

LA INCUMBENCIA PROBATORIA*

HUGO MUÑOZ B.**

RESUMEN: El autor expone este trabajo en el 1^{er} Encuentro de la Maestría de Derecho Procesal, de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, en el mes de agosto de 2009. Reflexiona acerca de la incumbencia probatoria, como tópico relevante dentro de la Teoría de la Prueba. Afirma que la actividad probatoria es de absoluta incumbencia, obligación, función, facultad y derecho disponible, solamente de las partes, jamás descansa en la iniciativa del Juez. El Juez solo debe resolver siguiendo las reglas del procedimiento previamente reglado en la ley de aquel proceso. Cuando el Magistrado asume actividad probatoria, se transforma en parte y por tanto deja de ser Juez. Sólo incumbe a las partes la iniciativa probatoria.

ABSTRACT: The author exposes this work in the 1^o Procedural Law Mastery Meeting, Universidad Nacional de Rosario-Argentina, August 2009. He explores the evidential incumbency, as relevant topic inside the Evidence Theory. It affirms that the evidential activity, it is of absolute incumbency, obligation, function, faculty and available right, only for the parts, it never rests in the initiative of the

* El presente artículo fue presentado durante el 1^{er} Encuentro de la Maestría de Derecho Procesal, de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, en el mes de Agosto de 2009, siendo su Director el Doctor Adolfo Alvarado Velloso; El trabajo obtuvo una calificación de Mención Distinguida, entre 68 ponencias. La ponencia ha sido adaptada y homologada a un estudio para ser publicada en esta Revista.

** Abogado Excm. Corte Suprema. Diplomado en Derecho Laboral de la Universidad Andrés Bello. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario Argentina. Profesor Titular de Derecho Procesal Universidad Andrés Bello, Universidad Santo Tomás. Relator de la Escuela de Post Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de la Escuela de Sub Oficiales de Carabineros de Chile. Socio del Estudio Jurídico Jelvez y Carrasco. <hmunoz@jycabogados.cl>.

Judge. The Judge just must resolve, following the rules of the procedure before ruled in the law of that process. When the Justice assumes evidential activity, it transforms partly and therefore he stops being Judge.ez. The evidential initiative just belongs to the parts in the process.

PALABRAS CLAVE: incumbencia probatoria – teoría de la prueba – sistema procesal

KEY WORDS: evidentiary concern – evidence theory – procedural system

“Si al momento de sentenciar, el Juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio, es menester proporcionarle legalmente reglas claras a las cuales debe sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra”¹

INTRODUCCIÓN

La incumbencia probatoria, la incumbencia de la confirmación, o para otros la incumbencia de la prueba, tiene una sintonía, una estrecha relación con la prueba, la Teoría de la Prueba. Quien inicia un proceso, teniendo en cuenta que debe probar sus alegaciones, que debe convencer con la bondad y veracidad de sus argumentos, además debe enervar las de la contraparte, por lo que ha de partir en primer lugar fundándose en el material fáctico y probatorio que se encuentra bajo su control.

Pero aquella parte con frecuencia ha de remitirse al soporte probatorio que pertenece a la esfera del adversario o incluso la de un tercero. El conflicto

¹ No se crea que son propias estas palabras, de ninguna manera, son la manifestación más genuina de la Teoría General del Proceso, de nuestro Maestro Adolfo Alvarado Velloso (2008), el cual logra una importante convocatoria en torno al Proceso, al Estudio del Derecho Procesal, a la Academia, a la amistad y que estoy cierto, solo es la proyección del último encuentro en Azul, que correspondió al X Congreso Argentino, ya Congreso Internacional de Derecho Procesal garantista. Espero por cierto que este encuentro, continúe y se prolongue más allá de sus lineamientos postulados en la convocatoria por el Maestro.

entre el interés de la parte procesal para el esclarecimiento de aquello respecto de lo cual tiene la carga de alegar y probar, versus los intereses enfrentados de la contraparte y terceros puede resolverse de dos maneras fundamentalmente: o no exponen su esfera privada a negocios en un proceso, o son sujetos a una carga o deber al servicio de intereses ajenos. Una alternativa es no afectar en lo posible a la contraparte o al tercero, debiéndose remitir la parte del proceso a su propio material procesal, pudiendo perturbar al adversario o a un tercero sólo excepcionalmente. La otra alternativa es imponer la carga plenamente en ambos puntos de partida, y sólo establece excepciones el sentido de fundamentos plausibles justificados para no prestar colaboración. El Código Procesal Civil Alemán, la *Zivilprozessordnung* alemana conocida como ZPO, en español, la *Ordenanza sobre el proceso civil*, plantea el análisis de las obligaciones probatorias en este orden de ideas, a partir de la idea de su estructura inicial, como lo establecieron las leyes del Imperio, y que por lo tanto razona en una solución cuya finalidad es, en lo posible, no perturbar a la contraparte o a terceros, vale decir, la obligación probatoria es resorte de la propia parte.²

Como cuestión previa, me parece absolutamente necesario, y por demás pertinente, dedicar algunas líneas y afanes a recordar brevemente de qué hablamos cuando nos referimos a los medios de prueba, al objeto de la prueba y a qué es la prueba propiamente tal, entendiendo para estos efectos, como medios de prueba, a aquellos instrumentos, aquellas herramientas, que el ordenamiento procesal nos ofrece para llevar a cabo la actividad confirmatoria, en mi país llamada actividad probatoria; hablamos de los medios de prueba clásicos, a saber, la prueba testimonial, la documental, la pericial, la confesional o absolución de posiciones, las presunciones, la inspección personal del tribunal, la prueba electrónica, etc.

El objeto de prueba son aquellos hechos que deben ser probados ante el Tribunal. Son, para alguna parte de la Doctrina y definiendo el objeto de la prueba de manera aún más precisa, la acreditación de las afirmaciones que las partes han formulado acerca de los hechos que se discuten en el proceso, es aquello precisamente lo que las partes deben probar.

Las leyes procedimentales de nuestros respectivos países lo definen señalando que el juez recibirá la causa a prueba siempre que se hayan alegado *hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes*. En Chile se “habla” de *hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes*, todo lo cual se refleja en la dictación de una sentencia interlocutoria conocida

² Stürner (2008) p. 380.

impropiamente como Auto de prueba y que fija los hechos, “los puntos”, acerca de los cuales las partes deberán dedicar sus afanes confirmatorios.

En el lenguaje forense se designa esta combinación con la fórmula de *hechos conducentes y controvertidos*. Y son hechos conducentes todos aquellos que resultan relevantes, mediata o inmediatamente, para la resolución del pleito y serán luego hechos controvertidos, aquellos respecto de los cuales no hay equivalencia entre las afirmaciones de las partes; los que una parte niega respecto de las afirmaciones de la otra.

Existe, en consecuencia, una absoluta incongruencia, entre lo afirmado por una parte y lo negado por la otra, contraria al interior del proceso.

Además de ese supuesto, existen otros casos en los que es necesaria la confirmación, en que debe rendirse prueba para lograr la convicción del sentenciador, y esto aún cuando en vez de controversia hubiere acuerdo entre las partes. Ello sucede con los denominados hechos de demostración necesaria, que son aquellos hechos vinculados en algún punto o alguna situación relativa al orden público. Ello no debe confundirse con los denominados hechos públicos y notorios, que son de conocimiento de toda la comunidad, ciertamente del Juez y también de las partes; en aquellas hipótesis, no se requiera siquiera la posibilidad de prueba por las partes.

En este breve trabajo me haré acompañar además por las lecciones de varios connotados procesalistas. Parto desde ya por las lecciones del Profesor Hernando DEVIS ECHANDÍA, el cual en su *Compendio de Prueba Judicial*, aborda éste y otros tópicos relevantes en la materia de la prueba.

Aunque resulte obvio a estas alturas, en todos los estudios o en el avance de los estudios particulares de todos los asistentes a este encuentro me ha parecido relevante, pero no por ello no eludible, señalar o quizás reiterar que la actividad probatoria es de absoluta incumbencia, obligación, función, facultad y derecho disponible solamente de las partes, jamás descansa ni menos descansará en la iniciativa del Juez.

Aquel Juez que con la excusa impropia de buscar la verdad, o abusando de la moraleja social de la justicia del pobre o del débil, hace que un Juez, pretenda probar, pretenda ordenar prueba o crea necesario o un imperativo de justicia provocar la actividad procesal de las partes, aquél funcionario público cuando incurre en aquella conducta indeseable está vulnerando la esencia misma de su función, de su propia actividad. El Juez solo debe resolver siguiendo las reglas del procedimiento previamente reglado en la

ley de aquel proceso. Cuando el Magistrado asume actividad probatoria, se transforma en parte y por tanto deja de ser Juez.

En la primaria labor del Juez, de distinguir en su azarosa labor, lo relevante de lo insignificante debe identificar cuáles son los hechos que tienen relevancia en la controversia planteada por las partes; qué hechos, afirmados por cada una de las partes, han sido controvertidos y cuáles no, y ciertamente en algunos casos, no empero lo anterior, cuáles igualmente requieren confirmación.

Este análisis del Juez arroja como resultado un conjunto de hechos que conforman el objeto de prueba (*lo que se debe probar en ese pleito*). Devis Echandía sostiene que con frecuencia se confunde el objeto de la prueba con el tema de la prueba. Señala que, cuando algunos autores sostienen que el objeto de la prueba son los hechos controvertidos y negados en un proceso y más ampliamente, los no aceptados, confunden el concepto de objeto con el de necesidad o tema de la prueba, pues la circunstancia de que un hecho determinado no necesita prueba en un proceso no significa que ese hecho no pueda ser objeto de prueba judicial. De allí que objeto de prueba sea todo aquello que pueda ser susceptible de demostración histórica.³

Todo este breve desarrollo sobre la prueba judicial aspiro, servirá para poder entender cuáles son los aspectos involucrados en el tema de la pertinencia y qué es lo que falla cuando erramos en la determinación de la pertinencia.

I. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE INCUMBENCIA PROBATORIA

Las definiciones que sobre el punto brinda la doctrina distan de ser homogéneas y lo mismo sucede con los ejemplos que suelen acompañarlas. Sabemos ya del fenómeno de la multivocidad de los conceptos, lo cual produce ciertamente inexactitud, cosa que trataremos de colaborar en resolver al menos en relación a la incumbencia. Precisamente es allí donde comienza a vislumbrarse cierta oscuridad en el tema, en razón de que, lo que para algunos es un supuesto de impertinencia, para otros lo es de inadmisibilidad, o bien, se indica que en ciertos casos la impertinencia es un supuesto de inadmisibilidad.

³ Devis (2000) p. 74. Tanto Devis Echandía como Alvarado Velloso, se refieren a ello como *tema o necesidad de prueba*

Todo ello, no colabora a tener una visión clara sobre estos aspectos de la prueba. No solo de la pertinencia, sino también de las restantes nociones que se entremezclan.

Analicemos escuetamente lo que piensa alguna parte de la Doctrina en este tema. Para el Maestro Juan MONTERO AROCA la pertinencia de la prueba está, no tanto al medio de prueba en sí mismo, considerado y entendido como actividad, sino que en cuanto al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto.

Es preciso que ese hecho tenga relación con el objeto del proceso o, por lo menos, con el objeto del debate. Para MONTERO AROCA, la pertinencia atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba, en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento, y puede llevar a la no admisión de los medios de prueba que se propongan.⁴

De allí que deberán ser inadmisibles los siguientes;

- 1) Los medios de prueba que se dirijan a probar hechos que no fueron afirmados por las partes en los actos de alegación. En Chile, aquellas afirmaciones contenidas en las piezas escritas denominadas escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica;
- 2) Los medios de prueba que se propongan con el fin de de probar hechos que no afectan al posible contenido del fallo de la sentencia; lo que la jurisprudencia suele expresar diciendo que los hechos objeto de la prueba han de ser fundamentales, esenciales, relevantes, influyentes; y,
- 3) La pertinencia de los medios de prueba ha de ponerse, en relación con los hechos cuya verificación no está permitida por la ley. Los supuestos de exclusión de hechos no son numerosos, pero sí son complejos.⁵

Coincide con él DEVIS ECHANDÍA, al afirmar que la pertinencia contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso de jurisdicción voluntaria o de la investigación penal, o con el incidente si fuere el caso.

⁴ Montero (*sine data*).

⁵ Objeto de prueba para Montero es el tema o necesidad de prueba para Devis Echandía y Alvarado Velloso.

A su turno, otros autores como FASSI y MAURINO, en cambio, expresan que la pertinencia de la prueba es la adecuación entre los datos que ésta tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa el objeto probatorio. Es decir, una relación lógica o jurídica entre el hecho y el medio por probar.⁶ Y advierten que no debe confundirse el concepto de pertinencia de la prueba, con el de *hecho pertinente*. De igual modo, Rolan ARAZI ha distinguido la pertinencia de los hechos, de la pertinencia de la prueba. En los dos supuestos se quiere significar que se trata de medios idóneos para lograr el fin perseguido. En el caso de los hechos, que ellos sirvan para justificar la pretensión o defensa propuestas por las partes.⁷ En cuanto a la prueba, es pertinente cuando se refiere a hechos que han sido develados por las partes en sus escritos respectivos; de no ser así la prueba no conducirá a ningún resultado valioso, ya que el juez no puede tener en cuenta hechos que no han sido alegados.

La prueba, por tanto, resulta del todo inadmisibile cuando fuere manifiestamente improcedente o superflua, o meramente dilatoria, como la que procura acreditar hechos cuya investigación está prohibida por la ley, o que están exentos de prueba. También es inadmisibile la prueba ofrecida fuera del plazo legal. La prueba impertinente o inadmisibile puede ser desestimada por el juez en el momento de ser ofrecida, impidiendo su producción. Pero esta facultad judicial debe usarse con suma prudencia, ya que muchas veces la importancia de la prueba surge cuando ésta se ha producido. En mi país, y ruego se me excuse por la itinerante referencia a mi propia experiencia, suceden cosas graves, de las cuales debemos hacernos cargo, como movimiento, como Doctrina, pues en pro de una demagógica justicia, estamos en un creciente proceso de dotar nuevamente de facultades a los jueces en materias tan importantes como sensibles, como son los procedimientos del Derecho de Familia, del Derecho Laboral y ahora, con intentos regresivos en el proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Civil, en trabajo de creación legislativo.

Solo una muestra de lo afirmado. En el Código del Trabajo actual se señala en su artículo 453; “4) *El juez resolverá fundamentadamente en el acto (se refiere al desarrollo de la Audiencia Preparatoria), sobre la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes, pudiendo valerse de todas aquellas reguladas en la ley. Las partes podrán también ofrecer cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente. Sólo se admitirán las pruebas que tengan relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y siempre que sean necesarias para su resolución.*”

⁶ Fernández (2007).

⁷ Arazi (1988).

Tenemos en Chile, en el procedimiento laboral, un Juez Justiciero que busca la verdad de los hechos y que “puede valerse” de las pruebas, y las partes “podrán también” ofrecer cualquier otro elemento de convicción, medios de prueba, que, a juicio del Tribunal, fuesen pertinentes. Esta exquisita calidad procesal del Juez Laboral se ensalza además con el hecho de que la resolución que dicta sobre la pertinencia de la prueba la hace en una audiencia oral, y aquella resolución no es susceptible de control por el superior jerárquico.

Agrega el Maestro Alvarado Velloso que la prueba que versa sobre un hecho que interesa para la solución del litigio es pertinente; en consecuencia, será prueba impertinente, si no es una prueba conducente a la solución del conflicto; de allí que el Maestro explique que, por pertinencia, debe entenderse la adecuación entre los datos que la prueba tiende a proporcionar y los hechos que se intentan probar.⁸

Es una suerte de *congruencia* al interior de la teoría de la prueba.⁹ Para el Maestro ALVARADO, el concepto de impertinencia incluye también aquellas pruebas mediante las cuales se intenta demostrar la existencia de un hecho admitido (es decir no controvertido) o inconducente para la resolución del litigio.

El Profesor Víctor DE SANTO, en cambio, señala, a su turno, que la pertinencia es uno de los requisitos de fondo de la prueba, en tanto ésta tendría requisitos de fondo y forma. Los primeros se refieren al contenido del medio probatorio, lo que él relata o señala, y ello lo hace presente al juez¹⁰. La pertinencia, por tanto, se vincula con la adecuación entre los datos que la parte tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa el objeto probatorio. Para este autor, la conducencia y la pertinencia del medio se examinan previamente a su aceptación u ordenamiento por el juez, pero en el momento de valorar ese medio para dictar sentencia, debe revisarlas nuevamente para negarle mérito o valor a la prueba.

En tal sentido, guarda un nexo muy próximo con la idoneidad del acto, es decir, que la prueba que se pretende producir debe tender a la demostración de los hechos que efectivamente deban ser probados. Desde esta perspectiva, serán impertinentes en consecuencia, todos aquellos medios dirigidos a esclarecer hechos que se encuentran no controvertidos.

⁸ Alvarado (2008) pp. 28 y ss.

⁹ Alvarado (1982) pp. 168-170.

¹⁰ De Santo (1982) p. 670.

De lo anterior, por tanto, a *contrario sensu*, aquellos hechos que no han sido controvertidos o que resulten como inconducentes para resolver el pleito son potencialmente inaptos para provocar la actividad demostrativa.

De la simple revisión de las opiniones consignadas precedentemente, se advierte con evidencia indesmentible, la heterogeneidad que existe respecto del contenido que se le asigna al término pertinencia. Definirlo *mínimamente* nos ayudará a darnos cuenta de cuál es el momento en que corresponde su control jurisdiccional.

II. OTROS CONCEPTOS VINCULADOS

LINO PALACIO y ALVARADO VELLOSO sostienen que la admisibilidad se vincula con la legalidad (posibilidad jurídica) del medio propuesto para producirla, o con el tiempo o la forma de su ofrecimiento o agregación. La pertinencia tiene en consecuencia dos aspectos.

El primero consiste en la adecuación entre los datos que la prueba tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa su objeto, dicho de otro modo, la relación causal entre medio de prueba y el hecho afirmado.¹¹ El segundo aspecto viene dado por lo que los ya referidos MONTERO AROCA y DEVIS ECHANDÍA indicaban y es que la pertinencia tiene más que ver con el vínculo existente entre los hechos que se intentan probar y el objeto del litigio o de debate que con la adecuación de medio a objeto de prueba.

Como por lo tanto existen dos facetas de pertinencia, es menester tener claro que también existirán diversas facetas de la impertinencia, como si se tratara de dos caras de la misma moneda. Por último, respecto de la atendibilidad¹², puede apuntarse que concierne a la eficacia de la prueba para crear, y de allí que debe resultar, entonces, como la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes.

Me parece importante además agregar alguna noción al concepto de carga como fenómeno probatorio. Por ello, y siguiendo a GOLDSCHMIDT la defino como aquella necesidad de una actuación de parte, para prevenir un perjuicio procesal y una sentencia desfavorable. Entonces, una carga procesal puede definirse como un imperativo del propio interés, frente al cual no existe un derecho del adversario o del Estado, sino una estrecha relación de cargas procesales y de posibilidades de las partes, es decir, *“...los derechos*

¹¹ Palacio y Alvarado (1994) p. 56.

¹² *Idem.*, p. 57.

procesales de la misma parte, porque cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad al objeto de prevenir su pérdida". Así pues, hay una carga, no un deber, de fundamentar la demanda, de probar, de comparecer, de contestar, de recurrir, etcétera.¹³

Para el Dr. Eduardo COUTURE, la noción de carga tiene una diversa denominación: "...es una situación jurídica de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él".¹⁴

Respecto de los medios de prueba, resulta apropiado, entonces, retomar su conceptualización, de forma tal que podemos señalar que se acude a su definición como los procedimientos establecidos por la ley, o admitidos por la jurisprudencia, para introducir válidamente al proceso el elemento de prueba. Por regla general, los códigos procesales de todos los estados regulan minuciosamente esos trámites, estableciendo requisitos y plazos, que son distintos según el medio de que se trate (sea éste testimonial, confesional, pericial, etc.). Me parece relevante en todo caso señalar que no todos los medios de prueba han estado siempre legislados y algunos de ellos, antes de ser regulados por la ley, fueron admitidos por la jurisprudencia (tal es el caso, por ejemplo en la Argentina, de la llamada *prueba informativa* que fue aceptada y reglada por la jurisprudencia antes de ser legalmente incorporada a los códigos de procedimientos).

Con el correr de los tiempos, el número y tipo de medios de prueba se han ampliado notablemente en virtud de los avances técnicos y científicos, al extremo que el artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (Argentina) regula el llamado *medio de prueba innominado*, disponiendo que cuando se ofreciere un medio de prueba idóneo y pertinente no previsto de modo expreso por la ley, el tribunal establecerá la forma de diligenciarlo, usando el procedimiento determinado para otras pruebas que fueren analógicamente aplicables, de manera que es admisible cualquier medio de prueba *idóneo y pertinente*, con lo que ha perdido vigencia la vieja discusión acerca de si los legislados constituían, o no, un *numerus clausus*.

En mi país en el Código del Trabajo en su artículo 454 N° 8): "*Cuando se rinda prueba que no esté expresamente regulada en la ley, el tribunal determinará la forma de su incorporación al juicio, adecuándola, en lo posible,*

¹³ Goldschmidt (1961) pp. 91 y ss.

¹⁴ Couture (1978) p. 240

al medio de prueba más análogo". Ello en la práctica implica una suerte de medio de prueba en blanco, pues permite al Juez, declarada la pertinencia y necesidad del medio de prueba y no ajustándose el indicio o el elemento de convicción en cuestión a ninguno de los medios establecidos en el listado taxativo de la legislación procedimental, incluso se faculta al Juez para que sea adecuador normativo y además colegislador, sin control alguno de la legalidad de su actuar ni de sus pretensiones personales.

En la legislación chilena está regulado perentoriamente además, a quién le incumbe la obligación de probar. La norma está consagrada de manera perentoria en nuestro Código Civil, en su artículo 1698, a propósito de *"la prueba de las obligaciones"*. La citada norma dispone que: *"incumbe la prueba de las obligaciones o su extinción a quien alega éstas o aquellas"*. Comentarios adicionales respecto de quién debe probar, creo están demás.

No obstante ello, avancemos en un nuevo análisis. Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua española*, *incumbencia* significa *"obligación y cargo de hacer alguna cosa"*. La actividad probatoria es cumplida por los sujetos procesales. Esta actividad es compleja y se desarrolla en dos momentos: el primero práctico y el segundo crítico. En consecuencia, debemos analizar cuál es la tarea que le compete a cada uno de los sujetos esenciales, esto es, qué le incumbe realizar en cada uno de estos momentos a cada uno de ellos.

El momento práctico está constituido en 1^{er} lugar por la actividad que deben cumplir las partes, pues es a ellas a quienes les compete seleccionar y proponer al juzgador los medios de prueba de los que han de valerse. Esta es la demostración más palmaria de que la actividad probatoria es *de parte*, pues son las partes las que optan, escogen, elijen, qué, cuáles y cómo pretender probarle al Juez. Esta afirmación se sustenta en tres razones fundamentales:

- a) En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el juez no puede tener en cuenta en su fallo un hecho que no haya sido afirmado por alguna de las partes y cuya prueba no se encuentre válidamente incorporada al proceso;
- b) En segundo lugar, en un sistema procesal que se ajuste a las garantías constitucionales resulta inadmisibles que el magistrado incorpore oficiosamente al proceso elementos probatorios, porque vulnera el principio de igualdad ante la ley provocando un desequilibrio entre las partes favoreciendo a una de ellas al ordenar el diligenciamiento de medios probatorios y la agregación de los elementos de prueba obtenidos, que ninguna de aquellas propuso; y

- c) En tercer lugar, quiebra el principio de imparcialidad del juzgador toda vez que, antes de la oportunidad procesal debida, adelanta opinión acerca de la trascendencia que le adjudica a determinado hecho, desde el momento en que estima que debe producirse alguna prueba a su respecto, no obstante la actitud de la parte a quien eventualmente puede favorecer, que no propuso ningún medio probatorio por no considerarlo necesario o por desconocimiento.

De lo dicho precedentemente, en cualquiera de los dos casos antedichos respecto de la actividad probatoria de las partes, su conducta o a veces ausencia de conducta, no puede jamás ser suplida oficiosamente por el juez. La actividad de las partes como tales, siempre será simple y ciertamente también puesto que serán ellas las que propondrán o deberán proponer al juez los medios de prueba que estime necesarios, sin la intervención de la otra ni por cierto tampoco con la intervención del órgano jurisdiccional.

Existe en la fase práctica de la actividad probatoria un segundo momento y que le corresponde realizarla al juez, quien deberá pronunciarse acerca de la admisibilidad de los medios propuestos y ordenar los trámites necesarios a los fines de su producción e incorporación válida, como por ejemplo, fijar el día y la hora de las audiencias en que se procederá a recibir las declaraciones de los testigos propuestos y ordenar se practiquen las notificaciones que correspondan. Esto es lo que hoy impera en mi país, y entiendo que también en parte de la legislación de la Argentina, al menos en el sistema procesal vigente en la Provincia de Córdoba. Es más aún, el Juez no puede dejar de admitir ningún medio de prueba ofrecido oportunamente por las partes, incluso aún cuando se refieran a hechos no alegados o expresados por las partes en los escritos respectivos, salvo por cierto aquellos que deben ser deferidos por defectos formales, cuando por ejemplo se provoca la prueba de manera extemporánea, o sin cumplir los requisitos exigidos por la ley o por tratarse de un medio prohibido por la ley para la acreditación de un hecho específico o una obligación de determinada especie, como sucede en mi país, en que la prueba del dominio de un inmueble, no puede practicarse sino con la pertinente inscripción marginal del título en el Conservador de Bienes Raíces donde se encuentra el inmueble, por lo que expresamente está prohibido pretender probarlo por testigos; y también a vía de ejemplo, en los casos de la confesión respecto de las causales subjetivas invocadas en un juicio por divorcio vincular en la Argentina.

Dentro de la actividad probatoria, surge entonces un tercer momento, pero ahora de carácter complejo y plural. Es aquella fase en la que corresponde la producción e incorporación definitiva de los elementos de prueba al proceso. En esta fase será necesario se deban haber practicado las

notificaciones necesarias, deberán remitirse, enviarse, despacharse o librarse los oficios del caso, deberán disponerse la incorporación de documentos, deberá procederse a designar los peritos que reúnan las habilidades propias de la naturaleza del informa técnico requerido, deberán en presencia del Juez realizarse las audiencias designadas y ciertamente deberán recepcionarse las declaraciones de los testigos, las declaraciones de las partes, en las absoluciones de posiciones provocadas, etcétera; Ciertamente, es una fase compleja y dinámica dentro de la actividad probatoria, la cual supone la realización de un conjunto de actos jurídico procesales, y además tiene el carácter de plural porque intervienen los sujetos esenciales tanto el juez como las partes, y además, deben hacerlo o concurrir los auxiliares del juez y también los sujetos eventuales en algunas oportunidades simultáneamente, tales como los testigos y los peritos.

Por último y en cuarto lugar, surge aquella fase constituida por la incorporación definitiva de los elementos de prueba válidamente colectados, en Chile diríamos válidamente obtenidos, producidos y agregados legalmente al proceso, mediante los medios propuestos, con lo que concluye el momento práctico, dando paso al momento crítico.

Solo a partir de estas cuatro fases descritas dentro de la etapa práctica, se llega a la segunda etapa general, la crítica. Sin perjuicio de todas las consideraciones que ya hemos expresado, es esperable que se hayan respetado en las actuaciones o fases anteriores las garantías elementales, mínimas de estándar que nos permitan corrección con las reglas del debido proceso, cuidando que ambas partes hayan tenido la oportunidad procesal de controlar la validez formal de la sustanciación de la propia prueba y también y quizás si especialmente, o principalmente la de la prueba de la parte contraria, manteniendo o debiendo mantener el Juez en todo momento el equilibrio entre ellas, al darles la posibilidad de impugnar aquella que estimen no se ajusta al imperativo legal. Especialmente acerca de la legalidad o ritualidad en la producción o en la obtención de la prueba aportada, surge la imprescindible revisión y control acerca de la legalidad de la prueba aportada, conocida como la *Teoría de la Prueba Ilícita*, tema apasionante en si mismo, pero que escapa a los alcances y objetivos de este breve trabajo, motivo por el cual, asumimos solo didácticamente, que toda la prueba aportada en este análisis lo ha sido sin vulnerar garantía alguna de ninguna persona y que no se ha conculcado ninguna garantía de la Carta Fundamental del país respectivo, que tenga como necesaria consecuencia la declaración judicial de ilicitud de aquel medio probatorio.

De todo lo expuesto en anteriores párrafos, resulta obvio y evidente, que le está absolutamente vedado al juez ordenar oficiosamente –de oficio

se diría en Chile- la sustanciación o la producción de medios de prueba; sólo incumbe a las partes la iniciativa probatoria.

Dentro de la actividad probatoria esta también el denominado *momento crítico*, el cual para una más fácil comprensión de su contenido y características, puede ser dividido en dos instantes. Un primer instante, siguiendo a CLARIÁ OLMEDO, denominaremos como la *etapa discusoria* del proceso, en el cual la actividad procesal incumbe necesariamente a las partes, ya que es la oportunidad procesal para que aquellas analicen la prueba colectada, poniendo el acento cada una de ellas en la que le resulte favorable y desvalorizando la que le es adversa, argumentando de manera tal de convencer al juez de la razón que le asiste y de dejar en evidencia la desvergüenza procesal de la contraria y, consecuentemente, obtener una sentencia favorable. Se trata, por tanto, de una actividad simple e individual que cada parte realiza independientemente de la otra. Vale la pena precisar que en rigor de verdad, la actividad de las partes no se limita al análisis y valoración de la prueba ya que si así fuera, esta etapa no tendría sentido en un proceso en el que no se hubiera producido prueba por ser un litigio de puro derecho sino que, además, desarrollan toda una serie de argumentos jurídicos, elaborando interpretaciones de las normas acompañadas por citas doctrinarias de autores de prestigio que sostienen opiniones similares a la propia, y de jurisprudencia en las que su posición ha encontrado favorable apreciación. En este instante, la única actividad que le compete al juez es recibir los escritos pertinentes, si se trata como hoy aún es en Chile, de un sistema procesal en que predomina la escrituración, o no admitirlos si fueren extemporáneos o contuviesen algún error formal, como por ejemplo, la falta de firma de la parte o de su mandatario o; fijar audiencia, comunicarla a las partes y recibir los alegatos orales, si se trata de un sistema predominantemente oral. Se trata, únicamente, de una actividad que hace ordenar el debate, o sea el Juez, es un Director formal del debate ante él. Un segundo instante, siguiendo nuevamente a CLARIÁ OLMEDO, puede denominarse como la *etapa valorativa y decisoria*; esta etapa compete exclusivamente al juez y en ella el juzgador analiza la prueba recibida, la prueba que las partes le han rendido, la prueba colectada, y luego de su análisis obtiene conclusiones acerca de los hechos invocados por las partes como fundamento de sus respectivas pretensiones, y en definitiva pronuncia su decisión de carácter condenatoria o absolutoria, según corresponda.¹⁵

Supone, en consecuencia, la previa valoración de la prueba producida en el proceso y sólo puede extraerse, por tanto, del contenido de la sentencia. COUTURE, a su turno, coloca a la conducencia dentro del concepto de

¹⁵ CLARIÁ OLMEDO Jorge (1.988) p. 75 y ss.

admisibilidad porque entiende que ésta se refiere a la idoneidad de un medio determinado para acreditar un hecho.

Una prueba puede ser inconducente pero declararse admisible (por ejemplo el testimonio de un testigo interesado por tener un vínculo de dependencia respecto de la parte que lo presenta a declarar); pero no es posible observar una prueba inadmisibile que sea conducente. De allí entonces, que, la conduencia se diferencia de la pertinencia porque ésta contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso, mientras que la conduencia se traduce en la aptitud para generar convencimiento.

El hecho de que sobre un mismo fenómeno existan diversas concepciones parece algo que se produce con mucha frecuencia en el Derecho. Ya en aula el Maestro ALVARADO VELLOSO siempre nos ha recalcado que la multivocidad de algunos términos conduce a la equivocidad de los conceptos y debo decir que el Maestro, tiene toda la razón, acá el discípulo reafirma al Maestro, lo que puede parecer como toda una impropiedad o un alarde de comparación; de ninguna manera; esta conclusión solo surge como una consecuencia del desarrollo lógico del análisis.

La idea nos parece es que se intente analizar en profundidad el concepto, y de allí que es lógico pensar que cuanto más se investigue la cuestión, mejor será. Pero esto que debe suceder en el resto de las ciencias, a nosotros, los abogados, pareciera que nos complica aún más el panorama. Solo a título de ejemplo, debo reconocer que en mi particular caso, luego de iniciar en este tema, a propósito de la preparación de este trabajo para el Encuentro de Mastrandos, y de consultar solo algunas obras y adentrarme en el análisis de algunos autores, debo reconocer que estoy apenas en el punto de partida. Por ello y, aspirando nuevamente a ser un modesto aporte al debate y estudio, en más, adopto *una* de todas las definiciones que se han descrito y analizado anteriormente.

III. ENFOQUES FINALES

La pertinencia es uno entre varios, de los aspectos de la prueba y que posee dos matices: 1) la adecuación de medio de prueba al objeto de la prueba y, 2) la vinculación entre el hecho que se prueba y el objeto del litigio.

Para poder razonar de cómo es eso que la *adecuación de medio a objeto de prueba*, me parece debe hacerse un estudio comparativo con la adecuación de medio a fin que conlleva la idea de razonabilidad. Si esa adecuación es defectuosa o inexistente, estamos frente a un supuesto de impertinencia.

Por otra parte, advertimos que la atendibilidad, a la que ya me referí precedentemente, puede entenderse como es la aptitud que tiene o resulta acerca de la prueba y que permite formar la convicción del juez. No seguiré en este razonar a los autores citados, en cuanto a la admisibilidad y sus presupuestos. Este término, la atendibilidad, de ordinario, se relaciona con otro concepto formal y de exigibilidad, me refiero a la legalidad, también obviamente relacionados con la oportunidad y la formalidad del ofrecimiento probatorio. Dentro de la legalidad es posible englobar a la oportunidad y a la formalidad por cuanto, aquellos dos elementos, son regulados por el ordenamiento procesal de cada legislación procesal. Por ello, es que siempre que una parte litigante, ofrezca una prueba de manera intempestiva, o lo hace sin respetar las formalidades requeridas por la ley adjetiva (v.g. ofrecer la prueba pericial sin indicar especialidad o puntos a peritar), la prueba es, debe y será ilegal.

En una segunda reflexión final, como ya se dijo anteriormente, existen dos supuestos de impertinencia. En un primer caso, el vicio que genera la impertinencia se produce precisamente en el medio de prueba específico y que la parte pretende aportar al proceso, producir en él, y en el segundo caso, el vicio recaerá en el objeto de prueba. El primer supuesto se presentará cuando el medio de prueba elegido para pretender la acreditación de un determinado hecho, esto es el objeto de la prueba, sea precisamente un medio inadecuado para cumplir con ese fin; por ejemplo si se pretendiera probar la existencia de una obligación que debe constar en un principio de prueba por escrito, a través de una prueba testimonial.

El segundo supuesto de impertinencia se exterioriza a partir de un hecho que intenta probarse: aunque fuere acreditado, no presenta una valoración trascendente con la resolución del conflicto. Este segundo supuesto es denominado por ALVARADO VELLOSO como la *inconducencia*. Recuérdese, que solo son objeto de prueba los hechos conducentes y controvertidos. Por tanto, si estamos ante un hecho que no es conducente o que no es controvertido, por más que el medio de prueba sea adecuado para acreditarlo, la prueba que se rinda sobre él también será impertinente.¹⁶

En este caso, lo relevante, no es que el medio de prueba no sea el apropiado sino que, aún siéndolo, el hecho es ajeno a lo que debe probarse en el juicio, es decir, al objeto concreto de prueba. Es una prueba inoficiosa, está demás, no tiene sentido, es inútil, inocua, irrelevante.

¹⁶ ALVARADO (2007) p. 170.

En tercer lugar, en esta fase de análisis finales, se presenta la problemática de determinar acerca de cuál es el momento oportuno, para proceder a la realización del control del Juez, acerca de la pertinencia de la prueba. Y en este tema, luego de la revisión de alguna literatura específica, me parece pueden resumirse a dos teorías o posturas.

La primera de ellas, postula que el juez debe razonar, resolver y hacer un verdadero juicio valórico, únicamente en el momento mismo en que procede a la dictación de la sentencia. Esta postura obvia que parte de la premisa que el Juez, recibirá toda la prueba que las partes quieran rendirle y ofrecerle, sean éstas pertinentes e impertinentes, las cuales solo serán así calificadas al dictarse la sentencia definitiva que ponga fin a aquel conflicto. Ante tal tesis, surge inmediata la pregunta de porque es apropiado esperar hasta ese momento para así resolverlo por el Juez, pareciendo mucho más lógico un juicio inmediato acerca de la pertinencia o no de la prueba ofrecida. Esta postura razona de tal forma, atendiendo a los motivos por los que aquella prueba será declarada como impertinente por el Juez.

Si esta situación se produce por la que ya definimos como *falta de adecuación de medio a objeto de prueba*, aquella situación solo radica en la elección del medio probatorio por el cual la parte ha optado, y es el resultado entonces de la ponderación de que luego de producirse la prueba, se advierte que ha sido inútil porque no arroja ningún dato que permita confirmar el hecho. Este mismo argumento lo sostiene Alvarado Velloso al referirse a las posibles motivaciones de un Juez al dictar una medida para mejor proveer y ésta no produce efectos algunos en el proceso. Por ello, determinar si el medio de prueba resultó pertinente, es una cuestión que *sólo* puede responderse después de que la prueba fue producida y no en forma anticipada. Ello es así, porque no se conoce el resultado que puede llegar a tener. Por desgracia o afortunadamente, todo dependerá del cristal con se mire, el vaso medio lleno o medio vacío, existen casos en los cuales, la prueba ofrecida puede aparecer como innecesaria, y a primera vista hasta impertinente, sin embargo, pueden resultar pertinentes recién luego de que se ha producido; o pueden llegar a tener una mayor utilidad de la prevista.

Es lógico pensar en esta forma de razonar a propósito por ejemplo de la prueba pericial, pues el dictamen del especialista solo será conocido una vez producido y las consecuencias dentro del proceso, serán advertidos o evidenciados en toda su magnitud solo a partir de su agregación material al proceso.

Sin embargo, lo mismo puede suceder a la inversa. Por eso, el juez nunca podría determinar *ab initio* que la prueba es pertinente o impertinente. Si se

aceptara que el juez puede declarar inadmisibles las pruebas impertinentes, podría suceder que las partes perdieran la posibilidad de valerse de prueba que, a la postre, resulta ser de una relevancia en lo pertinente trascendental.

Frente a todas estas hipótesis, urge la conclusión que la pertinencia, en lo que se refiere todo medio de prueba, *siempre* debe ser analizada por el juez al momento de sentenciar.

Me parece que además, existe otro motivo relevante en apoyo a la tesis sostenida precedentemente, y que me surge como relevante. Y esta idea razona desde la perspectiva de que la elección de los medios de prueba es resorte exclusivo de las partes, son aquellas las que tiene el derecho, la potestad, la alternativa, la elección de tal o cual medio probatorio, ellas deben *velar y elegir sus armas antes de la batalla*, y ciertamente la consecuencia y el resultado de aquella elección debe ser la consecuencia directa de tal y no debe quedar entregado al razonar, de un tercero, que tiene otra función dentro del proceso, que por lo demás tiene otras motivaciones.

Cada litigante escoge los medios de prueba que entiende que mejor lo posicionarán en el debate y es responsable por ello, tanto para el caso en que le vaya bien, como para cuando no le rinda los frutos esperados. Si “va por lana y sale trasquilado”, es una posibilidad cierta dentro de la elección, pero es “su elección”.

Siguiendo en esta línea de razonamiento, es que no quiero dejar pasar la oportunidad para lanzar una idea acerca de aquellos que en busca de una “justicia real, pronta y oportuna”, hacen de la elección de la prueba y del rol activo del juez un dogma de perfección del sistema y que por ello, preconizan la posición activista del derecho procesal y de los jueces. El garantismo, no se esconde de estas inquietudes, muy por el contrario, le son propias, aspiramos a una justicia pronta y oportuna, planteamos que el debate debe ser directo, pero reglado y en respeto de las garantías constitucionales y no por *hacer justicia pronta*, ridiculizaremos las instituciones procesales que garantizan la igualdad de las partes, la posibilidad de ser juzgados en un plano de igualdad, con las reglas del juego previamente acordadas y sabedores de que nos puede suceder si ocurren determinadas hipótesis dentro del proceso. La transitoriedad de la serie dentro del proceso, es un requisito de libertad y de igualdad de las partes al interior del proceso.

Un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios procesales. Por ello, es que las razones apuntadas por la corriente activista no justifican la ampliación de facultades de que se quiere dotar al Juez, en materia probatoria. En definitiva las partes vamos al Tribunal,

en busca de certeza jurídica, acudimos para que se nos resuelva un conflicto que tenemos con otro ciudadano, pero sabiendo y conociendo de antemano cuales son las reglas del juego, cuales son las reglas procesales.

Por ello, es que ciertamente resulta como hasta imprescindible que los poderes judiciales de nuestra América, procuren realizar un gasto racional de los recursos públicos que por lo demás son de todos los contribuyentes, y que son producto del proceso y su desarrollo, pero ello nunca debe ser a costa del legítimo y constitucional derecho de defensa en juicio de las partes.

Para concluir este trabajo, debemos analizar el segundo supuesto de impertinencia. Me refiero a la relación existente entre el hecho que se está probando y lo que se está debatiendo en el pleito.

Si el hecho es útil, es y aparece como relevante para que el juez tome una decisión al respecto, la prueba que verse sobre aquel, será *pertinente*. En caso contrario, será absolutamente *impertinente*.

Siempre, la razón que justifica una evaluación anticipada, tienen la misma explicación, la economía, vestida a veces de economía procesal, otras veces de racionalización de recursos exiguos, etc.

Debe hacerse notar desde ya la relevancia en el hecho que no puede anteponerse una mera regla de debate a un principio procesal. Existe por lo demás, un argumento muy sólido que sostiene la idea de que sea evaluada al momento de dictarse la sentencia y es que también, con este tipo de pertinencia, el juez se ve imposibilitado de analizar con certeza si la prueba será de utilidad o no.

El Juez no puede hacerlo de otra manera, pues no sabe cuál es la estrategia de las partes. Precisamente es durante la etapa de ponderación de la prueba, los alegatos en la forense trasandina, cuando las partes recién le presentan al juez el detalle final de sus afirmaciones y las pruebas tendientes a formar su convicción. Puede suceder que la parte intente acreditar un hecho mediante prueba indiciaria. En algunas ocasiones, para que ésta se configure se deben confirmar varios hechos que, tal vez aislados, no digan mucho. Pero en conjunto, cuando son concordantes, graves y precisos pueden lograr la convicción del juez respecto de la existencia de otro hecho: el indicado. Esto es, el principio básico además de las Reglas de la Sana Crítica.

Se recurre a la prueba por indicios cuando no es posible acceder a una prueba directa del hecho que se intenta confirmar. Si aceptamos la posibilidad de que el juez pueda declarar inadmisibile la prueba que versa sobre un

hecho porque a él le parece irrelevante, se corre ciertamente con el riesgo de privarle a aquella parte de la única chance de probar el hecho sobre el que asienta su estrategia. O, al menos, de reforzarla.

Como se ha dicho, todos esos hechos que conforman luego la prueba por indicios cobran sentido cuando son conjugados los unos con los otros y valorados por la parte, en los alegatos.

También puede suceder que se intente conformar la prueba indiciaria y que, finalmente, ello no se logre. No obstante, por más irrelevante que parezca el hecho, no se justifica una declaración de inadmisibilidad de la prueba que tenga por objeto confirmarlo.

No importa si la parte logra –o no– conformar la prueba indiciaria. *Siempre* debe tener la posibilidad de intentarlo.

Aclaro esto para evitar entrar en la discusión de que sea posible la declaración de inadmisibilidad en los casos en que la prueba a juicio del tribunal sea “manifiestamente” impertinente. Me parece que en todo caso, la pertinencia debe evaluarse al momento de dictar sentencia.

CONCLUSIONES

No se ha pretendido en este breve trabajo agotar un tema hoy en día tan relevante, solo aspiramos a entregar antecedentes a la reflexión.

En primer lugar me surge como una clara evidencia que la pertinencia es una de las cualidades, de las características connaturales que tiene la prueba como necesaria actividad al interior del proceso.

Esta conclusión se puede presentar en dos facetas: la primera, como una nexa casi causal, entre el medio de prueba y el objeto de prueba; la segunda, un nexa también, pero ahora entre el hecho que se prueba y el objeto de debate del pleito.

En ambos casos, la pertinencia o impertinencia deben ser evaluadas por el juez al momento de sentenciar. Quien primero evalúa *siempre* este aspecto de la prueba es la propia parte la cual en conjunto con su Abogado, elige cuál es el medio probatorio que mejor le permitirá probar, confirmar, un hecho y que además, cuando elige qué otros hechos, además del principal, tratará de acreditar, le permitirán en definitiva afianzar su propia *Teoría del Caso*, la cual le debe dar el sustento al contenido de su pretensión.

Por ello es que el juez jamás debe tener facultades para determinar qué hechos se prueban y cuáles no; ni tampoco el Juez debe resolver por sí, sin siquiera un control de legalidad de aquellas resoluciones, de cómo puede o no desestimar *in limine* un medio probatorio, puesto que, en ambos casos, puede menoscabarse el derecho de defensa de las partes. En el primer supuesto, se interferirá en la elección de medios probatorios; y en el otro, se corre el riesgo de obstaculizar el recurso a la prueba por indicios.

En segundo lugar, la actividad probatoria es esencialmente “actividad de parte”, no del Tribunal. Cuando el Tribunal recorre ese camino, desvirtúa su propia función, abdica de sus elementales características de imparcialidad y necesariamente se transforma en parte. Y el Juez no es ni debe ser parte.

La justicia, como valor de la comunidad, no es o no debe ser, hacer economía. El Sistema de Administración de Justicia debe de proveerle al justiciable una herramienta para resolver pacíficamente los conflictos que puedan aquejarlo. En todo caso, si el Juez advierte abuso de derecho, prueba sobre excesiva, dilatoria o mala fe, debe sancionar, en el fallo definitivo, pero no debe de partida, por sí, y ante sí mismo, conculcar las garantías del ciudadano que acude al órgano jurisdiccional en la búsqueda de una declaración de certeza acerca de su pretensión.

El *garantismo* es una corriente filosófica dentro del Proceso, aspiramos al irrestricto apego y respeto a las garantías que la Norma Fundamental de cada uno de nuestros países consagra respecto de todos los justiciables.

Ahora bien, si la comunidad, si el último legislador, la comunidad, quiere otro modelo de proceso, es el momento de que sea plasmado como tal en la norma, pero mientras el proceso sea la respuesta organizada y pacífica de resolver los conflictos erradicando el uso de la fuerza ilegítima, nuestros afanes debe ser la búsqueda incansable del respeto de aquellas garantías, la igualdad, la imparcialidad del juzgador, el debido proceso, la transitoriedad de la serie.

El juez tiene la obligación de aplicar la ley vigente; el Juez debe asegurar al justiciable esa garantía que es el proceso, en toda la extensión que la Constitución ideó: con amplitud de debate y de prueba.

Concluyo que, en contra de la corriente ya señalada, al Juez deben serle limitadas aquellas facultades de resolver acerca de la pertinencia de la prueba en pos de una mayor libertad probatoria.

Si el derecho de defensa consiste en la posibilidad de probar, si cada día se permitirá por los jueces que restrinjan más aquella posibilidad a las partes, tendremos como consecuencia que el derecho de defensa cada día será menos una explicitación del derecho a la defensa y si en el proceso se nos conculca aquella garantía, perderemos el fin del proceso, que no es más que el ser más libres y convivir en paz.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2008): *Introducción al estudio del Derecho Procesal III* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni).

_____ (2007): *En la Prueba Judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal* (Rosario, Editorial Juris).

ARAZI, Rolan (1988): *Elementos de Derecho Procesal* (Buenos Aires, Editorial Astrea).

CLARIÁ OLMEDO, Jorge (1988): *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Editorial Rubinzal-Culzoni).

COUTURE, Eduardo (1978): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (3ª edición, Buenos Aires, Editorial Depalma).

DE SANTO, Víctor (1982): *II El Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Universidad).

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (*sine data*): *I Compendio de la Prueba Judicial* (Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni).

FERNÁNDEZ MELE, Soledad (2007): *El Momento Procesal del análisis de la Pertinencia Probatoria*, obra presentada en el IX Congreso Derecho Procesal Garantista Azul.

GOLDSCHMIDT, J. (1961): *I Principios Generales del Proceso* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América).

MONTERO AROCA, Juan (*sine data*): "La prueba", *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, disponible en <http://www.academiadederecho.org/index.cgi?wAccion=biblioteca&wid_seccion=4&wid_grupo_news=0>, fecha de consulta: agosto 2009.

PALACIO LINO, Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo (1994): *VIII Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina* (Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores).

STÜRNER, Rolf (2008): *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses* (Tübingen, 1976) (Traducc. al español por la Universidad Católica de Valparaíso e insertado en la Revista de Derecho N° XXX).

