

XXX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL- SAN JUAN – 2019

TEMA: “IMPORTANCIA DE LA CALIDAD NORMATIVA EN APOYO DE LOS SISTEMAS DE ORALIDAD- EL CASO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL”

TRABAJO PARA LAS COMISIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL

COMISIÓN: NUEVAS ESTRUCTURAS PROCESALES

PONENTE: OSCAR EDUARDO VÁZQUEZ¹

Belgrano 935- 8° “4” (5500) Mendoza Capital- Prov. de Mendoza

Te: 0267-4493279, omar5686@hotmail.com

Sumario: I) Introducción; II) La depuración “charlada”; III) El caso de la prueba testimonial; IV) Conclusión

Síntesis: La “depuración probatoria” sobre la base de la forma oral, no sustituye la necesidad de fijar normas procesales claras a los efectos de evaluar la admisibilidad de los medios probatorios. Así por ejemplo en materia de prueba testimonial, en que la exhibición de un muestrario concreto de preguntas puede resultar necesario para convencer al Tribunal de la admisibilidad de dicho medio probatorio, y en consecuencia de buena estrategia para afirmar dicha admisibilidad.

I. Introducción

El “proceso por audiencias” tiene múltiples *desiderátums*. Entre ellos está la “depuración de la prueba ofrecida” en el curso de la audiencia preliminar o inicial, a través de una forma oral y sobre la base de la determinación del objeto del proceso.

La presente ponencia apuntará algunas falencias en la consecución de tal objetivo, ejemplificando el caso concreto de la prueba testimonial, en particular en la experiencia llevada adelante en la Provincia de Mendoza

¹ Juez del 12° Juzgado Civil, Comercial y Minas de la ciudad de Mendoza. Miembro de la Federación Argentina de Ateneos Estudios Procesales (FAEP).

durante más de un año de vigencia de la ley 9001 ("Código Procesal Civil, Comercial y Tributario").

II. La depuración "charlada"

El demandado que se opone a la fundabilidad de la pretensión del actor, alega una oposición correlativa a esa pretensión², que acota ulteriormente el deber de congruencia en el dictado de la sentencia en cuanto delimita su área y las cuestiones a dilucidar ("*thema decidendum*"). El oponente puede sostener la aplicación de una interpretación distinta de la norma jurídica invocada por el actor, o la aplicación de una norma jurídica diferente, para contrarrestar la consecuencia jurídica pretendida respecto de la causa fáctica que se alegó en la demanda³. O bien puede negar directamente los hechos sobre los que se basa esa causa fáctica para desvirtuarlos, e incluso alegar otros alternativos llevando el debate a un terreno distinto⁴. Toda controversia fáctica implica de por sí una controversia jurídica, pues discutiéndose los hechos que fundan la pretensión (causa fáctica) se cuestiona también implícitamente el derecho pretendido (consecuencia jurídica)⁵. Pero no a la inversa, pues una controversia puramente jurídica no necesita de la dilucidación de hecho alguno.

En este cruce de posiciones entre pretensión y oposición, en la medida en que de ésta se derive controversia, la plataforma desde la que debe partir el debate se especifica y se transforma en plataforma de la *litis*⁶. La pretensión puede diferir por tanto de la oposición total o parcialmente⁷, y

² Comp. PALACIO Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, t. IV, p. 320, n° 395-a-1.

³ PALACIO, *op. cit.*, t. V, p. 546, n° 693-b.

⁴ DEVIS ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho Procesal Civil*, Madrid, 1966, p. 214, cit. por PEYRANO, *El proceso atípico*, Universidad, Buenos Aires, 1993, p. 77.

⁵ ALSINA, *Tratado*, t. III, p. 215, cit. por CARLI, *La demanda civil*, p. 312. Íd. PALACIO, *Derecho*, t. VI, p. 196, N° 770-a, nota 1.

⁶ Comp. PALACIO, *op. cit.*, t. VI, p. 154/5, n° 757-b y p. 174, n° 764; íd. t. I, p. 474, n° 111-c; CARLI Carlo, *La demanda civil*, Lex, Buenos Aires, 1973, p. 246. Para PODETTI el fundamento está en el principio dispositivo: *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 217, n° 66.

⁷ PALACIO, *op. cit.*, t. I, p. 476, n° 111-c. CARLI cita el caso de la nulidad de acto jurídico por vicio de consentimiento (impeditivo) o la extinción de la obligación (*op. cit.*, p. 245). Señala también con CHIOVENDA que aquí no cabe distinguir identidades de causa: se suponen todas las existentes e incluso sobrevinientes, sin preferencia de unas sobre otras (*id.*, p. 211).

cuando se refiere a los hechos, para determinar la plataforma de la *litis* debe tenerse en cuenta que⁸:

a) sólo los *hechos alegados* en la demanda forman parte de esa plataforma, ya que los no alegados no serán objeto de decisión⁹;

b) de todos los hechos alegados por el accionante en su pretensión y por el accionado en su oposición, algunos por su lejana vinculación con la causa fáctica probablemente le sean a ésta indiferentes, y por tanto serán *hechos inconducentes*; mientras otros tipificarán la causa fáctica como *hechos conducentes*¹⁰.

c) de los hechos conducentes, todos o algunos resultarán negados o discutidos, y por lo tanto serán *hechos controvertidos*. Estos últimos son los negados expresamente por una de las partes (y por tanto constituyen una afirmación unilateral de la otra)¹¹, los que dependan consecuentemente de ellos¹², y los no confesos¹³. Los hechos no negados en cambio, pueden fundar por sí mismos la decisión¹⁴.

Este tipo de hechos controvertidos son los que delimitan concretamente entonces la plataforma de la *litis*, y determinan el ulterior curso del proceso. Aún habiéndose alegado hechos por ambas partes, si el tribunal entiende que no son conducentes y controvertidos¹⁵ puede omitir la producción de prueba (en el código federal: declarar la cuestión "De Puro Derecho": art. 359 del CPCCN) o rechazarla. Si en cambio el tribunal

⁸ Seguimos en este razonamiento a CARLI, *op. cit.*, p. 313. Comp. PODETTI, *Teoría y técnica...*, p. 230, n° 72.

⁹ Por lo tanto tampoco de actividad probatoria: PALACIO, *op. cit.*, t. IV, p. 345, n° 405-A.

¹⁰ PALACIO, *op. cit.*, t. IV, p. 344, n° 404-b.

¹¹ PALACIO, *op. cit.*, t. IV, p. 343, n° 404-b.

¹² Así por ejemplo si el accionado niega haber estado en el lugar del hecho, implícitamente también niega los hechos o actos que se deriven de su presencia en dicho lugar (CARLI, *op. cit.*, p. 314). Con lo cual aún cuando su prueba no sea necesaria por ellos en sí mismos, lo es en la medida en que sirven para demostrar la existencia o inexistencia de los primeros (PALACIO, *op. cit.*, t. IV, p. 344, n° 404).

¹³ PEYRANO, *Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial*, Rosario, Zeus, 1997, p. 139, n° 415, con cita de Cám. Nac. de Paz, sala I, 18-10-63, Unterrichter, LL 113-130.

¹⁴ Los hechos no negados no pueden ser objeto prueba, y bastan por sí mismos para la fundamentación de la sentencia, salvo que se trae de derechos indisponibles o imposibles (PALACIO, *op. cit.*, t. IV, p. 347, n° 405-B; íd. PODETTI, *Teoría y técnica...*, p. 230, n° 72; BOULIN Alejandro, *Los hechos, el silencio, y el juez en el proceso civil*, Revista de Derecho Procesal, número extraordinario Abril/2004- "Poderes y deberes del juez- Homenaje a J. Ramiro Podetti", p. 39.).

¹⁵ PALACIO, *op. cit.*, t. VI, p. 198, n° 771-a. Comp. PODETTI, *Teoría y técnica...*, p. 230, n° 72.

entiende que efectivamente existen hechos alegados conducentes y controvertidos puede admitirla y producirla¹⁶.

Todo esto así, resulta de capital importancia en esta fase del proceso individualizar los hechos controvertidos (que como vimos supone a los conducentes). Con el correr del tiempo, sin embargo, esa importancia ha sido soslayada lentamente en la práctica: "la doctrina nacional no ha tenido coraje; la jurisprudencia ha encubierto su cómoda *nonchalance* con el manto de la prudencia y la medida. Ésta, porque escudada en el fantasma del prejuzgamiento, fantasma familiar y benéfico protector de la tranquila beatitud de la somnolencia judicial, sostenía que al cierre del momento informativo del proceso no se podía predecir ni vaticinar qué hechos eran fundamentales para la decisión de la cuestión litigiosa ni cuáles no lo eran, creando el comodísimo expediente de la "*amplitud de la prueba*", que definitivamente sepultó bajo rimeros de toneladas de inútiles probanzas la teoría del "hecho conducente", sobre los cuales la doctrina nacional rezó un responso absolutorio. La verdad es una sola: no había tiempo para leer, menos para hacer un mental *juicio de valor* sobre los hechos, y así fracasó miserablemente cualquier tentativa de la legislación para cerrar el momento informativo del proceso mediante la *sentencia interlocutoria de prueba*, por lo cual se fijarán los hechos "conducentes y pertinentes" que el juez tendría en cuenta para sentenciar"¹⁷. De tal suerte, "la prueba es amplia y abusiva. Los tribunales difícilmente declaran impertinente una prueba ofrecida. El juez requerido dispone acerca de las postulaciones probatorias, sin examen, con el concepto de que prima facie pueden recibirse. Por lo general, la causa se abre a prueba porque las partes lo piden: los jueces no conocen el expediente hasta el momento de dictar sentencia. He ahí por qué asisten a veces involuntaria e impasiblemente a la producción de una prueba inútil, innecesaria, superflua, contradictoria o superabundante"¹⁸. Algunos señalaban que la solución más conveniente al problema se centraba en que fueran los profesionales de las partes quienes seleccionaran la necesidad o

¹⁶ Nótese que se ha dicho también que aún controvertidos los hechos, corresponde la declaración de puro derecho si el objeto a resolver no justifica la apertura del período probatorio: CNC, K, 16-9-96, Pérez, LL 20-5-97. De todos modos, es de destacar que en estos casos entonces, los hechos normalmente no serán conducentes.

¹⁷ CARLI, *La demanda civil* cit., p. 313.

¹⁸ AYARRAGARAY, *Novedades de preceptiva procesal*, JA 1943-III-Sec. Doctrina-58.

no de pruebas respecto de los hechos alegados, omitiendo cuidadosamente la prueba impertinente y la inútil porque no tiene relación con la cuestión debatida, o la que resulta innecesaria ante el reconocimiento de la parte contraria¹⁹. Pues la fijación de los hechos controvertidos disminuye y facilita la tarea de todo el proceso y la sentencia²⁰.

Hay por lo tanto una cierta confusión en quienes preconizan el “proceso por audiencias” al suponer que todo esto ha cambiado, en cuanto ahora habría una “depuración charlada”. El intercambio oral puede ciertamente aclarar dudas al juez en cuanto a si una determinada prueba es en sí misma necesaria o inútil. Pero la base fundamental para determinarlo no puede ser esa “charla” sino las posiciones fijadas en los escritos iniciales. Otra cuestión es que las partes modifiquen esos términos de estas postulaciones con acuerdos procesales, pues en tal caso llevarán la cuestión al terreno transaccional con normativa autónoma, distinto del propio de la normativa procesal estatal e imperativa. A este último respecto, sólo cabe estar en cambio a los términos fijados en los escritos iniciales, y las partes eventualmente recurrir la decisión en cuanto entiendan que contradice la base que dichos escritos ofrecen.

III. El caso de la prueba testimonial

Un ejemplo de esta confusión la encontramos en el régimen normativo de la prueba testimonial. Para permitir el análisis de admisibilidad de la prueba ofrecida sobre la base de los escritos iniciales, la normativa estatal imperativa impone a las partes el deber de ofrecerla expresando los hechos concretos que con ella se pretende probar (v.gr. art. 333 últ. párr. del CPCCN). La ley nacional 25488 intentó retomar esa senda con la audiencia

¹⁹ PODETTI, J. Ramiro, *Código de Procedimientos en materia Civil y Comercial de la Provincia de Mendoza*, Buenos aires, La Facultad, 1936, t. I, p. 247, art. 159; *id. Teoría y Técnica...*, cit., p. 230/1, n° 72.

²⁰ PODETTI J. Ramiro, *Tratado de los Actos Procesales*, Ediar, Buenos Aires, 1955, p. 451, n° 127. En esto coincidían con él sus más acérrimos críticos, señalando que en esto la legislación por él proyectada era un avance: AYARRAGARAY, *Crítica al proyecto de Código Procesal Civil de la Nación*, P. 59; *íd. Novedades de preceptiva procesal*, JA 1943-III-Sec. Doctrina-58, quien propone lo que denomina "principio de predeterminación".

preliminar del art. 360 del CPCCN²¹, sistema ya preconizado por PODETTI²².

Esto explica que en Mendoza este último autor introdujera el art. 194-II *in fine* en el Código Procesal mendocino de 1953 (luego retomado por el art. 333 del CPCCN), por el cual al ofrecer la prueba se debía manifestar cuáles eran los hechos concretos que se pretendía probar por tal medio.

Además el interrogatorio debía acompañarse al momento de ofrecer la prueba (art. 177-V), sin lo cual se tenía por no ofrecida. En esto el CPCCN tomó otro camino, ya que según el art. 429 del CPCCN se permitió la presentación hasta el momento de la audiencia, y el 437 determinó la caducidad del derecho a producirla si el oferente no compareció ni dejó el correspondiente interrogatorio²³. Sistema que trajo serios problemas, en particular en cuando se trataba de la declaración de parte²⁴.

Con la presentación anticipada que previó el código mendocino en cambio, se lograba "simplificar el proceso, suprimiendo los términos y formalidades innecesarios"²⁵ sin ocasionar a las partes ningún perjuicio²⁶. Sin embargo también aquí los problemas iniciaron con la reforma de la ley 2637 al art. 177-V del CPC, al introducir la posibilidad de presentación del interrogatorio en *sobre cerrado*. La redacción permitía suponer en todos los

21 Comp. CASTAÑOS ZEMBORAIN Víctor y ROSETTI Graciela, *Comentarios procesales acerca de la audiencia preliminar*, Rev. ED 5-6-02; MASCIOTRA Mario, *La audiencia preliminar*, Rev. LL 31-12-03; VERÓN Beatriz Alicia, *Separación del trigo y la cizaña. El artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial*, LL 1-2-07, Columna de Opinión; VILA Rosa, *Muchos granitos de arena. El artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial*, LL 20-2-07, Columna de Opinión.

22 CASTAÑOS ZEMBORAIN Víctor M., *El juez y la audiencia preliminar*, Revista de Derecho Procesal, número extraordinario Abril/2004-"Poderes y deberes del juez- Homenaje a J. Ramiro Podetti", p. 79.

23 PALACIO, *op. cit.*, t. IV, p. 600, n° 476-a y p. 608, n° 478-B-1-c.

24 La misma situación obligó a limitar en el art. 410 del CPCCN la posibilidad de presentación del pliego hasta media hora antes de la audiencia, porque "el litigante malicioso podría urdir la maniobra consistente en la preparación de pliegos distintos, con la consiguiente posibilidad de presentar el más conveniente a sus intereses en el supuesto de inasistencia de la parte citada a prestar declaración" (PALACIO, *op. cit.*, t. IV, p. 524, n° 455-C). Pero por lo mismo se ha afirmado que nada obsta a que lo presente al comenzar la misma audiencia si comparecen ambas partes (SAGGESE Enrique-PEREZ CORTEZ Osvaldo, *Elubilidad o inelubilidad del depósito previo del pliego de posiciones cuando comparecen ambas partes*, JA 1968-IV-681). Tampoco a que se presente antes (AYARRAGARAY Carlos-DE GREGORIO LAVIÉ Julio, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado*, Víctor de Zavallía, Buenos Aires, 1968, p. 459).

25 Comp. PODETTI, *Código...*, cit., t. I, p. 319.

26 PODETTI, *Código...*, cit., t. I, p. 285, art. 195.

casos una facultad²⁷, cuyo objeto parecía dirigirse a imposibilitar la preparación previa de respuestas por parte del declarante. Pero a su vez creó otro problema: porque como advertía ya PODETTI, en cualquier tipo de declaración si el tribunal no cuenta con la posibilidad de examinar las preguntas, no hay manera cierta de evaluar si la prueba responde a hechos conducentes y controvertidos (conf. punto anterior), y cualquier pretensión de que el oferente explique someramente a qué tiende el interrogatorio podría resultar inútil e inocua en la práctica²⁸.

La cuestión no es sólo importante a los efectos de la determinación de los hechos controvertidos. Sino también para que el Tribunal pueda ejercer la facultad de limitar testigos (art. 430 del CPCCN, 194-II del CPC Mendoza). Pues "el problema del número de testigos es uno de los más complejos y difíciles de resolver. Por un lado se tropieza con el temor de lesionar la defensa de los derechos y por otro, con las dilaciones y molestias que resultan del abuso de este medio de prueba (...) Para la limitación el tribunal tendrá a la vista los interrogatorios"²⁹. Esto último se ve obviamente dificultado si se faculta a presentar un sobre cerrado. Pero ante la última parte del art. 194-II CPC (concordante con el 333 CPCCN), subsistía para el oferente la obligación de manifestar cuáles son los hechos concretos que pretende probar con los testigos ofrecidos³⁰. Precepto que sin embargo pocos cumplían. Por ende en el proyecto de reformas del año 2001, se propuso una regulación en que el pliego de preguntas estuviera abierto, pero reservado sólo para la lectura del Tribunal (art. 218).

Distinta es la solución que adoptó la reforma de la ley 9001, cuyo art. 185 mantuvo la limitación "prudencial" y la necesidad de manifestar los

²⁷ Comp. PODETTI, *Código...*, cit. t. I, p. 285, art. 195; igualmente respecto de la testimonial: p. 319, art. 217. En el mismo sentido comentando el art. 429 del CPCCN: PALACIO, *op. cit.*, t. IV, p. 600, n° 476.

²⁸ PODETTI, *Código...*, cit., t. I, p. 316, art. 215; igualmente respecto de los testigos: ver nota al art. 194 in fine del Código Procesal Civil de Mendoza.

²⁹ Nota al 194 CPC, *id.* *Código*, t. I, p. 346, art. 241. El subrayado me pertenece.

³⁰ AYARRAGARAY aprueba esta norma en su *Crítica al Proyecto de Código Procesal Civil de la Nación* (p. 59), habiendo apuntado ya en *Novedades de preceptiva procesal (JA 1943-III-Sec. Doctrina-58)* que su antecedente estaba en el 119 de la ley 50. Comp. para el 333 CPCF: CNCom, e, 28-10-05, Héctor Martínez Sosa, con nota de KIELMANOVICH Jorge, *El artículo 333 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, una interpretación desafortunada*, LL 14-8-06. Coincidimos con el fallo, ya que si se trata de un requisito de ofrecimiento, es obvio que ante su incumplimiento la prueba debe tenerse por no ofrecida.

hechos que se pretenden probar, pero estableció que el acompañamiento del interrogatorio “es facultativo” (art. 185-IV).

Si se pregunta en Mendoza cuál puede ser la razón de esta modificación, invariablemente se acudirá a explicaciones que se alimentan de la teoría de la depuración “charlada” (punto II). Claramente errónea a este respecto, pues la audiencia preliminar no está destinada a que el juez “discuta” con las partes qué pruebas son admisibles, sino en todo caso que aclare dudas y decida sobre la base de los escritos iniciales, sin perjuicio de los recursos que las partes puedan oponer contra esa decisión. Por ende el grueso de ese estudio es hecho por el juez antes de la audiencia para determinar la admisibilidad o menos de la prueba en cuestión, sobre la base –repito- de los escritos iniciales, y no sobre lo “charlado” en la audiencia.

En consecuencia, eliminando la necesidad de presentar el interrogatorio, se ha olvidado el consejo de PODETTI en cuanto –como ya recordáramos- advirtió que cualquier pretensión de que el oferente explique someramente a qué tiende el interrogatorio podría resultar inútil e inocua en la práctica³¹. Tal lo que está ocurriendo: la síntesis que dan los litigantes es tan escueta y genérica, que determina a menudo el rechazo de la prueba. Sigue siendo preferible y aconsejable entonces que el litigante agregue un muestrario de las posibles preguntas que intentaría realizar (aunque luego se modifiquen o amplíen), para que el Tribunal pueda comprender acabadamente a qué apunta concretamente el pedido de declaración. Obsérvese que en particular el actor, que no cuenta con los términos de la oposición al ofrecer la prueba en su demanda, y no puede suponer de manera alguna cuáles serán los hechos controvertidos. Mientras el demandado que en cambio sí lo puede hacer, puede tener una interpretación distinta de la propia del Tribunal (conf. punto II). Por lo tanto son las preguntas concretas las que indican con claridad si la prueba ofrecida se ajusta al objeto a dilucidar al momento de evaluar la admisibilidad de la prueba.

Ante esta realidad, las anécdotas de “pasillo” (como siempre absolutamente improbables) muestran un panorama todavía más tétrico.

³¹ PODETTI, *Código...*, cit., t. I, p. 316, art. 215; igualmente respecto de los testigos: ver nota al art. 194 in fine del Código Procesal Civil de Mendoza.

Jueces que amenazan con el rechazo de la prueba para que los litigantes exhiban sus intenciones y limiten el número. Litigantes que impugnan testigos en la audiencia sobre la base de supuestos objetivos de la declaración que tampoco ellos logran dilucidar con claridad. Testigos cuya declaración debe detenerse imprevistamente porque son interrogados sobre cuestiones no sólo absolutamente inconducentes al objeto del proceso, sino cuestionables incluso desde el punto de vista de la genérica “síntesis” que el oferente hizo en sus escritos iniciales.

IV. Conclusión

Entre una teoría que pontifica a las audiencias como el “*non plus ultra*” del proceso jurisdiccional, y la experiencia que no logra conjurar graves problemas prácticos en el resguardo de los derechos de los litigantes, pasa la necesidad de revalorizar la calidad de la normativa jurídica como puente ineludible de eficacia.

En el caso de la prueba testimonial, por ejemplo, conviene que esta normativa determine que al momento de ofrecerse la prueba el oferente presente un pliego con el muestrario del interrogatorio que pretendería realizar, y que denoten los hechos que se pretenden probar de manera que induzcan al juez a concluir que se trata de hechos alegados, conducentes y controvertidos. Tal examen preliminar a los efectos de determinar la admisibilidad y eventualmente delimitar prudencialmente el número de testigos, se da sin perjuicio del propio del examen de las nuevas preguntas que se formulen en el curso de la declaración misma.

Por ende también para el caso en que la normativa sólo lo permita, puede ser de buena estrategia que el litigante al ofrecer la prueba exhiba el muestrario de preguntas concretas que pretende formular a los testigos ofrecidos, solicitando eventualmente su reserva para la lectura exclusiva del Tribunal si entendiera que la revelación a su contraparte pudiera afectar la efectividad del interrogatorio. Esto coadyuva no sólo a afirmar esa admisibilidad, sino eventualmente también los argumentos recursivos necesarios ante la eventualidad de un rechazo del medio de prueba ofrecido.