

Sobre el precepto "nemo tenetur edere contra se"  
(nadie está obligado a proporcionar prueba contra sí)<sup>1</sup>

Por Jorge W. Peyrano

Como punto de partida, debemos recordar que el brocárdico *nemo tenetur edere contra se* es un precepto de derecho procesal probatorio, según el cual nadie puede ser compelido a suministrar pruebas en su contra, beneficiando al adversario **(1)**. En verdad, la vigencia de dicho aforismo en materia procesal civil es meramente folclórica, y conste que no nos pertenece dicha afirmación. Es Couture quien destaca lo siguiente: "Pero el tal aforismo no es la reproducción de ninguna fórmula de derecho positivo histórico. Por lo menos, luego de la búsqueda más cuidadosa que nos ha sido posible, no le hemos hallado fuente auténtica. Es algo así, como un pasaje de folklore jurídico, según clasificara agudamente un autor a estos preceptos de origen desconocido, que por tradición, comodidad o pereza se vienen transmitiendo a lo largo del tiempo" **(2)**. Mercader, en cambio, sin dejar de negarle validez se preocupa por poner de resalto que *nemo tenetur edere contra se* es aforismo romano, pero de procedencia bárbara, fluido de la jurisdicción germánica cuando el pleito se resolvía en una lucha ante la Asamblea Popular. Entonces se justificaba que ningún combatiente fuera obligado a colocarse en una posición desventajosa. La ordenanza cuidaba de asegurarles posibilidades iguales. Esta idea, por motivos de afinidad, fue asimilada después a las garantías públicas del proceso penal, especialmente cuando el derecho reaccionó contra las crueldades medioevales que, para nosotros, se objetivan en los interrogatorios del "Santo Oficio" **(3)**. A tenor de todo ello, cae por su base el mito de la vigencia irrestricta del

---

<sup>1</sup> Publicado en el Boletín Diario LL del 19.5.21, cita on line: AR/DOC/1376/2021

precepto de marras. Pero amén del análisis histórico del mismo, también el estudio de la realidad de todos los días permite arribar a igual conclusión. Es que todas las leyes procesales civiles instrumentan y regulan la prueba de absolución de posiciones -hoy Declaración de parte en algunos lugares **(4)**- y, sin duda, que quien absuelve posiciones está suministrando material de evidencia a su adversario en la litis **(5)**. Igualmente, la obligación de exigir documental en poder de una de las partes también viene a acumular argumentación en sentido contrario al reinado ilimitado del mencionado precepto **(6)**.

Es menester subrayar que el brocárdico en cuestión se contrapone frontalmente con la institución del Derecho Procesal Civil federal estadounidense conocido como *pre-trial discovery process* que funciona con buen suceso.

Un primer vistazo inadvertido del art. 18 de la CN **(7)** posibilita la errónea creencia acerca de que el aludido precepto merece observancia también en sede civil.

Ya hemos señalado que tan contundente declaración se circunscribe al proceso penal. Pese a ello, no faltan ocasiones que se invoca **(8)** y hasta aplica en materia civil el apotegma referido **(9)**.

El mencionado procedimiento federal estadounidense apunta a lograr que las partes no "escondan las cartas". Veamos ahora algunos de los elementos principales que integran dicha figura. Se trata de un mecanismo regulado por los arts. 26/37 de la *Federal Rules of Civil Procedure*. Dicho trámite permite a los litigantes preparar un proceso civil mediante el requerimiento directo de pruebas formalizado a la otra parte. Tal petición versa habitualmente sobre documental en poder de la contraria o *depositions* (testimonios orales extrajudiciales) que son testimonios requeridos a las partes que deben prestarse bajo juramento y sin la presencia del juez. Merced a la susodicha institución las partes pueden tomar noticia de las pruebas existentes en poder de la contraria, concretar mejor el objeto de litis, recopilar pruebas para

el posterior proceso judicial; favoreciendo, además, la posibilidad de lograr conciliaciones.

Si la parte requerida no satisficiera la petición que se le reclama puede postularse una *motion to compel*. La falta de cumplimiento del susodicho mandato puede provocar severas sanciones y hasta la aplicación de la *adverse inference* de la que el magistrado puede sacar importante evidencia que fluye de la resistencia de la parte requerida a proporcionar elementos probatorios en cuestión. La intervención del juez durante el decurso de la tramitación el *discovery* es excepcional y solo procede (mediando controversias insalvables) como recurso último.

Cabe acotar que el mencionado instituto procesal estadounidense fue incorporado a las denominadas Bases **(10)**, que lo fueran del proyecto 2019 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación **(11)**, a la postre frustrado.

Que el dogma que sirve de título al presente se opone a la realidad del proceso civil federal estadounidense que, con éxito, recibe el apelativo completo de *pre-trial Discovery process*.

Los "signos de los tiempos" indican no solo que debe archivarse la aplicación irrestricta del *nemo tenetur edere contra se*, sino también que es menester experimentar con algunas de las enseñanzas del "discovery" en nuestro terreno probatorio. Entonces, se impone que medidamente, se deba explorar (tal como lo hicieron las Bases) los alcances actuales de la veda de obligar a las partes a generar prueba que beneficiaría a la contraria.

- N O T A S -

(1) MERCADER, Amílcar, "La jurisdicción y la prueba Investigaciones en el cuerpo humano", LA LEY 23-132.

(2) COUTURE, Eduardo, "Sobre el precepto *nemo te netur edere contra se*" en Revista de Derecho Procesal, año I, 1943, p. 53.

(3) MERCADER, Amílcar, "La jurisdicción...", ob. cit., p. 134.

(4) Bajo esta denominación se encuentra regulado en las provincias de La Pampa, Chaco, Corrientes.

(5) PEYRANO, Jorge W., "Valor probatorio de los medios de confirmación no legislados y aceptados plenamente por la técnica moderna", en Libro de Ponencias del XII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Rosario, 1983, p. 15.

(6) Art. 388 del Cód. Proc. Civ. y Com.: "Si el documento se encontrare en poder de una [1] de las partes, se le intimará su presentación en el plazo que el juez determine. Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo, constituirá una presunción en su contra".

(7) Art. 18, CN "... nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente".

(8) A. C. P., "Marginalias a la carga probatoria dinámica", LA LEY, 11/05/1998, p. 4.

(9) *Ibidem*

(10) Prueba anticipada: "Es necesario ampliar considerablemente los supuestos de anticipo de prueba. Puede servir como base el sistema del *discovery* vigente en la legislación de Estados Unidos que permite a las partes recoger material probatorio a su favor y conocer el material probatorio del contrario antes del juicio, mediante el pre-trial o prueba previa. Los principios fundamentales en que se funda ese instituto son los siguientes: a) cada una de las partes debe ser puesta en situación de establecer la existencia de prueba y de tomar vista antes del juicio del material probatorio de que quiere servirse el adversario, evitando así, en cuanto sea posible, el elemento de sorpresa; b) los expedientes dirigidos a obtener el material probatorio y a conocer el del adversario, no deben ser utilizados de mala fe y con el objeto de obstaculizar el proceso; c) el juez interviene solo en caso de controversia o de oposición y d) las actuaciones de prueba se incorporan durante el juicio (exhibición de actas y documentos) y pueden no ser admisibles...".

(11) Dicho proyecto fue confeccionado por una Comisión de Expertos, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.