJ 2006-1165, ap. V, A).

²⁸⁹ ARAZI, Roland: “La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica”, Buenos Aires, La Rocca, 1998, pág. 43; también en FENOCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Roland: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 1993, págs. 156-160. En esta última obra dice Arazi que el juez debe actuar oficiosamente cuando las partes no han cumplido eficientemente con la carga de probar la totalidad de los hechos afirmados; de lo contrario la iniciativa judicial sería innecesaria; que no debe retacearse esta función judicial por temor a que los jueces abusen de ella (cita a CUETO RÚA, Julio C.: “El juez distante”, L.L. 1990-C-906); que los poderes-deberes del juez lo inducen a que su ejercicio sea tan amplio o independiente como lo demanden las exigencias de la causa y sin subordinarse a la actividad que hayan podido cumplir u omitir las partes (cita a MORELLO, Augusto M.: “Los recursos extraordinarios extraordinarios y la eficacia del proceso”, Buenos Aires, Hammurabi, 1981, pág. 289).

alguna, evitar disponer medidas para mejor proveer que persigan lograr convicción²⁹⁰. Arazi dice que en el estado actual de la doctrina y jurisprudencia ya no resulta trascendente continuar trabajando sobre la problemática de la carga de la prueba, ya que los jueces tienen el deber de esclarecer los hechos controvertidos²⁹¹. Destaca este jurista fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como el recaído en el caso “Oilher”²⁹², en donde el Alto Tribunal ha dicho que la facultad que tienen los tribunales para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos “se torna de irrenunciable ejercicio en casos donde la prueba es decisiva para la solución del litigio”; en el fallo en la causa “B. V. F.” (Baiadera, Víctor Florindo) dijo la Corte que “si bien es cierto que la prueba de los hechos está sujeta a ciertas limitaciones en cuanto a su forma y tiempo y que es propio de los jueces de la causa determinar cuando existe negligencia procesal de las partes así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad en la defensa de sus derechos, ninguna de estas consideraciones basta para excluir de la solución a dar al caso su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia”²⁹³. A su vez, señala Arazi, que a las causales tradicionales de arbitrariedad fáctica para la procedencia del recurso extraordinario corresponde agregar una nueva, que es haber omitido el juez “recorrer a los medios a su alcance para determinar la verdad jurídica objetiva”, si ello conduce a “frustrar el real esclarecimiento de los hechos”²⁹⁴. *A modo de síntesis*, dice Arazi que el juez sólo recurrirá a las reglas sobre carga de la prueba cuando duda cómo sucedieron los hechos; pero antes de fallar con esa duda tiene el deber de utilizar todos los medios a su alcance para disiparla; y ese deber es también un derecho de quien juzga pues constituye una frustración decidir la contienda confesando que se ignoran los hechos. Las partes no deben desentenderse de la actividad probatoria ya que si el juez logra certeza acerca de los hechos, fallará en consecuencia; también debe tenerse presente que las fuentes de prueba (personas que tienen conocimiento del hecho a probar) o cosas que representan el hecho a probar) y de presunciones (indicios) tienen que ser aportadas por los litigantes o surgir de actos realizados en el juicio; y salvo en los casos excepcionales en que el interés

²⁹⁰ JIMÉNEZ, María Eugenia: “Medidas para mejor proveer. Nuevas tendencias y recaudos de la CSJN”, DJ 2006-1165, ap. III-A.

²⁹¹ ARAZI, Roland: “El ocaso de las teorías sobre la carga de la prueba”, L.L. 2000-A-1041.

²⁹² CSJN, 23-12-1980, “Oilher”, Fallos 302:1611; E.D. 93-752; L.L. 1981-C-65.

²⁹³ CSJN, 20-8-1996, “Baiadera, Víctor Florindo”, Fallos 319:1577.

²⁹⁴ CSJN, 16-2-1999, “San Martín Aguiar”, Fallos 322:122; L.L. 1999-C-137. En este fallo ha dicho la Corte que las reglas de la carga de la prueba “deben ser apreciadas en función de la índole y características del caso sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía –por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal” (cita el precedente de Fallos 319:1577, “Baiadera, Víctor Florindo”).

comprometido lo requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, el juez civil no puede traer esas fuentes si su existencia no surge de actuaciones procesales²⁹⁵. Algunas legislaciones modernas establecen que la distribución de la carga de la prueba no obsta a la iniciativa probatoria del tribunal (arts. 139.2 del Código General del Proceso de la República Oriental de Uruguay; art. 375.2 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; art. 366, apart. 4º, Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires; art. 360, apart. 3º, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa²⁹⁶).

En realidad, el juez debe ejercer un rol activo en el proceso y hacer uso de las herramientas que el ordenamiento le brinda para que la sentencia -como norma individual- se conforme en el mayor grado posible a las exigencias de la justicia. Pueden, entonces, dictar las medidas necesarias para complementar la actividad probatoria de las partes, pero no suplir por este medio el error, la omisión, la inactividad o negligencia de los litigantes²⁹⁷. Mas en esta tarea, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los tribunales, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, no pueden prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en cada caso; y que no pueden desinteresarse de la consideración de un medio probatorio que se muestra como decisivo para la solución del asunto ni rehuir atender a la verdad objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio; por ello ha concluido el Alto Tribunal que en tales particulares supuestos, el ejercicio de la facultad que otorga el art. 36 del ordenamiento procesal se torna irrenunciable²⁹⁸; porque la “renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia”²⁹⁹.

²⁹⁵ ARAZI, Roland: “El ocaso de las teorías sobre la carga de la prueba”, L.L. 2000-A-1041. Transcribe Arazi un fallo de la Cámara de Apelaciones de San Isidro (CApel.Civ.Com. San Isidro, “Albide, Gustavo vs. Crevatín, Italo Juan” C.80.151) en donde, dice, el ejercicio por el juez de las facultades para esclarecer los hechos desplazó el tema de la carga de la prueba. Se trataba de un juicio de daños y perjuicios por accidente de tránsito, en el que el actor afirmó en su demanda que el demandado se encontraba asegurado en una determinada compañía y la demandó (art. 118, ley 17.418); la aseguradora en su contestación negó la existencia del seguro pero agregó que, si bien hubo seguro, este caducó antes del siniestro. Al momento de tener que dictar sentencia la prueba sobre el hecho controvertido no se había producido, el tema pudo fallarse en base a las reglas de la carga de la prueba: ¿le correspondía al actor por haber afirmado el hecho, a la aseguradora porque alegó un hecho modificativo o extintivo; había que recurrir a la doctrina de la carga probatoria dinámica y ver quién estaba en mejores condiciones para probar?; en cualquier caso el juez iba a fallar sin saber si efectivamente había o no seguro. La Cámara ordenó de oficio que se produzca la prueba omitida y pudo así conocer la verdad y dictar una sentencia justa o, como le gustaba decir a Eisner, lo más justa posible.

²⁹⁶ ARAZI, Roland: “El ocaso de las teorías sobre la carga de la prueba”, L.L. 2000-A-1041.

²⁹⁷ Loutayf Ranea, Roberto G. y Solá, Ernesto, “Principio de Igualdad Procesal”, La Ley 2011-A, 982, y página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

²⁹⁸ CSJN, 23-12-1980, “Oihler”, Fallos 302_1611; E.D. 93-752.

²⁹⁹ CSJN, 23-12-1982, “Ortega, José vs. Roque Ugarte”, Fallos 304:1915; Id.,20-8-1996, “Baiadera,

Conforme se ha señalado, el despacho de una medida para mejor proveer no viola el principio de igualdad de las partes, sea que el resultado pueda beneficiar a cualquiera de ellas³⁰⁰, ni la imparcialidad del juzgador ya que este último desconoce a quien va a beneficiar la prueba³⁰¹. Torres Elgueta señala que más allá de que se pueda ver beneficiada una de las partes, el juez cuando ordena una medida para mejor proveer, por un lado está resguardando el derecho de los litigantes a obtener una sentencia debidamente fundada, y por otro persigue una finalidad superior que es la de hacer justicia³⁰².

Para la producción de una medida para mejor proveer, la norma contenida en el art. 36

Víctor Florindo”, Fallos 319:1577; L.L. 1996-E-679 Id., 24-4-2003, “Superintendencia de Seguros de la Nación vs. ITT Hartford Seguros de Retiros S.A.”, Fallos 326:1395.

Si bien es cierto que la prueba está sujeta a ciertas limitaciones, en cuanto a su forma y tiempo pues es exacto que de otro modo los juicios no tendrían fin, el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales pues, no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica, que es su norte. Asimismo, cabe señalar "por vía de principio" que es propio de los jueces de la causa determinar si existe negligencia procesal sancionable de las partes así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad en la defensa de sus derechos. Pero ni una ni otra consideración son bastantes para excluir de la solución a dar al caso, su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia (Fallos: 238:550 -18-9-1957, “Colalillo, Domingo”) (CSJN, 23-12-1982, “Ortega, José vs. Roque Ugarte”, Fallos 304:1915; Id., 24-4-2003, “Superintendencia de Seguros de la Nación vs. ITT Hartford Seguros de Retiros S.A.”, Fallos 326:1395; Id., 27-12-2005, Atencio, Delia Graciela vs. Provincia de Tucumán y otros”, Fallos 328:4818; La Ley Online cita AR/JUR/9074/2005).

Cabe tener presente que en la doctrina de Fallos: 238-550 (18-9-1957, “Colalillo, Domingo”) la Corte expresó que si bien es cierto que la prueba de los hechos está sujeta a ciertas limitaciones en cuanto a su forma y tiempo, y que es propio de los jueces de la causa determinar cuándo existe negligencia procesal sancionable de las partes, así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad en la defensa de sus derechos, ninguna de estas consideraciones basta para excluir de la solución a dar al caso, su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia. En este marco, VE también tiene dicho en reiterada jurisprudencia, que la interpretación de dispositivos procesales no pueden prevalecer sobre la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento se ve turbado por un excesivo rigor formal, incompatible con un adecuado servicio de justicia y las reglas del debido proceso; máxime cuando reconoce base constitucional la necesidad de acordar primacía a la primera, de modo de impedir su ocultamiento ritual, como exigencia del art. 18 de la Constitución Nacional (v. doctrina de Fallos: 310-799 (21-4-1987, “Belgrano 1332 S.R.L. vs. Fisco Nacional”); 314-493 (4-6-1991, “Asociación del Personal de la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires vs. Provincia de Buenos Aires”); 317-1759 (20-12-1994, “Banco Nacional de Desarrollo vs. Guillermo Arturo Catella”); 320-2089 (3-10-1997, “Cerámica Zanón vs. CALF”); 321-1817 30-6-1998, “Agroiber S.L. vs. Luis, Jorge Fortunato”); 322-1526 10-8-1999, “Farías, Helvecia vs. Administración Nacional de la Seguridad Social”); Fallos 325:134 (12-2-2002, “Sánchez Cores, Guillermo c. Vila, Alfredo Luis”), entre otros). La necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva no puede verse turbada por un excesivo rigor formal incompatible con un adecuado servicio de justicia y las reglas del debido proceso (CSJN, Dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo, 24-4-2003, “Superintendencia de Seguros de la Nación vs. ITT Hartford Seguros de Retiros S.A.”, Fallos 326:1395, La Ley Online cita AR/JUR/6527/2003; Fallos 320:402 (1-4-1997, “Alaniz Troncoso, Juan C. vs. Agua y Energía Eléctrica – Sociedad del Estado”).

³⁰⁰ CNCiv.Com.Fed., Sala II, 18-5-93, L.L. 1993-E-512, y DJ, 1994-1-332.

Con las medidas para mejor proveer no se ve conmovido, de modo alguno, el “debido proceso”, la “igualdad entre las partes”, ni la “imparcialidad del juez”, las cuales son las únicas verdaderas limitaciones a la prueba oficiosa (JIMÉNEZ, María Eugenia: “Medidas para mejor proveer. Nuevas tendencias y recaudos de la CSJN”, DJ 2006-1165, ap. III).

³⁰¹ JIMÉNEZ, María Eugenia: “Medidas para mejor proveer. Nuevas tendencias y recaudos de la CSJN”, DJ 2006-1165 ap. V, D.

³⁰² TORRENS ELGUETA, Gonzalo: “La iniciativa probatoria oficiosa”, L.L. Córdoba 2006-435, ap. IV.

inc. 4° del CPCCN exige que se respete el “*derecho de defensa de las partes*”. Ello significa que en su producción se deben respetar las formalidades legales; y específicamente, se debe cumplir con la debida contradicción y el principio de bilateralidad, dando a las partes la posibilidad de conocer la prueba ordenada, controlarla en su producción, alegar sobre el mérito de la misma y contraprobar³⁰³. Para que ello sea factible, las medidas para mejor proveer tienen que ser notificada a las partes en forma personal o por cédula en todos los casos por su carácter excepcional y facultativo, y con mayor razón cuando se dicta entre el llamamiento de autos para sentencia y ésta como prescribe el art. 135 inc. 5° del CPCCN³⁰⁴. Pueden intervenir en su producción como si hubiese sido prueba ofrecida por ellas³⁰⁵. Así, por ejemplo, tratándose de prueba testimonial, pueden las partes formular preguntas a los testigos³⁰⁶. Si se trata de una pericia, pueden designar consultor técnico (arts. 458 *in fine* y cc. CPCCN), ampliar puntos de pericia (art. 459), pedirles explicaciones a los expertos (art. 473)³⁰⁷, formular objeciones³⁰⁸, etc..

Debe tenerse en cuenta que la resolución que ordena una medida para mejor proveer no puede atacarse a través de un incidente de nulidad, ya que por el mismo sólo se pueden cuestionar los actos de procedimiento y no las decisiones judiciales, que sólo pueden atacarse por medio de los recursos admisibles³⁰⁹.

Consecuencia de vulnerar el principio de contradicción: nulidad de la prueba

³⁰³ BERIZONCE, Roberto O: “El principio del contradictorio y su operatividad en la prueba”, Revista de Derecho Procesal 2005-1 Prueba – I, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2005, pg. 199; TORRENS ELGUETA, Gonzalo: “La iniciativa probatoria oficiosa”, L.L. Córdoba 2006-435, ap. IV.

Dentro de los límites a tener en cuenta al momento de ordenar el tribunal una medida para mejor proveer o una prueba oficiosa, se encuentra la operatividad del contradictorio que debe permanecer indemne frente a las partes y producto del accionar del órgano. Es en estos casos en donde el método contradictorio y sobre todo su concreta virtualidad, adquieren un lugar destacado; y debe el magistrado garantizar el concreto ejercicio a fin de que las partes se vean posibilitadas de ejercer los controles pertinentes (JIMÉNEZ, María Eugenia: “Medidas para mejor proveer. Nuevas tendencias y recaudos de la CSJN”, DJ 2006-1165 ap. V, D).

³⁰⁴ FASSI, Santiago C. y YÁÑEZ, César D.: “Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado”, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 1988, pág. 280.

³⁰⁵ ARAZI, Roland, en FENOCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Roland: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 1993, pág. 160, con cita del precedente de la SC Buenos Aires, 19-12-1978, DJBA, 116-353.

³⁰⁶ FASSI, Santiago C. y YÁÑEZ, César D.: “Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado”, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 1988, pág. 280 y nota 26; CNCrim.Corr., 29-6-65, L.L. 119-366; ARAZI, Roland: en FENOCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Roland: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 1993, pág. 160.

³⁰⁷ FASSI, Santiago C. y YÁÑEZ, César D.: “Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado”, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 1988, pág. 280; ARAZI, Roland, en FENOCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Roland: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 1993, pág. 160.

³⁰⁸ Debe dejarse sin efecto la sentencia que omitió considerar objeciones oportunamente propuestas por la recurrente contra el peritaje realizado como medida para mejor proveer (CSJN, 12-7-1984, “Byk, Marcos vs. Franco, Miguel A.”, Fallos 306:843; L.L. 1985-A-625, Jurisp. Agrup. caso 5373; L.L. Córdoba 1985-248).

³⁰⁹ ARAZI, Roland, en FENOCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Roland: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 1993, pág. 161.

Como ya se señaló, el principio de contradicción de la prueba, que no es sino una manifestación del principio general de bilateralidad, resulta esencial para la validez de las probanzas producidas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que afecta la garantía de la defensa en juicio si no se le da al demandado la posibilidad de ser oído y de ejercitar sus derechos en las formas y con las solemnidades establecidas por las leyes procesales³¹⁰; Y corresponde declarar la nulidad de la prueba producida si una de las partes se vio impedida de controlar la prueba de la contraria y producir la suya³¹¹.

En sentido coincidente dice Chiappini que si la otra parte no ha sido convocada cuando correspondía (en el caso se hacía referencia a prueba anticipada), en principio hay nulidad de las actuaciones por quebrantamiento del principio de bilateralidad: “*audiatur et altera pars*”³¹².

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que no corresponde que se emita pronunciamiento sobre el fondo del asunto si se ha omitido una adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del procedimiento, lo que ha impedido a los litigantes ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso, pues de ese modo se vieron privados, en forma incompatible con un adecuado servicio de justicia, de plantear cuestiones que pudieron resultar conducentes para la correcta solución del juicio³¹³.

Costas derivadas de la producción de una prueba anticipada

Sobre el tema se ha resuelto que, como consecuencia de la iniciación de la medida de prueba anticipada (reconocimiento judicial), para cuya producción se mantiene el principio de bilateralidad (art. 327 CPCCN), quien ha sido citado para controlar la prueba a realizarse debe incurrir en gastos por una actividad procesal originada en interés del peticionario en conservarla. En las condiciones indicadas las costas de la medida conservatoria deben ser a cargo de quien la solicitó, sin perjuicio de repetir las a la otra parte si correspondiere³¹⁴.

El principio de contradicción y la motivación de la decisión judicial

Las partes no sólo tienen el derecho a controlar la producción de la prueba, sino también la valoración que de ellas hace el magistrado al dictar sentencia. Como destaca Falcón, la decisión debe dar las razones por las cuales el juez ha considerado probada una

³¹⁰ CSJN, 20-8-96, “Esquivel, Mabel Alejandra vs. Santaya, Ilda”, Fallos 319:1600, y L.L. 1997-E-844; CApel.Civ.Com. y del Trabajo de Villa Dolores, 24-4-97, L.L. Córdoba 1998-419, La Ley Online cita AR/JUR/2842/1997.

³¹¹ CApel.Civ.Com. y Minería San Juan, Sala III, 10-12-2010, L.L. Gran Cuyo 2011-296; CApel. Civ. y Com. Rosario, Sala III, voto del doctor Cúneo, 10-8-2011, La Ley Online cita AR/JUR/48650/2011.

³¹² CHIAPPINI, Julio: “Acerca de la prueba anticipada”, DJ 2004-2-565, ap. II.

³¹³ CSJN, 3-7-1990, “Corones, Gladis MI vs. Marval y O’Farrel”, Gallos 313:577; L.L. 1990-D-536; DJ 1991-1-237.

³¹⁴ CNFed.Civ.Com., Sala I, 12-2-1982, L.L. 1982-C-69.

determinada hipótesis de hecho para que las partes puedan controlar sus motivaciones; el juez debe obtener elementos de confirmación y de soporte de una decisión racional, porque el debido proceso puede ser visto como un *iter* continuo que cubre el acceso, su transcurso y la conclusión; por lo tanto, el derecho a una decisión motivada es uno de los aspectos del debido proceso³¹⁵. En ese sentido se ha señalado que los jueces forman su convicción valorando los elementos probatorios arrimados al litigio de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 386 CPCCN) que son ante todo reglas del correcto entendimiento humano, en las que intervienen las de la experiencia del juez: ambas contribuyen de igual manera a que se pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón, y a un conocimiento experimental de las cosas; son pues la unión de la lógica y la experiencia que lo lleva a obtener la certeza moral que se refiera al estado de ánimo en virtud del cual se aprecia, no la seguridad absoluta, pero sí el grado sumo de probabilidad acerca de la verdad³¹⁶. Couture dice que las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano; en ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez; unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez, agrega, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. La sana crítica, es la unión de la lógica y 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 razonamiento³¹⁷.

Ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la garantía de defensa en juicio no sólo comprende la posibilidad de ofrecer y producir pruebas, sino, también, la de obtener una sentencia que sea una derivación razonada del derecho vigente en relación con los hechos demostrados en el proceso³¹⁸. Por ello ha decidido dejar sin efecto la sentencia que no

³¹⁵ OTEIZA, Eduardo: “La Carga de la Prueba”, en “La Prueba en el Proceso Judicial”, Eduardo OTEIZA Coordinador, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2009, pág. 193 y ss., específicamente pág. 196.

³¹⁶ CNCiv., Sala K, 18-4-2011, E.D. 243-543.

³¹⁷ COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 270-271; ONDARCUHU, José Ignacio: “Sana crítica, Lógica, experiencia y sentido común”, L.L. revista del 28-5-2013.

³¹⁸ CSJN, 2-3-2011, “Sopiedad Argentina de Autores y Compositores de Música vs. Crazy Confitería”, Fallos 332:335, E.D. 242-286; Id. 23-2-2010, “Pandolfi, Juan Alberto vs. Dirección General Impositiva”, Fallos 330:90; E.D. 236-544; L.L. 2010-B-443, con cita de los siguientes precedentes del mismo Tribunal: CSJN, 17-2-1987, “Vaccaro, Francisco Roberto vs. Paramio, Pascual Enrique”, Fallos 310:302; Id., 10-10-1996, “Paz, Benito Francisco vs. EFA”, Fallos 319:2262; Id., 20-2-2007, “Vaqueros S.A. vs. Dirección General Impositiva”, Fallos 330:230, E.D. 222-556, Rep.L.L. 2007-1107, n° 90; Id., 9-5-2006, “Serpecom S.R.L. vs. Administración Federal de Ingresos Públicos”, Fallos 329:1622; DT 2007-120; Rep.L.L. 2007-1106, n° 82.

Con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a “resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigirse que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa” (CSJN, 16-2-1999, “San Martín Aguiar, Julio

ha valorado adecuadamente las pruebas a la luz de las reglas de la sana crítica³¹⁹; o la que ha prescindido de la ponderación de elementos probatorios conducentes para la solución del litigio, sin motivos valederos, configurando de tal modo una decisión arbitraria que contiene una fundamentación sólo aparente, y no constituye derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las comprobadas circunstancias de la causa³²⁰; igualmente la sentencia que es absurda e ilógica, se aparta flagrantemente de las constancias de la causa y omite considerar prueba decisiva³²¹; o la que excluye de la solución a dar al caso, su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia³²².

Los jueces tienen el deber, bajo pena de nulidad, de fundar suficientemente las sentencias que dicten, tanto en los hechos como en el derecho³²³. Y estos fundamentos deben expresarse en la sentencia, no sólo porque lo mandan las normas vigentes (art. 163 inc. 5 y 6 CPCCN), sino porque su omisión importaría afectación de la garantía constitucional del debido proceso y defensa en juicio (art. 18 Const. Nac.). La expresión de los fundamentos en la sentencia es la forma de poder conocerlos, y así fiscalizar que la decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto meramente discrecional o arbitrario del juzgador³²⁴. Como lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia

César”, Fallos 322:122; L.L. 1999-C-137, con cita de los siguientes precedentes de la misma Corte: Fallos 311:948 [7-6-1988, “Martínez, Saturnino”]; Fallos 311:2402 [24-11-1988, “Borthagaray, Carlos Rubén”]; Fallos 311:2547 [1-12-1988, “Scalzone, Alberto”].

³¹⁹ CSJN, 27-6-2002, E.D. 200-272.

³²⁰ CSJN, 28-4-1992, “Lozano, Raúl F. vs. Autoplat S.A.C.I.”, Fallos 315:824; L.L. Online cita AR/JUR/3024/1992, con cita de los siguientes precedentes de la Corte: Fallos 268:393 (año 1967, “Argüello Argüello, Hernán vs. Dirección Nacional de Migraciones”); 295:790 (año 1976, “Wulfsohn, Esther vs. Cheszes, Basia”); 306:1095 (año 1984, “Banco Comercial del Norte vs. Banco Central de la República Argentina”).

³²¹ CSJN, 23-9-2003, “Cobos, Jorge Oscar vs. Estado Nacional”, E.D. 205-435.

El absurdo sólo se configura por el desvío lógico manifiesto, el arribo incongruente o la notoria falta de prudencia jurídica en el mérito otorgado al material probatorio. La demostración de este vicio extremo debe ser fehaciente y su percepción ostensible. El vicio de absurdo no se consuma por el hecho que el tribunal de grado prefiera o atribuya trascendencia a un medio probatorio respecto de otro o se incline por la verosimilitud de alguna prueba en particular en desmedro de otra, sino que se debe evidenciar también en este tema el absurdo (SC Buenos Aires, 18-8-2010, E.D. 245-758).

³²² CSJN, 18-9-1957, “Colalillo, Domingo”, Fallos 238:550; L.L. 89-412; Id., 16-2-1999, “San Martín Aguiar, Julio César”, Fallos 322:122; L.L. 1999-C-137.

³²³ Corresponde declarar la nulidad de la sentencia que carece de la suficiente fundamentación exigida para su validez (CSJN, 10-7-74, L.L. 156-905, sum. 561).

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que no se exhibe como una derivación del derecho que rige el caso, ni como resultado del estudio acabado de las pruebas aportadas (CSJN, 31-10-85, “Tedeschi, Carlos A. vs. Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, E.D. 120-683, 825-SJ).

³²⁴ CNCiv., Sala A, 30-10-75, L.L. 1976-B-434, 33.507-S; Id. Sala D, 16-8-71, L.L. 149-657, 29.841-S y J.A. 1972-14-65.

Si el fallo se sustenta en pautas de excesiva latitud que no conducen a una razonable interpretación del derecho aplicable, la sentencia debe ser descalificada por arbitraria (CSJN, 7-10-86, “Bariain, Narciso T. vs. Mercedes-Benz Argentina S.A.”, E.D. 122-220).

La simple recapitulación efectuada por el juez en la sentencia de la prueba producida por las partes y la posterior expresión de que los valora según las reglas de la sana crítica, no satisface ni en mínima medida su deber legal de fundamentar la sentencia (CNCiv., Sala D, 30-10-78, L.L. 1979-B-401).

de la Nación, el ejercicio de la función jurisdiccional debe traducirse en sentencias que den razón suficiente de sus conclusiones, ya que es condición de su validez que sean fundadas y constituyan, en consecuencia, derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa³²⁵.

Es descalificable como acto jurisdiccional válido la sentencia en que los magistrados intervinientes se limitaron a expresar una convicción subjetiva, omitiendo toda referencia concreta a las circunstancias de la causa, sin revelar los motivos ni indicar por medio de qué pruebas se arribó a dicha conclusión; es decir, no se desprende el estudio o valoración de prueba alguna de las producidas en la causa³²⁶.

En esta tarea, ha dicho reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no se encuentran obligados a tratar todas las cuestiones y argumentos desarrollados por las partes, ni todas las pruebas producidas, sino sólo aquellos aspectos que consideren conducentes y decisivos para fundar sus conclusiones y brindar la mejor solución al litigio³²⁷.

³²⁵ CSJN, 15-7-70, Fallos 277-213; Id. 27-9-72, Fallos 283-415; Id. 12-4-73, L.L. 151-603 y J.A. 1973-19-378; Id. 28-8-86, “Madelá, José A. vs. Fibrallana S.A.”, Rep. E.D. 21-615, n° 322; Id., 4-9-90, “Lavia, Sandro”, Fallos 313:827; Id., 28-4-1992, “Lozano, Raúl F. vs. Autoplát S.A.C.I.”, Fallos 315:824; L.L. Online cita AR/JUR/3024/1992, con cita de los siguientes precedentes de la Corte: Fallos 268:393 (año 1967, “Argüello Argüello, Hernán vs. Dirección Nacional de Migraciones”); 295:790 (año 1976, “Wulfsohn, Esther vs. Cheszes, Basia”); 306:1095 (año 1984, “Banco Comercial del Norte vs. Banco Central de la República Argentina”).

Si bien es privativo del tribunal la aplicación del derecho a las causas sometidas a su decisión, esa facultad sólo es admisible en tanto se respeten las circunstancias fácticas en el proceso, pues de lo contrario se restringe indebidamente el derecho de defensa (CSJN, 7-7-1969, E.D. 28-3; Id., 29-8-1969, E.D. 32-24).

³²⁶ CSJN, del dictamen del Procurador Fiscal al que la Corte se remite, 5-12-2000, “Mitnik, Bernardo vs. Sociedad Argentina de Autores y Compositores”, Fallos 323:3937, E.D. 192-78, con cita del precedente “Salmerón, Bonifacio Antonio”, año 1981, Fallos 303:1295.

Cabe dejar sin efecto la sentencia en que el tribunal no ha realizado un examen adecuado de las pruebas producidas en la causa; máxime, que ello era menester en tanto la demandada se había agravado en forma expresa de la ponderación del material probatorio efectuado en primera instancia (CSJN, 6-3-2001, “Lascano Quintana, Guillermo Víctor vs. Veraz S.A.”, Fallos 324:567; Rep.E.D. 35-1286, n° 281; L.L. 2001-C-665).

³²⁷ CSJN, 29-4-70, L.L. 139-617; Id. 18-3-70, Fallos 276-132; Id. 27-8-71, Fallos 280-320; Id. 27-8-71, E.D. 43-403 y L.L. 145-346; Id. 10-4-80, Fallos 302-253; Id., 18-9-80, “Schang, Roberto vs. Las Arenas S.C.A.”, Fallos 302:1030; L.L. 1981-A-549; Rep.E.D. 14-736, n° 69; Id. 3-3-81, “Lupo, Estrella”, Fallos 303:335; L.L. 1982-B-102; E.D. 93-716; J.A. 1982-I-370; Id. 29-12-81; “P., M. C. vs. P., R.R.”, E.D. 99-543; Id. 15-11-84, “Olivera Avellaneda, Diego”, Rep. E.D. 19-1222, n° 25; Id. 20-9-88, “Salamone, Antonio P. vs. D.N.V.”, Rep. E.D. 23-480, n° 22; CNCiv., Sala M, 26-3-2001, E.D. 194-402; Id., Sala B, 21-12-1973, E.D. 59-250; CApel. CC. Salta, Sala III, 3-3-97, Protocolo año 1997, pág. 127; CNCiv., Sala K, 18-4-2011, E.D. 243-543.

Los jueces no están obligados a tratar todos los argumentos utilizados por las partes sino aquéllos que estimen decisivos para la solución del caso (CSJN, 13-6-85, “Orlandoni, Américo vs. Seeber, Roberto”, Fallos 307:951; Rep.E.D. 19-1222, n° 23; Id., 26-11-85, “Mevopal S.A. vs. Banco Hipotecario Nacional”, Fallos 307:2216; E.D. 118-379; Id., 30-6-1998, “Gómez, Javier Horacio vs. Quiroz, Alfredo y Estado Nacional”, Fallos 321:1776; Rep.E.D.33-726, n° 2).

Los jueces no están obligados a analizar todos los planteos de las partes, pues basta con que lo hagan respecto de aquellos que consideren esenciales y decisivos para el fallo de la causa (CSJN, 22-11-84, “Munilla, Julio”, Rep. E.D. 19-1222, n° 24).

No es imprescindible examinar –en la decisión– todas y cada una de las pruebas aportadas, sino sólo aquellas que hagan al fundamento de la sentencia (CNCiv., Sala L, 12-12-2000, E.D. 194-329).

No es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CNCiv., Sala B, 28-9-2009, E.D. 236-531).

Y ha precisado el Alto Tribunal que, si bien es cierto que los magistrados no están obligados a analizar todos y cada uno de los elementos que se arriban al pleito, ello es así cuando la elocuencia de los estudiados torna inoficioso profundizar sobre los restantes, pero en cambio no es un principio válido en el extremo en que el o los elegidos están distantes de convencer sobre la racionalidad de la valoración efectuada³²⁸. Por ello se ha concluido que afecta la garantía del debido proceso la omisión de tratar argumentos conducentes³²⁹ o pruebas decisivas para la adecuada solución del litigio³³⁰.

La omisión de valorar determinadas pruebas no es causal que autorice sin más a descalificar un fallo, toda vez que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas, pues basta que lo hagan respecto de aquellas que estimen idóneas, conducentes y decisivas para resolver la cuestión (CNCiv., Sala K, 9-3-2009, E.D. 233-370).

³²⁸ CSJN, 2-6-2003, “Holando Sudamericana Compañía de Seguros S.A.”, Fallos 326:1741; L.L. 2003-E-241; DJ, 2003-2-1042.

³²⁹ CSJN, 11-12-90, “Mannarino, Luis A. vs. Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.A.”, Rep. E.D. 25-1046, n° 137; Id. 5-3-91, “Aguirre, Regino vs. Explotación (S.J.) en quiebra”, Fallos 314:107; Rep. E.D. 25-1046, n° 138.

Los argumentos desarrollados en la sentencia apelada reflejan un examen parcializado del que se extraen consecuencias por demás genéricas, en tanto omite pronunciarse sobre articulaciones serias formuladas oportunamente por los interesados y conducentes para la decisión respectiva (CSJN, 20-6-1996, “Municipalidad de Catamarca vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, Fallos 319:992; Id., 13-8-1991, “Fraile, Felipe Carlos”, Fallos 314:832) y, por ende, le otorgan al pronunciamiento un fundamento sólo aparente, con afectación del derecho de defensa en juicio (CSJN, 11-5-1989, “Carril de Martínez, Josefa vs. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 312:683; Id., 14-10-1992, “Tajman, Mario Aroldo vs. Bodega J.Edmundo Navarro Correa S.A.”, Fallos 315:2514; Id., 10-12-1997, “Villanueva de Correa, Jacinta vs. Empresa de Transportes Teniente General Roca S.A. Línez 21”, Fallos 320:2748; Id., 29-8-2000, “Amerise, Antonio Ángel vs. Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros”, Fallos 323:2314; Id., 28-11-2006, “González, Oscar Alberto vs. Welsch de Bairos, Edgardo”, Fallos 329:5424) (CSJN, 24-9-2013, “Trujillo, Antonio Rufino vs. Municipalidad de la Capital”, L.L. Online cita AR/JUR/58781/2013; el Dial.com, 10-10-2013).

³³⁰ CSJN, 29-4-1970, “Salvador de Otamendi, Mercedes vs. Beltrami, Italo F.”, Fallos 276:311, E.D. 32-21; Id., 11-9-70, Fallos 277-458; Id. 26-3-75, L.L. 1975-D-433, sum. 1519; Id., 23-4-1991, L.L. 1991-E-851, n° 195; Id., 31-8-1999, “Capurro, Lelia Nora vs. Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”, Rep.E.D. 34-823, n° 181; Id., 18-11-1999, “Eugui de Santana, Adriana vs. D.G.I.”, Fallos 322:2880, y Rep.E.D. 35-1118, n° 55; Id., 2-10-1986, “Ogallar, Pablo A. vs. Confederación General del Trabajo”, Fallos 308:1882; Id., 4-9-1990, “Lavia, Sandro”, Fallos 313:827, L.L. 1991-A-426, y J.A. 1990-IV-528. Conf. FENOCHIETTO, Carlos E., en FENOCHIETTO, Carlos y ARAZI, Roland: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 1993, pág. 620-621.

El pronunciamiento que ha prescindido de la ponderación de elementos probatorios conducentes para la solución del litigio, sin motivos valederos, configura una decisión arbitraria (CSJN, 28-4-1992, “Lozano, Raúl F. vs. Autoplat S.A.C.I.”, Fallos 315:824; L.L. Online cita AR/JUR/3024/1992, con cita de los siguientes precedentes de la Corte: Fallos 268:393 (año 1967, “Argüello Argüello, Hernán vs. Dirección Nacional de Migraciones”); 295:790 (año 1976, “Wulfsohn, Esther vs. Cheszes, Basia”); 306:1095 (año 1984, “Banco Comercial del Norte vs. Banco Central de la República Argentina”).

Corresponde dejar sin efecto la sentencia de Cámara que no examinó ninguno de los medios de prueba – instrumental, informativa, testifical- en los que el apelante fundó sus planteos, lo que resultaba imprescindible para el ejercicio de su derecho de defensa (CSJN, 7-9-1999, “Boiry, Liliana Enriqueta Juliana vs. Vergara del Carril, María Rosa”, Fallos 322:2067; Rep.E.D. 34-836, n° 283).

Es violatoria de la defensa en juicio la sentencia que prescinde de un documento de vital importancia para solucionar el pleito (CSJN, 12-9-1969, “Océano, Cía. Argentina de Seguros, S. A. vs. Capitan y/o armadores y/o propietarios del buque Devis”, Fallos 274:392; E.D. 30-107).

El tribunal debe efectuar una ponderación circunstanciada de los dichos de los testigos a fin de evitar que la decisión pudiera basarse sólo en meras aserciones dogmáticas, no demostrativas de una comprensión apropiada de las circunstancias de la causa (CSJN, 5-10-2004, “Perdomo, Martín vs. Bolsi, Carlos A.”, Fallos 327:4126; La Ley Online, cita AR/JUR/6363/2004).

Por el contrario, una apreciación arbitraria de la prueba no permite control, ya que no sigue un razonamiento lógico o el mismo no se explica, y en consecuencia escapa de la comprensión relativa al porqué del acto³³¹. También ha dicho la Corte Suprema que si bien la tacha de arbitrariedad no es aplicable a la discrepancia del apelante con la apreciación crítica de los hechos y la interpretación de las pruebas efectuadas por el a quo, no lo es menos que si el razonamiento que sustenta la sentencia se aparta de las reglas de la sana crítica de tal modo que consagre una solución manifiestamente contraria a las reglas de la lógica y la experiencia, esto es del correcto entendimiento judicial, el recurso extraordinario resulta procedente³³².

La denegación del contradictorio como vicio del procedimiento

La omisión del contradictorio como vicio procesal

La denegación a una parte de la posibilidad de ejercer el contradictorio, constituye un vicio del procedimiento³³³, que puede determinar la declaración de nulidad por quebrantamiento del principio de bilateralidad: “*audiatur et altera pars*”, si se hace oportunamente el planteo respectivo³³⁴. Dice Clemente Díaz que para restituir la garantía del contradictorio, el legislador ha consagrado la *teoría de las nulidades procesales*, que reposa, precisamente, en el principio de lesión de la bilateralidad de la audiencia³³⁵. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado la necesidad de respetar el principio de

En el terreno de apreciación de la prueba el juzgador puede inclinarse por la que le merece mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito que pudieran obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 386 del CPCCN, de modo que no es imprescindible examinar –en la decisión– todas y cada una de las pruebas aportadas, sino sólo aquellas que hagan al fundamento de la sentencia (CNCiv., Sala L, 12-12-2000, E.D. 194-329).

³³¹ FALCÓN, Enrique M.: “Tratado de Derecho Procesal Civil, Comercial y de Familia”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo II, 2006, pág. 705.

³³² CSJN, 22-5-2012, “Iribarne, Rodolfo Antonio vs. Estado Nacional”, Fallos 335:729, con cita de los siguientes precedentes del mismo Tribunal: 26-9-74, “S.A. Peuser C. e I. vs. S.A. B. Arzoumanian y Cía. I.C.I. y F.”, Fallos 289:495; 25-9-86, “Moshe, José Omar vs. Seven Up Concesiones”, Fallos 308:1825; 27-8-93, “Di Donato, Roberto Fabio vs. Imsol I.M.C.A.S.A. S.A.”, Fallos 316:1877.

³³³ SCHÓNKE, Adolfo: “Derecho Procesal Civil”, Barcelona, Bosch, 1950, pág. 46.

Aunque en instancia incidental, la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgó que era atentatorio a la garantía constitucional de la defensa en juicio el incumplimiento del traslado a la contraria previsto por el art. 315 del Cód. Procesal (CSJN, 28-2-69, “Stefanoni García, Carlos vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, L.L. 135-326). Coincidentemente, se ha resuelto que declarar la caducidad de la instancia a pedido del demandado, sin correr el traslado que ordene el art. 315 del Cód. Procesal, configura un vicio del procedimiento que trae aparejada la nulidad del auto, conforme con lo dispuesto por el art. 169 del Código citado (CNCom., Sala A, 5-7-68, L.L. 133-683; Id. Id., 13-2-69, L.L. 134-992, 19.725-D).

³³⁴ CHIAPPINI, Julio: “Acerca de la prueba anticipada”, DJ 2004-2-565, ap. II.

³³⁵ DÍAZ, Clemente: “Instituciones de Derecho Procesal”, Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 216.

Debe dejarse sin efecto la resolución, si se ha violado el derecho de defensa en juicio, al haberse reconocido judicialmente una obligación a cargo de una de las partes, sin habérsela oído (CApel.Civ.Com., Salta, Sala V, 17-2-87, Protocolo año 1987, pág. 11-15, citado por LOUTAYF RANEA, Roberto G. – MONTALBETTI de MARINARO, María C.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta, Anotado con Jurisprudencia local”, Salta, Ediciones Noroeste Argentino, tomo III, 1995, pág. 95).

bilateralidad y ha estimado que se afecta la garantía de la defensa en juicio si no se da al demandado la oportunidad de ser oído y de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales³³⁶.

En particular, se ha señalado que la ley reviste de formalidades específicas a la notificación del traslado de la demanda, en resguardo de la garantía constitucional del debido proceso, puesto que tal acto tiene especial trascendencia en el juicio, en cuanto de su regularidad depende la válida constitución de la relación jurídica procesal³³⁷ y la efectiva vigencia del principio de bilateralidad³³⁸. En esta línea, se ha sentado que todo lo relacionado con la validez de la notificación de la demanda, por su particular importancia para el desarrollo del proceso y por encontrarse involucrada en ella la garantía constitucional de la defensa en juicio, debe apreciarse con criterio restrictivo³³⁹.

También se ha señalado que en materia de prueba, el contradictorio constituye un requisito esencial para su validez y autoridad³⁴⁰; que para que la prueba sea válida o por lo menos eficaz, debe ser producida con audiencia o con intervención de la parte contraria, de modo que ésta pueda fiscalizar su ordenada asunción y contar con la posibilidad de ofrecer prueba en descargo³⁴¹; que el principio de contradicción es una exigencia procesal vinculada a la defensa en juicio y toda diligencia de prueba que se produzca dentro del proceso, para ser eficaz, debe ser notificada con anticipación³⁴².

Principio de trascendencia

Rige en materia de nulidades procesales el principio de *trascendencia*, que establece que no hay nulidad de forma si el defecto no tiene trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio³⁴³. Como dice Alsina, “donde hay indefensión hay nulidad; si no hay

³³⁶ CSJN, 20-8-96, “Esquivel, Mabel Alejandra vs. Santaya, Ilda”, Fallos 319:1600, y L.L. 1997-E-844; CApel.Civ.Com. y del Trabajo de Villa Dolores, 24-4-97, L.L. Córdoba 1998-419, La Ley Online cita AR/JUR/2842/1997.

³³⁷ CSJN, 20-8-96, “Esquivel, Mabel Alejandra vs. Santaya, Ilda”, Fallos 319:1600, y L.L. 1997-E-844; CNCom., Sala C, 24-6-05, E.D. 216-172. MAURINO, Luis Alberto: “Notificaciones Procesales”, Buenos Aires, Astrea, 1990, pág. 251.

³³⁸ CSJN, 20-8-96, “Esquivel, Mabel Alejandra vs. Santaya, Ilda”, Fallos 319:1600, y L.L. 1997-E-844.

³³⁹ CNCiv., Sala B, 22-5-79, ED 88-335, nº 1.

³⁴⁰ CApel.Civ.Com. y del Trabajo de Villa Dolores, 24-4-97, L.L. Córdoba 1998-419, La Ley Online cita AR/JUR/2842/1997, con cita de DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Teoría General de la Prueba Judicial”, tomo I, pág. 123, 5ª edición, 1981; CNTrab., Sala IX, 31-5-2004, DJ 2004-3-831, La Ley Online, cita AR/JUR/2312/2004.

³⁴¹ KIELMANOVICH, Jorge L.: “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2004, pág. 66.

³⁴² CApel.Civ.Com. Córdoba, 3ª Nominación, 8-6-1979, La Ley Online cita AR/JUR/4008/1979.

³⁴³ COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 390; FALCÓN, Enrique M.: “El sistema y las nulidades”, en Revista de Derecho Procesal”, 2007-I, “Nulidades”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, págs. 15 y ss., específicamente pág. 21.

indefensión, no hay nulidad”³⁴⁴. Y en este sentido se ha señalado que la indefensión es el mayor vicio de que es susceptible el proceso³⁴⁵. Y precisa Alsina que la misión de la nulidad no es propiamente asegurar la observancia de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la ley; las formas son el medio o instrumento de que el legislador se vale para hacer efectiva la garantía constitucional de la defensa en juicio, y en cualquier supuesto en que esa garantía aparezca violada, aunque no haya texto expreso en la ley, la declaración de nulidad se impone; en cambio, la nulidad es improcedente si a pesar del defecto que el acto contiene el fin propuesto ha sido alcanzado³⁴⁶. A ello se refiere el art. 169 del CPCCN cuando dice que “*la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad*”, pero no se podrá declarar la nulidad “*si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado*”.

El art. 172 del mismo Código dispone que quien promoviere el incidente de nulidad “*deberá expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer*”. Es que, conforme se ha señalado, no puede admitirse la declaración de nulidad por la nulidad misma, basándose en razones meramente formales y en oposición al principio de trascendencia que los textos legales consagran³⁴⁷. La nulidad de un acto presupone que la irregularidad haya colocado a la parte en estado de indefensión, pero no de una indefensión teórica sino que debe concretarse las defensas que se vio privado de oponer³⁴⁸. Se ha considerado que las nulidades son de interpretación restrictiva³⁴⁹ y que la declaración de nulidad debe reservarse como última razón frente a la existencia de una efectiva indefensión³⁵⁰. El *principio de conservación* de los actos procesales consagra la conveniencia de preservar la eficacia y validez de los mismos, frente a la posibilidad de su anulación o pérdida, lo que llevaría a un resultado disvalioso³⁵¹. Un fallo ha resuelto incluso que carece de objeto declarar la nulidad de un auto dictado sin ordenar un

³⁴⁴ ALSINA, Hugo: “Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1963, pág. 652. Conf. PALACIO, Lino E.: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo IV, 1977, pág. 145.

³⁴⁵ CNCCom., Sala C, 24-6-05, E.D. 216-172; CNCiv., Sala C, 27-12-76, L.L. 1978-C-649; Id., Sala D, 27-2-91, E.D. 146-500.

³⁴⁶ ALSINA, Hugo: “Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1963, pág. 652.

³⁴⁷ CNCiv., Sala C, 23-12-75, E.D. 67-482; Id. Sala B, 19-7-79, E.D. 85-482.

³⁴⁸ CNCiv., Sala F, 13-6-75, Rep.E.D. 10-781, n° 5; CApel.Civ.Com. Salta, Sala I, Protocolo año 1999, pág. 384.

³⁴⁹ CNCiv., Sala K, 12-10-06, E.D. 225-614.

³⁵⁰ FENOCHIETTO, Carlos E, y ARAZI, Roland: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo I, 1993, pág. 680; CNCiv., Sala A, 15-12-87, L.L. 1988-D-522, 38.012-S.

³⁵¹ BERIZONCE, Roberto O.: “La Nulidad en el Proceso”, La Plata, Platense, 1967, pág. 91.

traslado previo, si, pese a todo, la resolución hubiera sido, ineludiblemente, la misma³⁵².

Los postulados expuestos tienen vigencia, como principio, en todo planteo de nulidad. Sin embargo, con relación a la *notificación del traslado de la demanda*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha mostrado más estricta y ha señalado que “dada la particular significación que reviste el acto impugnado –en tanto de su regularidad depende la válida constitución de la relación procesal y la efectiva vigencia del principio de bilateralidad- cabe inferir la existencia del perjuicio por el solo incumplimiento de los recaudos legales”³⁵³. También señaló el Alto Tribunal que “nuestro ordenamiento privilegia la adecuada protección del derecho a la defensa y en circunstancias de encontrarse controvertida la notificación del traslado de la demanda, en caso de duda sobre la regularidad atribuida al acto, debe estarse a favor de aquella solución que evite la conculcación de garantías de neta raíz constitucional³⁵⁴. También se expresó que la omisión en el cumplimiento de los recaudos establecidos por la ley para la notificación del traslado de la demanda ocasiona la nulidad de la notificación, pues se halla en juego la garantía de la defensa en juicio, en razón de ser tal notificación la más importante de cuantas se practican en el proceso³⁵⁵. Por lo tanto, señala Maurino, cuando el acto viciado es la notificación del traslado de la demanda, el accionado se encuentra impedido de especificar las defensas que se ha visto privado de oponer, toda vez que no tuvo conocimiento de la acción instaurada en su contra; en tal caso, entonces, basta con la invocación de la restricción de la garantía constitucional de defensa en juicio para que sea viable la nulidad, quedando excusado de hacer la mención expresa y circunstanciada que para

³⁵² CNCom., Sala C, 16-4-75, Rep.E.D. 10-783, n° 20.

³⁵³ CSJN, 20-8-96, “Esquivel, Mabel Alejandra vs. Santaya, Ilda”, Fallos 319:1600, y L.L. 1997-E-844; CApel.Civ.Com. Salta, Sala III, Expte. N° 141.165/05, 8-4-06, Protocolo año 1986, pág. 277.

³⁵⁴ CSJN, 8-2-2000, “Edith Ema González vs. Abraham Zimmerman”, Fallos 323:50.

El acto de notificación del traslado de la demanda se encuentra rodeado de una variedad de formalidades, con el fin de asegurar su efectivo cumplimiento por la parte emplazada, pues la indefensión es el mayor vicio de que es susceptible el proceso (CNCom., Sala C, 24-6-05, E.D. 216-172).

Si bien es cierto que la regla general que consagra el art. 172 del cód. procesal exige como requisito de admisibilidad del incidente de nulidad no solamente el hecho de demostrar el perjuicio sufrido o el interés que el incidentista procura subsanar, sino que también debe expresar las defensas que se vio privado de oponer, cuando el acto procesal cuestionado es la notificación de la demanda el análisis debe ser extremadamente riguroso, en atención a la violación máxima del derecho de defensa que podría producirse, de mantenerse el acto atacado; la Corte Suprema reiteradamente ha señalado que la inviolabilidad de la defensa en juicio requiere que el litigante sea oído y se le dé ocasión de hacer valer sus medios de defensa en la oportunidad y forma previstas por las leyes de procedimiento. La total indefensión excusa la mención expresa y circunstanciada que para la generalidad de los casos, requiere el art. 172 del cód. procesal (CNCiv., Sala D, 27-2-91, E.D. 146-500).

El beneficio de la duda debe tender a hacer prevalecer el normal desarrollo del contradictorio, pues la nulidad intentada no encuentra fundamento en sí misma, sino en la indefensión que la validez de las notificaciones atacadas provocaría en las demandadas, por lo que corresponde declarar la nulidad de las notificaciones (CCont.adm. y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 29-3-07, E.D. 224-125).

³⁵⁵ CCiv.Com. Concordia, Sala III, 14-2-94, D.J. 1995-I-206; CSJ Tucumán, Sala Civ. y Com., D.J. 1996-2-268.

la generalidad de los casos se requiere³⁵⁶. Pero, como destaca el autor citado, debe reconocerse que hay una corriente jurisprudencial que exige, aun en el caso de nulidad de la notificación de la demanda, la acreditación del perjuicio³⁵⁷. En realidad, todo dependerá de las circunstancias de cada caso; pero, si el demandado no conocía el contenido de la demanda, no se le puede exigir que en el plazo de cinco (5) días que establece el art. 170 del CPCCN exprese las defensas de que se vio privado de hacer valer

Principio de convalidación

A su vez, la parte afectada puede renunciar a denunciar el vicio de lesión del contradictorio³⁵⁸. Es que también rige en materia de nulidades procesales el principio de **convalidación**, que dice que toda nulidad se subsana por el consentimiento³⁵⁹, ya sea expreso o tácito por no haber reclamado en tiempo su reparación³⁶⁰. Por ello en materia procesal civil no se suele hablar de nulidades absolutas³⁶¹, sino que se consideran que son de carácter relativo³⁶². A ello se refiere el art. 170 del CPCCN cuando dice que “*la nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido, aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración*”.

Colofón

Conforme ya se ha señalado, el principio de bilateralidad de la audiencia o de contradicción constituye una exigencia del **debido proceso legal** y del principio de **igualdad**. También se ha señalado, parafraseando a Bidart Campos, que la esencia del debido proceso consiste en la **oportunidad o posibilidad suficientes de participar** (o tomar parte) **con utilidad en el mismo**; y es por ello que el debido proceso nos deja la idea de un proceso regular y razonable, y de una tutela judicial eficaz³⁶³. Como consecuencia de lo expuesto, la aplicación

³⁵⁶ MAURINO, Alberto Luis: “Nulidad en las notificaciones procesales”, en Revista de Derecho Procesal, 2007-I, Nulidades, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2007, págs. 49 y ss., específicamente págs. 54-55, ap. VII. CNCiv., Sala D, 27-2-91, E.D. 146-500.

³⁵⁷ MAURINO, Alberto Luis: “Nulidad en las notificaciones procesales”, en Revista de Derecho Procesal, 2007-I, Nulidades, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2007, págs. 49 y ss., específicamente págs. 56, ap. VII, *in fine*, en donde se cita los siguientes fallos CNCom., en pleno, 12-8-91, E.D. 143-70; CCiv.Com., 8ª Nom., Córdoba, 11-6-98, L.L. Córdoba, 1999-1304; CNTrab., Sala IV, 13-12-91, DJ, 1992-2-236; CCiv.Com. Paraná, sala II, 31-8-92, Zeus 62-R-42.

³⁵⁸ SCHÓNKE, Adolfo: “Derecho Procesal Civil”, Barcelona, Bosch, 1950, pág. 46.

³⁵⁹ COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 391

³⁶⁰ ALSINA, Hugo: “Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1963, pág. 646.

³⁶¹ PALACIO, Lino E.: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo IV, 1977, pág. 147.

³⁶² CNCiv., Sala K, 12-10-06, E.D. 225-614.

³⁶³ BIDART CAMPOS: “Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino”, 1989, tomo 1, pág. 465; “Manual de la Constitución Reformada”, Buenos Aires, Ediar, tomo II, 2005, pág.327.

del principio de bilateralidad o contradicción no debe limitarse a algo meramente formal, sino que el órgano jurisdiccional debe hacer un minucioso y ponderado análisis de las alegaciones y pruebas aportadas a la causa por las partes, que es la manera que la participación de ellas resulte útil, y permita que la solución del conflicto sea lo más justa posible. Lo contrario, es decir, darle la participación adecuada pero sin tomar en cuenta los elementos aportados, no sólo significaría puro y manifiesto ritualismo, sino que la sentencia que se dictara con tales omisiones, siguiendo la terminología de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sería *arbitraria* por incurrir en defecto de fundamentación al apartarse de las constancias de la causa y exponer fundamentos sólo aparentes.

Para finalizar, cabe señalar que cualquiera sea el tamiz por el que pase el análisis de institutos como la carga de la prueba, las medidas para mejor proveer, o la prueba anticipada, siempre existirá la posibilidad de resguardar el debido contradictorio con la intervención de las partes, ya sea en la etapa previa a la producción de la prueba de que se trata, o bien durante su realización en la etapa posterior para que los litigantes puedan ejercer su derecho de defensa sobre la prueba y su resultado.