



Prueba anticipada proactiva en el nuevo Código Procesal Civil brasileño Por Matías A. Sucunza y Francisco Verbic¹

Contexto de lectura

Constituye una constante, en todas las latitudes, la preocupación creciente acerca de la ineficiencia e ineficacia de la prestación del servicio de justicia. Dicho déficit responde a problemas y desafíos múltiples, confluentes y estructurales que dejan en evidencia la incapacidad del sistema de administración de justicia para desactivar, en los términos constitucional y convencionalmente impuestos, los conflictos que se le plantean. El tiempo que insume la justicia para procesar las contiendas, su tensión con la exigencia de un plazo razonable², el debido proceso y el derecho a una decisión justa, la incidencia de la transformación de la dimensión del tiempo en la modernidad líquida y la mayor reflexividad social acerca de ello, la creciente demanda de justicia, la complejidad (social, política e institucional) de las cuestiones objeto de disputa, el expreso reconocimiento constitucional-convencional de una larga lista de derechos individuales y colectivos, el rol del Estado en el marco de un mundo globalizado (profundamente desigual, con niveles de pobreza extrema y sociedades cada vez más activas y plurales), la consagración de situaciones diferenciadas en torno a valores, bienes y sujetos de especial protección que exigen la adopción de medidas positivas, específicas y efectivas tendientes a restaurar el desequilibrio preexistente, la preeminencia institucional y cultural del régimen adversarial, las profundas limitaciones en el acceso a la justicia, la falta de confianza en las instituciones (en general, y en la judicial, en particular) y la mayor conciencia y agencia individual y colectiva, son solo algunas de las cuestiones involucradas en el desafío que enfrentamos en este campo.

Es en este contexto que el derecho procesal ha tenido que comenzar a reinventar su ingeniería para poder dar sentido a su razón fundamental de ser: cumplir con el fin instrumental de servir de herramienta para resolver conflictos humanos en los que se juega la satisfacción de derechos. El nuevo Código Procesal Civil brasileño (CPC) no es ajeno al marco identificado hasta aquí, y consciente de ello, procura hacerse cargo de algunas de las objeciones planteadas propiciando ciertas soluciones que pueden ser de ayuda al efecto. Entre ellas se encuentra la posibilidad de producir prueba anticipada a fin de evitar o facilitar la composición del litigio o, eventualmente, mejorar la preparación de la *litis*.

Prueba anticipada proactiva: una alternativa viable para la composición informada y justa del conflicto

En términos generales, la prueba anticipada ha sido concebida dentro de la teoría general del proceso y de la prueba como un instrumento para que cualquiera de las partes tenga la posibilidad de conservar ciertas fuentes de prueba antes de la interposición de la pretensión o durante su desarrollo, siempre que éstas fuesen necesarias para la resolución del conflicto y se demuestre su probable imposibilidad de producción adecuada durante la etapa probatoria (necesariamente posterior en el tiempo). De allí el carácter de anticipada y excepcional con que, en la lógica *normal* del proceso, ha sido reglada e interpretada en todos los códigos procesales argentinos y en el anterior CPC³.

Ahora bien, ¿cuál es el sentido de prohibir o interpretar restrictivamente la producción de algún tipo de prueba que pueda proporcionar a las futuras partes y al juez información trascendente y relevante en miras al conflicto, su análisis y resolución? ¿No deberíamos repensar la posibilidad de que las partes intercambien antes de judicializar el conflicto la información que detentan, para evaluar así de manera informada sus posiciones y el éxito de su eventual pretensión? En la medida que el contradictorio esté garantizado, si se puede controlar la producción de la prueba, si ella reporta conocimiento acerca de la posición de las partes y se adquiere para el proceso, ¿cómo y en qué términos es posible afirmar el quebrantamiento de la igualdad procesal y la defensa en juicio? Ante estos planteos, resulta evidente que lo que entra en crisis es la secuencia ortodoxa del proceso. Crisis que demanda, a nuestro modo de ver, la necesaria reformulación de aquél.

En consonancia con las objeciones expuestas, el nuevo CPC brasileño trae consigo una ruptura paradigmática en la materia que va en línea con la restructuración que ha ido adquiriendo el proceso civil en distintos lugares del mundo durante las últimas décadas y que encuentra, en las diversas formas de instrucción preliminar, su mejor expresión⁴.

En ese sentido, si bien la novel regulación brasileña se efectúa en el marco de la prueba anticipada, tiene la misma finalidad que las medidas de instrucción preliminar: proporcionar a las partes un mayor conocimiento acerca del conflicto para ponderar en función de ello el mérito de sus planteos y facilitar la composición del asunto. De ese modo, y más allá de la falta de sistemática y los cuestionamientos de diverso orden que podrían señalarse, emerge como un elemento de relevancia para impulsar un cambio de

¹ Este trabajo condensa algunas de las ideas centrales que desarrollamos en el capítulo que escribimos para el libro *Direito Probatório* (Tomo IX, "Novo CPC e Novos Temas"; Edit. Jus PODIVM, Brasil), titulado "Prueba anticipada en el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos", coordinado por Fredie Didier Jr. y organizado por William Santos Ferreira y Marco Félix Jobim.

² CIDH, *Caso Furlán y familiares vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); ver art. 4 del CPC.

³ Ver los derogados artículos 846 a 851 del anterior CPC.

⁴ Ver con relación a esto los desarrollos sobre el modelo constitucional que ha adoptado el derecho procesal civil en Brasil en Scarpinella Bueno, Cassio "Curso sistematizado de direito processual civil", 5ta edición, Ed. Saravia, 2012, Tomo I, pp. 130-186 (en especial lo que hace a la igualdad, economía, eficiencia y efectividad del proceso). El derecho comparado ofrece una serie de institutos que pueden ser útiles, en tanto experiencia, pautas de análisis y referencia, para pensar en el entendimiento, alcance e interpretación que puede imprimirse a la prueba anticipada proactiva en el marco del CPC. Entre otros, el *discovery* estadounidense, la *consulenza técnica preventiva affini della composizione della lite italiana* (art. 696 bis del CPCC), la pericial anticipada del art. 485 de la ZPO alemana, el *référé probatoire o préventif* francés (art. 145, CPCC) o las *pre-action protocols* de Inglaterra.

concepción acerca del abordaje de los conflictos, el rol del abogado, la utilización de los medios autocompositivos y el sentido del proceso.

En cuanto a la regulación, el artículo 379 del CPC establece que se permitirá la producción temprana de prueba cuando: (i) haya fundado temor de que vaya a tornarse imposible o muy difícil de comprobar ciertos hechos durante el trámite del proceso; (ii) la prueba a producirse sea susceptible de viabilizar la autocomposición u otros medios adecuados de resolución de conflictos; o (iii) el conocimiento previo de los hechos permita justificar o impedir el enjuiciamiento del caso. Es decir, que la nueva norma estipula por lo menos dos tipos de prueba anticipada: la conservativa (aquella que se corresponde con la tradicional prueba anticipada), y la que llamaremos, en línea con lo expuesto por el profesor Sosa, proactiva⁵.

La prueba anticipada proactiva, en la cual englobamos los incisos (ii) y (iii), es aquella cuya producción puede concurrir, mediante la información que reporta a los interesados sobre cualquier aspecto del conflicto, a viabilizar la autocomposición del mismo por cualquier medio alternativo de resolución de controversias, así como también a facilitar el conocimiento previo de los hechos para justificar o impedir la interposición de una demanda judicial.

En los términos reglados por el legislador brasileño, el alcance de esta clase de prueba es verdaderamente amplio. Las condiciones a las que se encuentra sometida la admisibilidad y procedencia de ésta son: (i) alegar y demostrar la aptitud de la prueba para viabilizar la composición del conflicto; y (ii) la necesidad de conocer previamente ciertos hechos a fin de saber si está justificada o no la eventual interposición de la demanda. En el primer supuesto, el estándar estará asociado a la pertinencia y conducencia de la *prueba* para acreditar el punto controversial del conflicto⁶. En el segundo supuesto, la parte deberá alegar y acreditar un estado de duda acerca de ciertos hechos que son relevantes para determinar el sustrato y suerte de su pretensión⁷. Acreditándose los presupuestos normativos, no existe ningún tipo de limitación con respecto a las fuentes y medios probatorios que puedan producirse.

Los fines que persigue la prueba proactiva son: (i) Facilitar la composición del conflicto a través del conocimiento que reporta a las partes la producción e “intercambio” de pruebas, promoviendo su autocomposición o resolución alternativa (evitando así su judicialización); (ii) Permitir la adecuada preparación del proceso ante el fracaso de la solución compositiva; (iii) Posibilitar la fijación y comprobación de hechos fundamentales para la futura pretensión; y (iv) Evitar la promoción de pretensiones infundadas.

Entre las ventajas que esta institución reporta podemos destacar: (i) La posibilidad de solucionar de forma justa el conflicto a través de la negociación informada entre las partes, evitando la promoción del proceso; (ii) Permite evaluar la conveniencia de encarar un juicio y las chances de éxito que justifiquen la inversión de tiempo y dinero que ello implica⁸; (iii) Contribuye a reformular y mejorar la estrategia jurídica antes de incoar la demanda; (iv) Favorece la oportunidad de comunicarse y conversar entre los contendientes de manera informal y realista, en virtud del mayor conocimiento entre posibilidades de éxito y riesgos que reportan las pruebas producidas; (v) Posibilita mejores condiciones institucionales para la promoción de cambios culturales en nuestras prácticas jurídicas que facilitarían la solución de conflictos sociales; (vi) Facilita la seriedad sustantiva y argumental de los planteos; (vii) Propende a evitar, disminuir o maximizar la economía de tiempos y recursos, tanto de los propios contendientes como del servicio de administración de justicia; (viii) Constituye un medio para favorecer la igualdad de armas entre las partes y evitar el perjuicio de la incidencia del tiempo en la defensa de los derechos.

La implementación del instituto deberá ponderar, a fin de no frustrar o limitar su alcance, disímiles factores culturales e institucionales que pueden operar como defensas reactivas del *status quo*. Para ello serán de gran utilidad las distintas herramientas que brinda el propio CPC (por ejemplo, distribución especial de la carga de la prueba, instauración de la idea de colaboración como regla, sanciones, imposición de costas, etc.)⁹, las cuales permitirán generar incentivos en la utilización y rendimiento de la prueba anticipada, evitando al mismo tiempo los abusos en este campo.

En definitiva, entendemos que la alteración del orden cronológico en la producción de ciertos medios probatorios que se logra a través de esta clase de medidas no altera la esencia y finalidad del proceso ni la igualdad entre las partes, siempre que el intercambio sea pleno en términos de información. Por el contrario, postulamos que las innovaciones del CPC brasileño en la materia reafirman tales principios al permitir una solución más justa y eficiente del conflicto o, eventualmente, la mejor preparación de la *litis* a desarrollar, facilitando así el acceso a la justicia.

⁵ Ver arts. 379, 380 y concs., CPC. Sosa, Toribio Enrique, *La prueba anticipada con finalidad proactiva*, Aportes para una justicia más transparente, Roberto O. Berizonce (Coordinador), Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pp. 365 y siguientes.

⁶ Siendo que en muchos casos la posible composición del litigio no depende de una única prueba, consideramos que el criterio interpretativo debe ser generoso, permitiendo utilizar y concretar la producción de todos aquellos medios probatorios que los intervinientes estimen aptos y que, con relación a los argumentos fácticos y jurídicos que expongan, el juez evalúe puedan ayudar a informar a las partes, conocer sus posiciones y arribar a la composición del conflicto (ver art. 380 parágrafo 3º, CPC).

⁷ De ese modo, si bien esta prueba estaría relacionada con la preparación correcta de la demanda, es fácil advertir que, al mismo tiempo, brindará a las partes información importante para la toma de mejores decisiones con relación al conflicto.

⁸ Villa, Sebastián P., *La preparación adecuada del proceso ¿No necesitamos repensar las diligencias preliminares?*, Ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ciudad de Santa Fe – 8 al 10 de junio de 2011. Participantes del Concurso de Jóvenes Ponentes.

⁹ Ver arts. 1, 2, 5, 6, 7, 331, 355, 356, 357 y concs., CPC. Sobre cargas y deberes probatorios de las partes en el nuevo CPC ver de Paula Ramos, Vitor “Cargas y deberes probatorios de las partes en el nuevo CPC brasileño”, En Cavani, Renzo –de Paula Ramos, Vitor (Coordinadores) “Prueba y proceso judicial”, Instituto Pacífico S.A.C., 2015. Con anterioridad a la reforma, ver Scarpinella Bueno, Cassio “Curso sistematizado de derecho procesual civil”, 5ta edición, Ed. Saravia, 2012, Tomo II, pp. 288 y ss; Rodríguez Wambier, Luiz (Coordenação) “Curso Avançado de processo civil”, V. 1, 10ª Edição revista, atualizada e ampliada, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, pp. 457-459.