



ANUARIO DE DERECHO PROBATORIO

TOMO I AÑO 2022

DIRECTOR

IGNACIO M. SOBA BRACESCO

SECRETARIO DE REDACCIÓN

SANTIAGO MARTÍNEZ MORALES



Anuario de Derecho Probatorio / Ignacio M. Soba Bracesco ... [et al.] ; compilación de Ignacio M. Soba Bracesco. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IJ Editores, 2023.

218 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-8957-91-3

1. Derecho. I. Soba Bracesco, Ignacio M., comp.

CDD 340.02

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la Institución, el Director ni del Comité Editorial.

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Ignacio M. Soba Bracesco | Santiago Martínez Morales..... 9

ARTÍCULOS..... 11

LA PERICIA DE PARTE: PRUEBA, NO ALEGACIÓN

Rodrigo Almeida Idiarte..... 13

PROVAS E TECNOLOGIA: A RESOLUÇÃO N° 408, DE 2021, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E O TRATAMENTO DAS PROVAS DIGITAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Larissa Clare Pochmann da Silva | Carolina Araujo Braga
Miraglia de Andrade | Fernando Igor do Carmo Storary Santos.. 25

ALGUNOS PROBLEMAS ASOCIADOS A LA “DECLARACIÓN DE PARTE” COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL CHILENO

Sebastián Bravo Ibarra..... 35

PROPORCIONALIDAD, *CASE MANAGEMENT* Y PRUEBAS: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA Y COMPARADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PROCESO CIVIL DE INGLATERRA Y GALES

Ramón García Odgers..... 47

LA INAPTITUD PROBATORIA DE LOS RECONOCIMIENTOS PERSONALES EFECTUADOS EN EL JUICIO ORAL UNA REFLEXIÓN A PARTIR DE LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA

Miquel Julià-Pijoan..... 89

PRODUÇÃO DE PROVAS COM CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: TÉCNICAS E DESAFIOS William Soares Pugliese.....	107
PRUEBA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO: TRES CUESTIONES CONTROVERSIALES Ignacio M. Soba Bracesco.....	121
EL MODELO RACIONAL DE CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS COMO IDEAL REGULATIVO Agustina Santos Curbelo.....	135
ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA EN URUGUAY Camila Umpiérrez Blengio.....	145
LA PRUEBA PERICIAL UNA VISIÓN DESDE EL PROCESO PENAL MEXICANO. ÁREAS DE OPORTUNIDAD René Uribe.....	159
SECCIÓN JURISPRUDENCIAL.....	179
INFRACCIONES A LAS REGLAS DE ADMISIBILIDAD (PRUEBA IRREGULAR - PRUEBA ILÍCITA) Y DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEFINITIVA N° 276/2022 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL 28/03/2022. Joaquín Bonaudi Gerez.....	181
LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE FAMILIA, COMENTARIO ACERCA DE LAS SENTENCIAS DE LAS CORTES DE JUSTICIA DEL ECUADOR Ana Teresa Intriago Ceballos.....	201

STAFF



IGNACIO M. SOBA BRACESCO

Director del Anuario de Derecho Probatorio del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio. Profesor de Derecho procesal en cursos de grado, especialización y maestría, en diversas universidades iberoamericanas. Miembro de la International Association of Procedural Law y del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal.



SANTIAGO MARTÍNEZ MORALES

Secretario de redacción del Anuario de Derecho Probatorio del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio. Profesor de Filosofía y Teoría del Derecho en UDELAR y UCU. Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

Consejo Editorial

Maximiliano Aramburo Calle

Federico Bueno de Mata

Raymundo Gama Leyva

Alejandro Guevara-Arroyo

Selva Klett

María Victoria Mosmann

Santiago Pereira Campos

Gabriel Valentin

Diana Veleda

Serrana Delgado Mateiga

Presidente

Lucía Fernández Ramírez

Vicepresidente

Carlos Noble

Secretario

Boris Rodríguez

PRESENTACIÓN

Ignacio M. Soba Bracesco*
Santiago Martínez Morales**

Es una gran alegría para el Foro Uruguayo de Derecho Probatorio (FUDP) presentar la publicación de este primer número del Anuario de Derecho Probatorio.

Su origen se remonta a una simple idea, gestada en el contexto de una charla informal mantenida entre algunos integrantes del Foro, en la que especulábamos sobre cuales podían ser las posibles acciones a futuro para continuar consolidando este espacio de reflexión académica que es el FUDP. Allí se reúne una viva comunidad de académicos que aunque individualmente se desempeñan en distintas áreas, poseen una preocupación común: razonar sobre la prueba. Por lo tanto, nos parecía fundamental realizar actividades y proyectos que implicasen unir al grupo en aras de alcanzar un objetivo común. Y este Anuario fue producto de ello.

Deseamos agradecer a todos quienes han hecho posible esta publicación. En especial, a los autores que remitieron sus trabajos para ser publicados en el número inaugural del Anuario de Derecho Probatorio. Sin su aporte este proyecto no sería viable. Trabajar en la elaboración de una publicación periódica no es tarea sencilla. Primero se necesita establecer un concepto que guiará el objetivo de la publicación y luego es necesario dedicar mucho tiempo a coordinar aspectos como la conformación del Consejo Editorial, realizar las convocatorias, recepción de artículos y demás. Este proceso se vuelve ameno cuando contamos con la participación de autores comprometidos con el proyecto, y al mismo tiempo comprometidos con la investigación y el intercambio de ideas.

* *Director.*

** *Secretario de redacción.*

Este primer número reúne una serie de trabajos que aunque ricos en su individualidad, resultan más ricos aun si se los mira desde la conformación de una misma obra. Todos ellos enriquecen el presente número al aportar distintas visiones -desde distintos niveles de abstracción- sobre aspectos probatorios -generales y especiales- de relevancia práctica indiscutible. Aquí se ha trabajado sobre la concepción racional de la prueba y valoración; prueba y tecnología; la exclusión probatoria y cuestiones conceptuales acerca de la prueba ilícita; producción de prueba con niños, niñas y adolescentes; la declaración de parte; la prueba pericial de parte y la prueba pericial en el proceso penal; el reconocimiento de personas; el principio de proporcionalidad, el *case management* y su incidencia en la prueba.

Se incluye, asimismo, una valiosa sección de jurisprudencia en la que se nos ilustra con comentarios de sentencias de actualidad, que sirven para mostrar cómo asumen los tribunales algunos desafíos en materia probatoria.

La gran pluralidad de países desde los cuales participan sus autores es también un dato que no podemos ignorar. Contamos, para este lanzamiento, con aportes de académicos de Brasil, Chile, Ecuador, España, México y Uruguay. Todos estos autores tienen algún vínculo con el FUDP o sus integrantes, lo cual demuestra el alcance y dimensiones que ha tomado nuestra organización.

Esperamos que los trabajos que se incluyen en este primer número del Anuario resulten útiles e interesantes, así como grata su lectura. Apostamos por seguir brindando espacios para encontrarnos, divulgando el Derecho y el razonamiento probatorio.

ARTÍCULOS

LA PERICIA DE PARTE: PRUEBA, NO ALEGACIÓN

Rodrigo Almeida Idiarte*

I. Planteo del tema

En Uruguay, existen dos lecturas acerca de cuál es la naturaleza que debe atribuirse a la pericia de parte: la que considera que es un medio de prueba, y la que entiende que es un acto de alegación.

Cardinal y Klett (1997), en el trabajo titulado “El informe del asesor técnico de la parte: su naturaleza jurídica y valoración”¹, señalaron que: “el informe del consultor privado, no constituye dictamen pericial, no se trata de un medio de prueba, sino de un acto de alegación, integrado a los actos de proposición de la parte” (pág. 210). Esta postura ha tenido una gran recepción jurisprudencial, particularmente en los tribunales especializados en la materia civil. Así, pueden verse sentencias en las que se incluyen citas como la siguiente: “Existe extendido consenso en que los informes de los asesores técnicos de las partes no constituyen prueba pericial, sino que deben ser considerados como actos de alegación”².

Los ya mencionados autores defienden su tesis expresando que

“las ritualidades que proceden la investidura del encargo judicial tienden a preservar una de las condiciones básicas del perito, su imparcialidad, y echan por tierra la tesis de que el consultor privado

* Abogado. Profesor Adscripto de Derecho Procesal. Especialista en Derecho Procesal (Facultad de Derecho, Universidad de la República). Magister en Razonamiento Probatorio por la Universitat de Girona (España) y la Università degli Studi di Genova (Italia). Email: rodrigoalmeidiarte@gmail.com.

¹ CARDINAL, F., KLETT, S. (1997). “El informe del asesor técnico de la parte: su naturaleza jurídica y valoración”, en *IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Rivera, Fundación de Cultura Universitaria, págs. 209-217. Vale decir que el uso de la expresión “informe de asesor técnico de la parte”, en lugar de “perito de parte” es de por sí sugerente.

² Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno, Sentencia N° 130/2021 de fecha 30 de agosto de 2021, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional.

pueda ser asimilado al perito, a la hora de establecer el peso convictivo del informe... La elección privada del asesor constituye un acto de parte, por lo cual siempre es parcial y en consecuencia carece del carácter de órgano... al carecer del rasgo típico diferencial del perito –su imparcialidad– no puede de ningún modo ser considerado como tal” (Cardinal y Klett, 1997, págs. 211 y 214).

Por el contrario, hay quienes entienden que la pericia de parte es un medio de prueba. A mi criterio, Facal (2021) es quien ha desarrollado esta idea con mayor precisión. La autora advierte las incongruencias de la tesis contraria, reparando en los distintos significados del término “imparcialidad”, y defiende la unidad del sistema probatorio en su conjunto, refiriendo a la Ley N° 19.246.

La discusión no se ciñe a una cuestión puramente teórica: sostener una u otra postura significa asumir las consecuencias procesales que enunciaré a continuación.

La pericia de parte como acto de alegación	La pericia de parte como medio de prueba
Las partes no estarán alcanzadas por las limitaciones temporales previstas para el ofrecimiento de los medios de prueba. Ello significa que el informe del perito de parte podrá ser agregado en cualquier oportunidad, incluso en ocasión de los alegatos del bien probado. En este último caso, se impedirá que el perito pueda ser interrogado acerca de sus conclusiones, y que la parte contraria pueda cotejar la información que ingresa al proceso en ese momento (cf. Facal, 2021).	Las partes estarán alcanzadas por las limitaciones temporales previstas para el ofrecimiento de los medios de prueba (<i>principio de preclusión</i>).
Las contradicciones que surjan entre los actos de proposición y el informe del perito de parte se analizarán, en principio, en un plano dialéctico. En	La cuestión excede el plano dialéctico, por lo que deberá dirimirse en el terreno probatorio.

La pericia de parte como acto de alegación	La pericia de parte como medio de prueba
<p>tales casos, se asumirá que estamos frente a una demanda o defensa contradictoria, en lugar de concluir que no está probado que “P”. Cardinal y Klett (1997), sostienen que de acuerdo a la oportunidad procesal en la que se incorpora el informe, estas contradicciones podrán derivar en la admisión de un hecho contrario al interés de la parte proponente, o en la confesión de un hecho controvertido (pág. 217). En esta línea de razonamiento, podría suceder que se restrinja el objeto de la prueba por haberse producido un “hecho pacífico” (Taruffo, 2009, pág. 150), o que se extraiga una confesión en base a una declaración prestada por un sujeto distinto a quien se le imputan sus efectos.</p>	
<p>Las conclusiones formuladas por el perito de parte deberán ser corroboradas –necesariamente– por otros medios de prueba. Considerando los momentos de la actividad probatoria a los que hace referencia Ferrer Beltrán (2007), esto incide especialmente: (I) en la composición del acervo probatorio, ya que la parte que agrega el informe estará incentivada a ofrecer otros medios de prueba tendientes a acreditar las afirmaciones periciales, y (II) en la toma</p>	<p>La pericia de parte será considerada como cualquier medio de prueba, y será valorada oportunamente.</p>

La pericia de parte como acto de alegación	La pericia de parte como medio de prueba
de decisión, puesto que si no se corroboran esas afirmaciones operarán las reglas previstas para la carga de la prueba.	

En este trabajo, intentaré desarrollar una serie de ideas en contribución a la tesis que afirma que la pericia de parte es prueba y no una alegación.

II. A propósito de la “im/parcialidad”

Los autores que defienden la idea de que la pericia de parte constituye un acto de alegación procesal, y no una prueba, indican que: (I) el perito de parte es parcial, por haber sido seleccionado por ella; y (II) el perito oficial es imparcial, por haber sido elegido por el tribunal, en el marco del proceso³. Sin embargo, ello da cuenta de que la “im/parcialidad” se asocia –únicamente– a la “relación directa (o indirecta) con las partes por su selección como experto” (Vázquez, 2018, pág. 73).

En el ámbito del razonamiento probatorio, se ha dado cuenta de que el término en cuestión admite por lo menos tres significados: la “im/parcialidad” de origen (a la que hemos apuntado); la “im/parcialidad” cognoscitiva; y la “im/parcialidad” disposicional. En efecto, el perito podrá ser parcial, en función a la relación que mantenga con alguna de las partes (de origen); en función de haber “fundado su actuación en información incompleta, parcial, bien porque teniéndola no la consideró relevante, bien porque no la tuvo a disposición” (cognoscitiva, cf. Vázquez, 2018, pág. 81); o en función de la “disposición a causa de las circunstancias personales, el propio carácter o las emociones del sujeto que la sufre para actuar favoreciendo (perjudicando) a un tercero” (disposicional, cf. Vázquez, 2018, pág. 94).

En esta línea, Vázquez sostiene que: “un buen experto/perito puede cometer errores inferenciales en un caso concreto por tomar en cuenta sólo una parte

³ Esta lectura denota un prejuicio en contra del perito de parte, al que se le atribuye fuerza normativa.

de la información disponible o siendo inconsciente de que sus emociones o su carácter han contaminado su proceso de conocimiento” (2018: pág. 72). A vía de ejemplo, puede pensarse en el perito oficial que debe pronunciarse acerca de la relación de causalidad de un evento “X” que, en otra oportunidad, lo ha vivenciado de manera personal.

Los distintos significados del término “im/parcialidad” ponen en jaque la idea de que el perito oficial será siempre imparcial, y que el encargo judicial es capaz de ofrecer las garantías por las que los operadores jurídicos se suelen hipnotizar. De hecho, ello ha contribuido a la divinización de la prueba pericial oficial, sin cuestionarnos, por ejemplo, como se conforman los listados de peritos, extremo al que referiré luego.

Asimismo, las distinciones conceptuales a las que he referido previamente permiten dar cuenta de lo contra-epistémica que resulta ser la propuesta de considerar a la pericia de parte como un acto de alegación procesal. Si se cree que la “im/parcialidad” constituye un dato revelador a la hora de determinar qué es prueba y qué no lo es, entonces la prueba pericial oficial tendría la virtualidad de mutar su naturaleza, por ejemplo, en relación a la forma en la que se comporta el perito. Aún más, si lo que produjera este distingo fuera la “im/parcialidad” de origen (lo que surge de las ideas de quienes postulan dicha tesis), entonces cabría preguntarse por qué se considera prueba a las declaraciones de los denominados “testigos sospechosos”, los que por mantener un vínculo de parentesco, amistad, relación de dependencia, etc., con alguna de las partes del proceso (art. 157 Código General del Proceso Uruguayo), tienen “comprometida” su imparcialidad.

Si bien puede suceder –generalmente sucede– que los resultados del informe favorezcan el relato explicativo propuesto por quien plantea su agregación (lo que hace a la estrategia procesal de los abogados), ello no impide que “la razón que ese perito otorgue a las partes no pueda estar sustantivamente justificada” (Vázquez, 2018, pág. 74). Y si el informe puede ofrecer una razón “sustantivamente justificada”, entonces constituirá un elemento que podrá ser utilizado para “establecer la verdad acerca de los hechos de la causa” (TARUFFO, 2008, pág. 15), tratándose por tanto de prueba. Incluso, la prueba pericial de parte puede ser de gran utilidad cuando se pretende ofrecer en calidad de “prueba sobre prueba”, para cuestionar la fiabilidad de la pericia oficial previamente practicada.

Personalmente, creo que quienes estiman que la pericia de parte constituye un acto de alegación, utilizan la “im/parcialidad” de origen para encubrir ac-

ciones de corte paternalista⁴. Decir que la pericia de parte es un acto de alegación, supone desarrollar una construcción que tiene la pretensión de habilitar a que los jueces sorteen la información pericial, considerada como un elemento de prueba. Este mensaje ha sido captado por la jurisprudencia, quien establece la necesidad de: “impedir que se intente producir una pericia complaciente a la parte en forma encubierta”⁵.

Sin embargo, y sea cual sea la naturaleza que le atribuyamos a la pericia (la de parte), las premisas que se introduzcan a través del informe del perito serán objeto de discusión, lo que obliga a que el tribunal deba desarrollar argumentos contra esas afirmaciones, si es que las va a desestimar.

III. Selección imparcial es distinto a “im/parcialidad”

Como vengo de advertir, no es correcto pensar en que el perito oficial será imparcial por el simple hecho de haber sido investido judicialmente. Tampoco ello da cuenta alguna de sus credenciales o de su *expertise*. Por ello, me parece importante reflexionar –brevemente– acerca de cómo se eligen los peritos que integran las listas del Poder Judicial, cuestión que hemos omitido por concentrarnos en discusiones banales.

Al respecto, resultan interesantes las consideraciones formuladas por Vázquez (2018: pág. 75) al señalar que:

“La conformación de un listado de supuestos expertos disponibles para actuar como peritos en un proceso judicial, evidentemente, puede realizarse a partir de criterios muy diversos que no necesariamente aseguran ni siquiera la *expertise* de los sujetos en ellos incorporados, por no hablar de la calidad de su trabajo en general y menos aún de la calidad de su participación en procesos judiciales concretos. Algunas veces tales listados obedecen simplemente a la satisfacción de requisitos formales, a la filiación de cierta agrupa-

⁴ El paternalismo epistémico ha sido entendido como “una política hacia los juzgadores de los hechos para protegerles de ellos mismos, dado el supuesto impacto que podría causar en su razonamiento la admisión de elementos de juicio de carácter experto, pese a la relevancia de éstos para la resolución del caso en cuestión” (Vázquez: 2015, pág. 141).

⁵ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia N° 108/2020 de fecha 24 de junio de 2020, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional.

ción o incluso a la mera disponibilidad para participar en la arena jurisdiccional. En ocasiones, tales listados son realizados por los propios órganos (administrativos) de los poderes judiciales”.

En Uruguay, la Acordada N° 7449/2002 del 20 de febrero de 2002, hace referencia al “sorteo” como sistema de selección de los peritos oficiales. Este sorteo se hace en función a un listado que confecciona el Poder Judicial. En lo que al punto respecta, debe considerarse que si bien el “sorteo” constituirá un sistema de selección imparcial, ello no determina que el experto seleccionado lo sea (Vázquez: 2018, pág. 72).

Para ingresar al sistema de listado, el art. 2 de la Acordada N° 7449/2002 exige que los postulantes cumplan con una serie de requisitos, a saber: (I) completar el curriculum mínimo estandarizado disponible en la página del Poder Judicial; (II) agregar documentación que acredite los conocimientos artísticos, científicos o técnicos declarados, aunque excepcionalmente se admita que esa documentación se supla “mediante referencias personales del aspirante, que refieran a su idoneidad técnica, y sujeto a su valoración por la Comisión Evaluadora”; (III) la acreditación de la ética profesional del aspirante; (IV) la acreditación de un mínimo de tres años en el ejercicio de la actividad o profesión; y (V) elección del área geográfica en la que quieran desarrollar su actividad. La Comisión Evaluadora, estará integrada por tres miembros: A) un representante de la Suprema Corte de Justicia; B) un representante de la Asociación de Magistrados del Uruguay; y C) un representante de los peritos integrantes del Registro Único de Peritos” (art. 26).

Como podrá verse, la nómina de exigencias para el ingreso al listado no es clara. A vía de ejemplo, podemos preguntarnos cómo se valoran las “referencias personales” a las que alude la norma (en sustitución de la documentación que acredite los “conocimientos” científicos, técnicos, artísticos, etc.), o si la elección de un área geográfica determinará que, en aquellas zonas en las que no exista un buen número de postulantes, se flexibilicen los criterios de selección para dar cumplimiento a los objetivos institucionales del Poder Judicial. Aún más, cabe preguntarse si la Comisión Evaluadora tiene las capacidades para medir la idoneidad de los postulantes, cuando la misma se integra por dos jueces, y por un perito que puede estar ahí por el simple hecho de haber cumplido con un *check list*. No estoy cuestionando la legitimidad de quienes han cumplido con dicho rol, pero es bueno preguntarse si no deberíamos reflexionar más sobre esto.

Superados estos temas, cabe preguntarse si el “experto” resultante del sorteo se encuentra apto para desarrollar el encargo en concreto, si es la mejor opción para officiar en ese proceso, y si es imparcial con el alcance que le hemos dado al término “im/parcialidad”.

Pues bien, la investidura judicial no nos asegura los resultados que hemos creído que tiene. Incluso, es factible pensar que un perito de parte puede resultar más idóneo –que el oficial– para acercarnos información a un determinado proceso.

IV. Las señales de nuestro sistema normativo

Volviendo al quid de la cuestión, ya he referido a la enorme difusión –y recepción– de la tesis que sostiene que la pericia de parte constituye un acto de alegación, y no un medio de prueba. Por el contrario, la normativa uruguaya ha dado otras señales.

En agosto de 2014 se aprobó la Ley N° 19.246 sobre “Regulación del Derecho Comercial Marítimo”, la que en su art. 2, bajo el acápite “Peritos navales, comisarios de averías, *surveyors* e inspectores”, dispuso:

“Sin perjuicio de la actuación de peritos judiciales, las partes en un juicio podrán agregar a la causa peritajes privados. También las partes podrán agregar opiniones de expertos, de reconocida idoneidad, sobre aspectos técnicos de su especialidad. El perito de parte o los expertos, en su caso, podrán ser citados a declarar en el juicio de oficio, o a petición de cualquiera de las partes, para requerirle aclaraciones o ampliaciones sobre el informe producido.

La opinión de los peritos privados o expertos será evaluada por el tribunal de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Podrá ser admitido el peritaje privado producido por un perito que actúe en el extranjero”.

Al día de hoy nos encontramos frente a la incoherencia de que la pericia de parte será considerada prueba, o un acto de alegación procesal, según cual sea el proceso que se esté tramitando. Sobre la base de este escenario, Facal (2021) ha planteado la necesidad de uniformizar el régimen de la pericia de parte, sos-