

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2014
PLAN DE ESTUDIOS 2007**



Universidad de El Salvador

Hacia la libertad por la cultura

**“EL PRINCIPIO DE INMEDIACION DE LA PRUEBA EN SEGUNDA
INSTANCIA EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL”**

**TRABAJO DE GRADUACION PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS**

PRESENTADO POR:

**FUENTES MORENO, LIDICE VERALIZ
MARTINEZ ORTIZ, LOIDA ABIGAIL
OCHOA AMAYA, CLAUDIA ALEJANDRINA**

DOCENTE ASESOR: DR. JOSE ANTONIO MARTÍNEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, AGOSTO 2016

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Lic. José Luis Argueta Antillón

RECTOR INTERINO

Ing. Carlos Armando Villalta Rodríguez

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO INTERINO

Dra. Ana Leticia Zavaleta de Amaya

SECRETARÍA GENERAL.

Licda. Nora Beatriz Meléndez

FISCAL GENERAL.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANO

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández

VICEDECANO

Msc. Juan José Castro Galdámez

SECRETARIO

Lic. René Mauricio Mejía Méndez

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

Licda. María Magdalena Morales

COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACION DE LA ESCUELA

DE CIENCIAS JURIDICAS

TRIBUNAL CALIFICADOR

Lic. Josué Rubén Rivas Baires

PRESIDENTE

Lic. Elías Alexander Mejía Merlos

SECRETARIO

Dr. José Antonio Martínez

VOCAL

AGRADECIMIENTOS

Agradezco en primer lugar a mi padre DIOS TODOPODEROSO, por darme cada una de las bendiciones recibidas en mi vida y por ser la parte esencial para este logro alcanzado.

En segundo lugar a mis padres CARMEN Y TOMAS por brindarme toda su comprensión y confianza, amor y apoyo incondicional, en esta dura batalla que es la vida.

En tercer lugar a mis hijos ADIEL y ALDRIC, por ser cada uno el motor que impulso mi esfuerzo y dedicación para concluir una etapa más en mi vida, siendo ellos la razón para lograr este propósito.

A mis hermanos y familiares, por compartir mí objetivo y haberme impulsado ha realizarlo.

A mis amigos por sus oraciones y palabras de ánimo en los momentos más difíciles.

A mis compañeras de tesis por su comprensión y amistad durante este camino recorrido, en el que hay altas y bajas pero que en equipo logramos llegar a nuestra meta.

A todos GRACIAS.

LIDICE VERALIZ FUENTES MORENO

AGRADECIMIENTOS

“Al que puede hacer mucho más que todo lo que podamos pedir o imaginar,
a Él sea la gloria”.

Palmas y coronas sean sólo para Él.

Dedicado a la memoria de:

Juan E. Martinez

Eva Ortiz de Martínez

Laura Sofía Quesada Martínez

LOIDA ABIGAIL MARTINEZ ORTIZ

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, por darme la vida, por todas las bendiciones y por la ayuda que siempre me ha dado.

A ALEJANDRO OCHOA RAMOS, mi padre, mi mejor amigo, mi apoyo, mi todo gracias por todo papito lindo.

A AURA, BERNABE, FLOR, JESUS Y VICTOR mis mejores amigos, mis hermanos del alma.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS: ABIGAIL Y LIDICE, por el apoyo, la confianza y comprensión.

A DEMAS PERSONAS, que de manera directa o indirecta me impulsaron a seguir adelante.

“Jah nos mostrará siempre el camino correcto y nos guiará a los reales sentimientos, iluminará el camino y multiplicará el cariño”. (Nuestros Sueños)

CLAUDIA ALEJANDRINA OCHOA AMAYA

INDICE

INTRODUCCION.....I - III

ABREVIATURAS Y SIGLAS

CAPITULO I

HISTORIA Y EVOLUCION DEL PROCESO CIVIL Y DEL PRINCIPIO DE INMEDIACION

1. Origenes del derecho procesal.....	1
1.1 Sistemas Procesales en el mundo Clásico Antiguo.....	4
El Proceso Romano.....	8
El Periodo Justiniano.....	14
1.2 Sistemas Procesales después del Imperio Romano.....	15
El Antiguo Derecho Germano.....	16
La influencia del Derecho Canónico.....	18
Fase Legal o del Sistema de la tarifa Legal.....	19
Derecho Español.....	20
La Fase Científica, aproximación de los procesos civiles y penal.....	22
1.3 El Principio de Inmediación en la Historia.....	23
1.3.1 Ámbito de vigencia del principio de Inmediación.....	33
1.4 Historia del Proceso Civil en El Salvador.....	34
Código Procesal Civil y Mercantil.....	35

CAPITULO II

MARCO TEORICO DEL PRINCIPIO DE INMEDIACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL

2.1 Definiciones del Derecho Procesal Civil.....	39
--	----

2.2 Definición de Proceso Civil.....	40
2.3 Concepto y alcance del principio de inmediación.....	41
2.3.1 Definición del principio de inmediación.....	48
2.3.2 Inmediación en la actividad Probatoria.....	52
2.4 Generalidades sobre la Prueba.....	54
Definiciones de prueba.....	55
Naturaleza jurídica de la Prueba	56
Objeto de la Prueba.....	58
Los medios de Prueba.....	59
Principios Generales de la Prueba.....	62
Principio de necesidad de la prueba.....	63
Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba.....	64
Principio de contradicción de la prueba.....	65
Principio de Inmediación	66
Sistemas de valoración de la prueba.....	67
2.5 Generalidades de los recursos.....	69
Recurso de Apelación.....	71
Efectos de la Apelación.....	72
2.6 Segunda Instancia.....	74

CAPITULO III

MARCO LEGAL DEL PRINCIPIO DE INMEDIACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL

3 Principios y garantías constitucionales en el proceso civil.....	77
3.1 Fundamento constitucional y principios procesales constitucionales....	78
Principio de Igualdad	79
Principio de contradicción	80
Principio de acceso a medios impugnativos.....	81

3.2 Fundamento legal.....	83
Anteproyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica.....	84
Código de Procedimientos Civiles en El Salvador.....	89
Documento de bases para el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador.....	91
Código Procesal Civil y Mercantil.....	93

CAPITULO IV

ESTUDIO COMPARADO DEL PRINCIPIO DE INMEDIACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL

4 Derecho comparado.....	99
4.1 Legislación procesal civil de Chile	
4.1.1 Segunda Instancia en el Proceso Civil de Chile.....	100
4.2 Legislación Procesal Civil de España.....	101
4.2.1 Segunda Instancia en el proceso civil español.....	103
4.3 Legislación procesal de Honduras.....	106
4.4 Legislación procesal de Perú.....	109
4.5 El proceso Civil en Nicaragua.....	112

CAPITULO V

LA ESTRUCTURA PROBATORIA EN LA SEGUNDA INSTANCIA DEL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL

5. Derecho Procesal Civil.....	116
5.1 La demanda.....	117
Inadmisibilidad de la demanda.....	118
Admisión de la demanda.....	119
Contestación de la demanda.....	120

Aportación de documentos junto con los escritos iniciales.....	121
5.2 Audiencia preparatoria.....	122
5.2.1 Convocatoria de la Audiencia preparatoria.....	123
5.2.2 Finalización de las alegaciones de la audiencia preparatoria.....	126
5.3 Audiencia probatoria.....	127
Práctica y producción de prueba.....	128
Alegatos finales.....	130
5.4 Valoración de la prueba	131
5.5 La sentencia.....	133
5.6 Impugnación o recursos.....	134
5.6.1 Recurso de Apelación.....	135
5.6.1.1 Cuestiones Generales del Recurso de Apelación.....	136
5.7 Instancias en el proceso civil y mercantil salvadoreño.....	138
5.7.1 Relaciones entre la primera instancia y la segunda instancia.....	139
5.8 Segunda instancia.....	141
5.8.1 Ventajas y desventajas en la segunda instancia.....	142
5.8.2 Trámite del recurso de apelación en segunda instancia.....	143
5.8.3 Audiencia y prueba en segunda instancia.....	144
5.8.3.1 Actividad probatoria en segunda instancia.....	146
5.8.3.2 Prueba nueva y revaloración de la ya practicada.....	148
CONCLUSIONES.....	164
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION.

Con la presente tesis se aborda un tema de suma importancia para la disciplina del derecho procesal y de cambio en la materia con la derogación del Código de Procedimientos Civiles y en consecuencia la entrada en vigencia del actual Código Procesal Civil y Mercantil, el cual pretende agilizar y modernizar la administración de justicia salvadoreña en el caso de dirimir conflictos en materias civil y mercantil, garantizando a la vez la protección del derecho al debido proceso.

La investigación plantea la incidencia del cambio de un sistema escrito a un sistema oral en el proceso civil y mercantil salvadoreño como una alternativa viable para hacer más ágiles dichos procesos para la consecución y la eficacia en la Administración de Justicia.

Se ha evidenciado que la estructura del proceso civil y mercantil y el funcionamiento del aparataje jurídico civil y mercantil ya no respondía a las necesidades actuales de justicia en estas materias, volviendo necesario modernizar la legislación procesal civil y mercantil no solamente para actualizarla, sino también para equipararla a tendencias contemporáneas de la doctrina y la técnica legislativa. Es así que se adopta en el Código Procesal Civil y Mercantil el sistema oral para agilizar los procesos y que la resolución de los litigios ventilados ante los tribunales de lo civil y mercantil se vuelva expedita.

El contenido de este documento de investigación está estructurado en seis capítulos desglosados de la siguiente manera:

Capítulo I, la investigación “El Principio de inmediación en la segunda instancia del Proceso Civil y Mercantil”; estudia este principio en primer lugar

a través de la historia, partiendo desde los orígenes del derecho procesal en el mundo clásico antiguo como lo son: Grecia Antigua, el proceso romano y el periodo justinianeo, y también abordar los sistemas procesales después del Imperio Romano, hablando más exactamente de la fase primitiva,, fase religiosa y proceso acusatorio, que dentro de esta fase encontramos el antiguo derecho germano y la influencia del derecho canónico, para así llegar a una tercera fase como es la fase legal, la cual que también es conocida como sistema de la tarifa legal de la prueba y proceso penal inquisitivo y dentro de esta fase se encuentra el derecho español, finalizando estas fases con la fase científica, la cual es una nueva aproximación de los procesos civiles y penales.

Además se trata cómo ha evolucionado el proceso civil, comenzando a hacer un análisis desde el código de procedimientos civiles hasta llegar al actual código Procesal Civil y Mercantil

Capítulo II, realiza una aproximación a diversos aspectos teóricos del principio de inmediación, por lo que se señalan diferentes definiciones que los autores han hecho sobre el mismo, el alcance que tiene el principio de inmediación, como también de las generalidades de la prueba y de los medios probatorios, los principios que rigen la prueba, los sistemas de valoración de la prueba, las generalidades de los recursos, definición y efectos del recurso de apelación y la segunda instancia del proceso civil.

Capítulo III en este capítulo se estudia como el Principio de Inmediación ha sido regulado en la legislación salvadoreña, revisando primeramente en la Constitución ya que en ella se encuentran inmersas garantías y principios constitucionales que han regido el ordenamiento jurídico, así también el Código de Procedimientos y Fórmulas Judiciales de El Salvador (1857), el

anteproyecto de Código Civil modelo para Iberoamérica, el Código de Procedimientos Civiles, hasta el actual Código Procesal Civil y Mercantil,

Capítulo IV, se refiere al estudio comparado del proceso y del principio de inmediación en otros países incluyendo países como: Chile, España, Honduras, Perú y Nicaragua, estableciendo así cuales son las diferencias y similitudes con respecto a la inmediación dentro del proceso civil con respecto a nuestro país

Capítulo V, en este capítulo se desarrolla el tema de investigación, en el cual se explica de manera breve lo que es cada fase de la primera instancia desde la demanda, la audiencia preparatoria, audiencia probatoria, la valoración probatoria que realiza el juez hasta llegar a la sentencia que emite el Juez de primera Instancia, luego se trata acerca de la impugnación, el recurso de apelación y cuestiones generales relacionadas a la apelación y la valoración de la prueba por el tribunal de apelación, las relaciones existentes, ventajas y desventajas entre la primera y la segunda instancia, la forma en que se tramitará el recurso de apelación en segunda instancia y finalmente se analiza la audiencia y prueba en segunda instancia.

El propósito de la realización de la presente investigación es dar a conocer la importancia fundamental de la "inmediación" como modo de afianzar el éxito de la función judicial en pos de una sentencia justa y mostrar la radical transformación que ha sufrido nuestro Proceso Civil y Mercantil, destacando la necesidad, ventajas y conveniencia de la aplicación del mismo.

ABREVIATURAS

a.C.	Antes de Cristo
Art.	Artículo
d.C.	Después de Cristo
Ed.	Edición
Edit.	Editorial
Inc.	Inciso
Lit.	Literal
Num.	Numeral
Ord.	Ordinal
P. o PP.	Página o páginas
ss.	Siguientes
Vol.	Volumen

SIGLAS

CN	Constitución de la República de El Salvador
CNJ	Consejo Nacional de la Judicatura
CPCM	Código Procesal Civil y Mercantil
CPC	Código de Procedimientos Civiles de El Salvador
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CPCH	Código Procesal Civil de Honduras
CPCP	Código Procesal Civil de Perú
CPCN	Código Procesal Civil de Nicaragua
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de España

CAPITULO I: HISTORIA Y EVOLUCION DEL PROCESO CIVIL Y DEL PRINCIPIO DE INMEDIACION

1. Orígenes del Derecho Procesal

El derecho procesal tiene su origen cuando aparece el principio de que es ilícito hacerse justicia por su propia mano y que los particulares deben por lo tanto someter sus conflictos al conocimiento al jefe del grupo social, idea que se comienza a desarrollar cuando se acepta que la autoridad debe someterse a normas previas para administrar justicia¹.

En principio se vio la necesidad de resolver los conflictos únicamente de carácter penal y los que se originaban entre particulares a causa de oposición de intereses, pero poco a poco se fue extendiendo su aplicación a la solución de muchos problemas que no conllevan conflicto entre las partes opuestas y que responden generalmente a la idea de proteger a los débiles e incapaces o la regulación de ciertos efectos jurídicos.

De esta manera, se da una regulación a la declaración, constitución, ejecución, reglamentación o tutela de los derechos, y de la libertad y la dignidad del hombre, así como también a la realización de formalidades que son necesarias de ciertos actos jurídicos, tanto en las relaciones entre los ciudadanos como también en las relaciones de los ciudadanos con el Estado².

¹ **Hernando Devis Echandia**, *Compendio de Derecho procesal, "Teoría general del proceso"*, Tomo 1, 6° ed., (Bogotá, Colombia, Edit. ABC, 1978), p. 13. La historia presenta diferentes etapas evolutivas para lograr la solución de los conflictos pasando desde la justicia por su propia mano, hasta el proceso.

² *Ibíd*em, p.15. El proceso representa el sistema de solución de controversias más evolucionado, somete el conflicto al juicio de un tercero imparcial, quien debe ajustarse a

Se define al proceso como "el conjunto de derechos de naturaleza constitucional, obligaciones, posibilidades y cargas que asisten a los sujetos procesales, como consecuencia del ejercicio de la acción ante el órgano jurisdiccional, y que origina la aparición de sucesivas situaciones procesales donde convergen actos ordenados que conllevan a la contradicción entre actor y demandado, y se examinan sus expectativas para obtener una sentencia favorable y satisfacer definitivamente sus pretensiones". En esta definición se integran a los actos procesales, como actos jurídicos que inciden inmediata y directamente sobre la constitución, desarrollo, modificación y extinción de la relación procesal. Sin embargo, antes de entrar en materia de cómo estos actos procesales se manifiestan en el proceso es necesario aclarar el sentido y significado equívoco que entre los términos proceso y procedimiento existe al compartir la raíz etimológica común (del verbo latino *procedere*). La definición arriba apuntada, recalca que al proceso le importa su objeto es decir la pretensión del actor y la resistencia del demandado (principio de contradicción). Pero, para que la pretensión y la resistencia puedan recibir satisfacción esto si deben concurrir que el órgano jurisdiccional, verter sus fundamentaciones y someterse a la actuación formal del juez, a la cual se le llama procedimiento.

En vista de que la mayoría de autores no hacen distinción entre el proceso y el procedimiento, cuando se estudian los principios que rigen al proceso en general; los principios procesales se han dividido entre los que rigen el proceso y los que rigen el procedimiento³.

determinadas leyes establecidas previamente para poner fin al conflicto mediante una sentencia definitiva.

³ **Leonardo Prieto Castro Ferrandiz**, "Derecho procesal civil", *Revista de Derecho Privado*, tomo I, (Madrid España, 1968). Por muchos siglos fueron indiferentes los vocablos proceso y procedimiento, pero en la actualidad la ciencia procesalista los distingue, reservándose para

Como principios del proceso se entiende que son aquellos que determinan el comportamiento de los sujetos procesales, las facultades que fundamentan dentro del proceso, sobre su objeto, que es la obtención de la plena satisfacción a sus pretensiones y que sin el estado de contradicción no se podría otorgar la satisfacción a dichas expectativas. (Ubicamos aquí: Principio de Contradicción, Principio de Igualdad, Principio de Comunidad de la prueba, Principio Dispositivo, Principio de Carga Procesal)⁴. Y los principios del procedimiento aluden a la forma de actuación procesal, a la comunicación de los sujetos procesales entre sí; entre ellos y el órgano jurisdiccional, con la prueba y el orden o sucesión temporal de los actos procesales (Principio de Oralidad, Principio de escrituralidad, inmediación, concentración, preclusión, publicidad). Dentro de estos principios que se denominan de "forma" de los actos procesales, se encuentran los de oralidad y escritura, que condicionan la "admisibilidad", etapa elemental para que la pretensión del actor fecunde y ponga en movimiento al órgano jurisdiccional.

La inmediación es un "principio" pues se trata de una pauta o criterio orientador que procura conformar las normas procesales y de organización judicial de tal modo que obtenga las finalidades que persigue. Es uno de los principales principios formativos del proceso ya que traza "las líneas matrices dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones" propias de este, como ha dicho Podetti⁵.

el primero un concepto más amplio y totalitario, en tanto el procedimiento tiene la idea de secuencia de particular para resolver la acción específica intentada.

⁴ **Leo Rosenberg**, *Tratado de Derecho procesal civil*, Tomo I, (Edit. Ejea, 1955), p.395. Entendemos los principios del proceso como criterios o ideas inspiradoras de la capacidad de decisión y de influencia del órgano jurisdiccional y de las partes en el nacimiento del proceso, en su objeto en su desenvolvimiento y en su terminación.

⁵ **J. Ramiro Podetti**, *Derecho procesal civil, comercial y laboral, tratado del proceso laboral*, tomo I, (Buenos Aires, Argentina, Edit. Ediar, 1949), pp. 192-193. Los principios procesales

1.1. Sistemas procesales en el mundo clásico antiguo.

Históricamente los orígenes del proceso mismo, cuyos antecedentes fundamentales, son el Derecho Romano clásico y Germano, y posteriormente el Derecho Canónico. La introducción, sin embargo de la Roma imperial, obligó a la protocolización de las obligaciones en la primera instancia, instituyendo así el principio de escritura en la fase declarativa, en el proceso Formulario, y el procedimiento ordinario o de cognición oficial⁶.

a) Grecia Antigua

Se sabe muy poco sobre la regulación en materia de Derecho Procesal en la Grecia Antigua. Aristóteles en su estudio que hizo de la prueba, dice que hay una concepción lógica y lejos de los prejuicios de orden religioso como de fanatismos de otra índole. Establece que en Grecia, imperaba la oralidad en el proceso civil, en tanto que en el proceso penal imperaba el principio dispositivo, el cual colocaba sobre las partes la carga de producir prueba, y solo en casos especiales se le permitía al juez tener iniciativa para decretarlas y practicarlas de oficio.

En la Grecia antigua los principales medios de prueba fueron: testimonios, los documentos y el juramento que tenía mucha importancia, pero existían restricciones a las declaraciones de mujeres, niños y esclavos, excepto en

vinculan cada institución procesal a la realidad social en la que actúan o deben actuar, ampliando o restringiendo la esfera de su aplicación.

⁶ **J. Ramiro Podetti**, *Derecho procesal civil, comercial y laboral, tratado del proceso laboral* Ibidem. El proceso Germano es mucho más primitivo, bárbaro y simple que el romano, es oral, público y muy formalista, ya que se tiene el concepto de que la divinidad administra justicia, por lo que el proceso es un rito y no hay distinción entre el penal y el civil porque en ninguno de ellos hay reclamación de derechos sino que en ambos se acusa a alguien por la infracción de una norma.

los procesos mercantiles en donde si podían declarar los esclavos, comerciantes y en algunos casos las mujeres si lo hacían voluntariamente⁷.

La evolución que hubo en Grecia Antigua sobre esta materia fundamental para la organización judicial de cualquier país, supero a la que luego existió en Europa por lo menos hasta el siglo XVI. El proceso griego como todo proceso, gozaba del principio de legalidad, ya que puede existir la obligación de las partes de someterse a la ley y no salirse de ella, no pudiendo inventar, ni modificar lo que establece la ley.

En Grecia, la demanda o acusación debía presentarse por escrito ante el oficial del Arconte Basileus⁸, luego el demandante debía rendir caución pecuniaria para garantizar los resultados del juicio y así sucesivamente una serie de actos procesales que debían respetarse por el principio de legalidad, y garantizar seguridad jurídica para los ciudadanos que tramitaran sus pretensiones ante las autoridades competentes.

Otro principio importante en el proceso griego lo constituía la igualdad entre las partes, debido a que éstas estaban en igualdad de condiciones para acudir a demandar un derecho de defenderse o contrademandar. Sócrates

⁷ **Hernando Devis Echandia**, *Compendio de Derecho procesal. "Teoría general del proceso"*, p.14. La antigua Grecia se describe como una sociedad patriarcal. Durante el desarrollo de la ciudad a lo largo del siglo VII a.c. se establecieron dos grupos sociales basados en criterios de exclusión, el círculo de ciudadanos que excluía a los extranjeros y a los esclavos y el círculo de hombres que excluía a las mujeres. La mujer constituía el sector mas aislado porque a diferencia de los esclavos y extranjeros, nunca podía convertirse en ciudadana.

⁸ **Numa D. Fustel de Coulanges**, (Barcelona: Iberia, 1987), <http://gregoog.wikispaces.com/>, Magistrado estatal ateniense, que conservaba el título de Rey y tenía funciones de carácter netamente religioso.

en el juicio que se le realizó en el año 399 A. C.⁹, tuvo iguales condiciones para defenderse, de la misma forma que la tuvieron Mileto¹⁰, Anitos y Lycón¹¹, para acusarlo, las partes eran puestas delante de un juzgador, bajo una situación en la que ninguna de las partes se encontraba en desmejoradas posibilidades de acudir o defenderse respecto de la otra. Este principio tiene un aspecto muy importante, debido a que el factor espacial y temporal que se trata, es propio de una sociedad esclavista; por lo tanto, el principio de igualdad era propio de los ciudadanos *grupo libre o esclavista*, ya que en esa época el esclavo carecía de derechos.

Aspecto importante de este sistema procesal lo constituye la oralidad, a razón de que los procesos judiciales griegos eran eminentemente orales, en el cual la presentación de pruebas, alegatos y sentencia debía hacerse de forma oral y se ve claramente en los interrogatorios que el filósofo hizo a sus acusadores y la forma en lo que realizó su alegato final respecto de su sentencia. Se puede afirmar que la oralidad fue parte importante en el

⁹ **Jesús García Tolsá**, *Grandes Procesos de la Historia*, (Barcelona, España, Edit. Mateo, 1994), p. 13. Sócrates fue juzgado en Atenas, acusado de corromper a los jóvenes y falta de creencia en los dioses ancestrales, aunque en realidad su delito fue decir lo que pensaba y eso causaba incomodidad, incluso en sociedades tan liberales como la ateniense.

¹⁰ **Rodolfo Gutiérrez**, *Vidas de filósofos ilustres*, trad. Jose Ortiz, (Barcelona, España, Edit. Iberia, 1962). Filósofo, matemático y legislador griego. Nació en el año 624 a. C, en la ciudad de Mileto. Fue cuestionado por sus intervenciones políticas. Tradicionalmente se ha considerado a Tales como uno de los siete sabios de Grecia. El principal mérito de Tales es haber buscado, basándose solo en la razón y la experiencia, el principio originario de todo ser, de este modo transformó en tema de reflexión crítica la visión que todo hombre tiene sobre el mundo y la vida. <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/t/tales.htm>, sitio web visitado el día diecinueve de mayo de dos mil dieciséis.

¹¹ **Tomas Fernández**, *Documentación de Filosofía y letras*, (México, 2014), última actualización veintiocho de Abril de dos mil catorce. Fueron los principales acusadores de Sócrates, Anito representa a los políticos, Lycon a oradores y Mileto a los poetas. Sócrates había reprochado públicamente a anito de querer que su hijo le sucediera en los negocios y de haberlo educado con este fin, por lo que por este rencor personal que anito había acusado a Sócrates. <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/t/tales.htm>, sitio web visitado el día diecinueve de Mayo de dos mil dieciséis.

proceso griego, que simplifica los procedimientos, ya que resulta más fácil conocer los hechos cuando se discuten verbalmente.

En opinión de Vescovi: “La oralidad debe ser estudiada juntamente con otros principios”¹², en ese sentido debemos mencionar que ésta no puede concebirse separada del principio de publicidad; razón por la que, la publicidad del desarrollo del proceso fue importante en el sistema griego.

Los griegos eran partidarios de que el pueblo debe tener acceso a presenciar los procesos, pensando en que el mayor contralor de éstos lo constituye el pueblo mismo, como ente poseedor por excelencia de la soberanía del Estado¹³.

De la misma manera, la concentración forma parte de esos principios íntimamente vinculados con la oralidad, publicidad e intermediación. Básicamente el proceso griego está compuesto por tres fases. La primera inicia con la presentación de la demanda o acusación y también en el mismo acto el demandante da caución para garantizar las expensas del proceso. Posteriormente, viene la contestación por medio de un escrito que presenta el demandado o acusado, y en ese mismo acto se discute el día y hora en

¹² **Enrique Vescovi**, *Teoría General del Proceso*, 2ª Ed., (Bogotá, Colombia, Edit. Temis S. A., 1999), p. 52. La oralidad no rendiría por sí sola los frutos deseados sino está acompañada de la intermediación y la concentración, con relación a la intermediación es evidente que el contacto del juez con los medios probatorios pone al juzgador en situación de apreciarlos de mejor manera para su convencimiento y en alusión a la concentración se puede decir que es la esencia de la rapidez del proceso. Un proceso basado en la oralidad, proporcionara mayor rapidez y mayor facilidad de entenderse recíprocamente.

¹³ **Jesús García Tolsá**, *Grandes Procesos de la Historia*, *Ibíd.*, p. 15. El sistema de tarifa legal llamada también prueba tasada, prueba legal o apreciación legal. Consiste en que el valor de la prueba está determinado en la ley. Es esta la que señala por anticipado al Juez, el grado de eficacia que debe de atribuírsele a determinado elemento probatorio por lo tanto el juzgador se encuentra obligado a valorar las pruebas de acuerdo a las pautas determinadas en la ley.

que se deberá celebrar la vista, entonces es en ésta fase que se trataba el objeto de la litis con la contestación del demandado. Finalmente la vista pública se desarrollaba de tal forma que concentraba varios momentos procesales, como la prueba, alegatos, sentencia.

Sobre el principio de valoración de la prueba en el proceso griego, no existe información específica para determinar el sistema de valoración que se utilizaba, pero por la naturaleza misma del proceso y por su forma de desarrollarse, podemos decir que utilizaban la libre valoración de la prueba, lo que se sustenta tomando en cuenta que un jurado presidía el proceso griego, compuestos por personas particulares o ciudadanos comunes quienes resolvían con libertad y no estaban sujetos a ninguna norma; en ese sentido, por la misma naturaleza del proceso es difícil creer que haya existido algo semejante al sistema de valoración de tarifa legal.

b) El Proceso Romano (Antiguo Proceso Romano)

El Derecho romano es un derecho histórico, es decir, no vigente, integrado no sólo por un conjunto de normas y reglas precisas, sino también por aspectos éticos, sociales, religiosos, políticos, que en conjunto componen el ordenamiento romano. Su importancia reside en constituir uno de los pilares fundamentales de la civilización europea. La gran compilación legislativa, *Corpus Iuris Civilis (cuerpo jurídico civil)*, hecha por el Emperador Justiniano¹⁴, constituye la base del derecho privado de los pueblos de Europa y desde el siglo XIX el viejo continente ha sido la base del sistema

¹⁴ **Bizancio Bravo García**, *Perfiles de un Imperio*, (Madrid, España, 1997). Emperador del imperio Romano de Oriente, desde el año 527 hasta su muerte en 565 D.C. Indudablemente todo derecho actual tiene un profundo contenido romanista y particularmente el derecho procesal moderno y hay que tomar en cuenta que la noción misma del proceso es romana así como característica suya, el ser oral.

procesal civil en América Latina, especialmente legislaciones de países como Francia y España.

A criterio del jurista *Ulpiano*¹⁵, el *Ius Privatum* o derecho Privado, tiene por objeto las relaciones entre particulares. En un principio el derecho privado estaba casi exclusivamente atribuido a los particulares, limitando el Estado su actividad a las funciones de defensa exterior y castigo de los delitos de ofensa a la comunidad. No obstante, con la monarquía etrusca¹⁶ Roma fortalece la idea de Estado, el cual absorbe gradualmente una serie de funciones asumidas hasta entonces por otros grupos y se crean las primeras asambleas que no eran aún políticas sino militares.

En esta época se dan las Doce Tablas (450 A. C.), que contienen por escrito las normas consuetudinarias y que supone el punto de encuentro entre el derecho griego y el derecho romano. Estas constituyen, en primer momento la fuente o base de todo el derecho romano.

La tradición latina narra con versiones diferentes entre *Tito Livio* y *Dionisio De Halicarnaso*¹⁷ que como consecuencia de una propuesta de los tribunos

¹⁵ **Paul Bernard Grenet**, *Historia de la Filosofía Antigua*, (Barcelona, España, Edit. Herder, 1980). Domicio Ulpiano, Jurista Romano de origen fenicio. Año 170 – 228 d.C. Derecho privado es la rama del derecho que se ocupa preferentemente de las relaciones entre particulares. También se rigen por el derecho privado las relaciones entre particulares y el estado cuando este actúa como particular sin ejercer potestad pública alguna.

¹⁶ **Dave Meler**, *Monarquía Etrusca*, (2015). Pueblo de la antigüedad, geográficamente localizado en la Toscana, Italia. La monarquía etrusca ejerce un papel moderador entre los gentiles y la plebe durante su reinado. Sin embargo, cuando desaparece ésta, la plebe vio como los gentiles usurpaban el poder. La plebe eran ciudadanos de pleno derecho, pero la diferencia con los gentiles radicaba en que no poseían privilegios. <http://www.ihistoriarte.com/2015/10/el-origen-de-roma-iii-de-la-monarquia-etrusca-a-la-republica/>, sitio web visitado el día diecinueve de mayo de dos mil dieciséis.

¹⁷ **Jiménez, E. y Sánchez, E**, *Historia antigua de Roma*, (Madrid, 1988), Tito Livio, historiador latino instalado en Roma a partir del año 30 A.C. Dionisio de Halicarnaso,

que con posterioridad fue aceptada por los patricios, fue creada una comisión legislativa de diez miembros, que son los *Decenviri*,¹⁸ todos los cuales eran patricios con el encargo de redactar las leyes útiles para ambas clases sociales y propias para asegurar la libertad y la igualdad.

Dicho Decenvirato presidido por *Apio Claudio* gobernó la ciudad durante el 451 A.C. y redactó diez tablas, con posterioridad aprobadas en los comicios centuriados y en las que se recogían normas igualitarias para todos. No obstante, tras la elección de un segundo decenvirato también presidido por *Apio Claudio* fueron redactadas dos tablas más, las llamadas *Tabulae Iniquae*, que presuponen la restricción de las libertades conseguidas por los plebeyos y que recogen entre otras normas la prohibición del *Connubium*. Las doce tablas no representan un código en el sentido moderno del término, puesto que no recogen íntegramente todo el sistema jurídico y solo contempla ciertas instituciones fundamentales. Las materias tratadas en las doce tablas son las siguientes:

- a. Tablas I a III, contempla las normas procesales.
- b. Tabla IV, relativa al Derecho de familia (matrimonio, patria potestad...).
- c. Tabla V, relativa a la tutela y a la curatela (menores de edad emancipados).
- d. Tabla VI referida a los negocios jurídicos.
- e. Tabla VII y IX, son las referentes a los delitos y procedimiento criminal.

historiador griego desarrolló gran parte de su actividad docente y literaria en Roma adonde llegó en el año 30.

¹⁸ Fundación Wikipedia: esta página fue modificada por última vez el día veinte de junio de dos mil catorce. Tribunal compuesto por 10 jueces que durante la República Romana tenía a su cargo resolver en las causas sobre la libertad de una persona que de hecho disfrutaba de la misma. <https://es.wikipedia.org/wiki/Decenvirato>, sitio web visitado el día dieciocho de enero de dos mil quince.

- f. Tabla X, es la relativa al *Ius Sacrum* (Derecho Sagrado).
- 9. Tabla XI y XII, contemplan normas aisladas entre las que figuran la prohibición del *Connubium*¹⁹.

Estas doce tablas imponen al demandado el deber de asistir al juicio ante la llamada del demandante y ambas partes formulan sus alegaciones rituales con sujeción a los ritos determinados por el colegio de pontífices, y contempla fundamentalmente tres acciones de ley (*Legis Actio*).

1. *Legis actio sacramento*: (acción de ley de juramento) Es un modo procesal declarativo muy vinculado con las ideas religiosas.

2. *Legis actio per manus iniectioem*: Es la acción de ley a través de la toma de posesión que ejecutaba el acreedor sobre el deudor insolvente vencido en juicio y que supone un apoderamiento solemne por parte del acreedor de la persona del deudor, pudiendo el acreedor después de exponer al deudor durante tres mercados consecutivos, sin que interviniese una persona que respondiera por el deudor, pagando su deuda y liberándolo; el acreedor podía convertir al deudor en esclavo o matarlo.

3. *Legis actio iudicis arbitriue postulationem*: La acción de ley a través de la postulación de apelación de juez o de árbitro. Por virtud de ésta se hacen exigibles las promesas verbales entre las partes.

El Derecho Romano presenta una evolución, ya que aquí inicialmente el juez es como una especie de árbitro, casi de funcionario privado pero con

¹⁹ **Aportes Voluntarios**, *Diccionario Jurídico Online*. Derecho a contraer matrimonio entre patricios y plebeyos, válido por el derecho civil, según lo dispuesto en el antiguo derecho romano. La Ley de las doce tablas, es el más antiguo Código del Derecho Romano y tomó como fuente el derecho oral existente en ese momento, abarcaban diferentes disciplinas del derecho con inclusión de los castigos previstos para algunas infracciones. Esta ley sufrió diferentes reformas pero llegó a tener vigencia de cerca de 1000 años. https://www.drleyes.com/page/diccionario_maximas/significado/C/1829/CONNUBIUM/, sitio web visitado el día dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.

absoluta libertad para apreciar o valorar las pruebas aportadas por las partes²⁰, que decide de acuerdo a su criterio en lo que la ley no le da solución: pero luego se acepta que la función judicial se deriva de la soberanía del Estado, siendo esta pública y el proceso se considera como un instrumento de certeza y paz indispensable.

En el proceso Romano la sentencia tiene valor solamente para quienes forman parte del proceso y estará fundada en las pruebas aportadas por las partes. En Roma la prueba sufrió una evolución análoga a la que presenta el proceso en general y la administración de justicia²¹.

En el proceso romano se distinguen varias etapas: En la fase del antiguo proceso romano o *per legis actiones*, el juez tenía un carácter de árbitro, pero con absoluta libertad para apreciar o valorar las pruebas aportadas por las partes (principio de inmediación), en un principio el testimonio era una prueba exclusiva pero luego con el paso del tiempo se admitieron los documentos, el juramento, el reconocimiento personal por el juez e inclusive

²⁰ **Hernando Devis Echandía**. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, (Madrid, España, Edit. Aguilar, 1964), p. 16. La verdadera importancia de las doce tablas reside en que esta codificación constituye la conclusión del proceso de consolidación del Estado ciudadano romano. Hasta la redacción de este código legal, el derecho en Roma había tenido un carácter sagrado en razón de su propio carácter consuetudinario y por haber estado ligado a la monarquía y al colegio de los pontífices. La redacción de estas leyes es el punto de partida de la desacralización (quitar lo sagrado y religioso) del Derecho Romano y la base remota del derecho del mundo occidental.

²¹ **Hernando Devis Echandía**, *Compendio de Derecho procesal. "Teoría general del proceso"*, *Ibid.*, p. 15. En el antiguo derecho romano y en el griego, las partes tenían la carga de producir la prueba y solo en casos especiales se les permitía a los jueces tener iniciativa para decretarlas y practicarlas de oficio. En esta etapa histórica el que afirmaba en su beneficio la existencia de un derecho o de un hecho era quien estaba obligado a suministrar la prueba, así el demandante debía justificar su pretensión. Por su parte el demandado no tenía que hacer prueba directa, su papel se limitaba a combatir las suministradas por el demandante, pero si se oponía una excepción debía a su vez probar los hechos en que se apoyaba este medio de defensa. En cuanto a la excepción desempeñaba el papel de demandante.

los indicios y no había alguna regla especial sobre la prueba e imperaba el sistema de la libre apreciación. En los tiempos de la República era el mismo pueblo quien juzgaba, reunido en las centurias²² o por tribus, lo que hacía imposible que hubiera reglas especiales o la apreciación de la prueba²³.

En la fase del procedimiento *extra ordinem*, de naturaleza publicista, el juez deja de ser árbitro para representar al Estado en la función de administrar justicia. En esta etapa existe un progreso en cuanto a que se le daban al juez mayores facultades para interrogar a las partes y determinar a cuál de ellas correspondía la carga de la prueba. Luego se da un retroceso, que en la actualidad aún prevalece, al restarle al juez facultades para la valoración de la prueba e instaurar un relativo sistema de tarifa legal que le regulaba su valor que imperó en Europa los siglos XVII a XIX, en lo civil especialmente, de modo que dejó de existir la libre valoración que caracterizó el periodo anterior.

²² Fundación Wikipedia, Fecha de última publicación uno de octubre de dos mil diez. Centuria es un término que deriva de raíces latinas, específicamente de la entrada "centuria", compuesta por la contracción de "centum" equivalente a "cien" y "viria" que significa "conjunto de varones" que entonces según su etimología el vocablo centuria quiere decir "unidad de cien varones". En la Real Academia Española, se plantean dos posibles acepciones para la palabra donde una de ellas manifiesta aquel periodo de cien años. Por otra parte centuria era en la Antigua Roma, la compañía del ejército que estaba formada por un total de cien soldados. <https://es.wikipedia.org/wiki/Centuria>, sitio web visitado el día diecisiete de mayo de dos mil dieciséis.

²³ **Hernando Devis Echandía**, *Compendio de Derecho procesal, "Teoría general del proceso"*, Ibíd., p. 15. Echandía manifiesta que es muy poco lo que se conoce sobre la regulación de la prueba en la Grecia antigua pero afirma que en la época clásica su desarrollo fue extraordinario tanto en Grecia como en roma a tal grado que aún actualmente no han sido superadas las concepciones que prevalecieron en ese momento en la antigua Roma. En cuanto a la forma de prueba en Grecia imperó la oralidad. Por regla general imperó el principio dispositivo que coloca sobre las partes la carga de producir la prueba, la evolución que hubo en Grecia en materia de prueba fue fundamental para la organización judicial de cualquier país, superó con muchos a allá que existió en Europa por lo menos hasta el siglo XVI. Afirma que las pruebas presentaron desarrollo tanto en el proceso como en lo administrativo trayendo consigo tres etapas: el antiguo proceso romano, la etapa del imperio y el periodo Justiniano.

En cuanto a los medios de prueba fueron los mismos que en el periodo de Grecia antigua, pero se restringió la prueba testimonial y se le dio más valor a la prueba documental²⁴. No puede negarse que durante el imperio rigió la tendencia a disminuir la libertad del juez en la apreciación de las pruebas y a imponerle reglas preestablecidas para muchos casos.

c) El periodo Justiniano

En el periodo Justiniano, aparecieron en el *Corpus* diversos textos legales que permitieron elaborar las bases sobre las que en la Edad Media se construyó la lógica de la prueba, a través del derecho canónico. Se observa por lo general la regulación legal de las pruebas pero sin que dejen de existir textos favorables a la apreciación personal del juez. Es un sistema mixto, con preponderancia del legal. Se conservaron los medios probatorios del periodo anterior, la exclusión del testimonio de la mujer, el impúber y el loco. Se establecieron reglas sobre la carga de la prueba como defensa contra la arbitrariedad de los jueces y se estableció el principio contradictorio como en materia de interrogatorio de testigos, que debía ser conocido por ambas partes. Al demandado se le otorgaba un eficaz sistema de defensa y el derecho a excepcionar²⁵. Se dice que es muy poco lo que se ha agregado en los últimos siglos a la concepción jurídica romana en esta materia, si bien la tendencia moderna procura devolverle al juez la libertad de apreciación

²⁴ **Luis Rodolfo Arguello**, *Manual de Derecho Romano*, 3ª Ed., (Buenos Aires, Argentina, Edit. Astrea, 1998), p. 357. Como habíamos mencionado había restricciones para los testimonios y declaraciones de las mujeres, niños y esclavos. En materia mercantil gozó de gran consideración la prueba documental, como sucedía con los libros de los banqueros que tenían gran reputación de honradas y dignas de crédito.

²⁵ **Fabián Vélez Perez**, *Breve Biografía de Justiniano*, publicación seis de marzo de dos mil seis. Justiniano restauró el antiguo imperio romano e impuso las creencias y las unificó y estableció el cristianismo ortodoxo como religión oficial del imperio. <https://es.wikipedia.org/wiki/Centuria>.

razonada y científica de las pruebas y darle facultades inquisitivas para reproducirlas, en busca de la verdad real, tanto en el proceso civil como en penal, en el derecho romano se encuentran los principios esenciales que informan el sistema probatorio de la civilización occidental.

1.2 Sistemas Procesales después del Imperio Romano.

a) Fase Primitiva

Luego de la caída del Imperio Romano quedaron en Europa grupos étnicos que se encontraban en la fase primitiva de la historia del derecho procesal posterior al romano, cuya característica general debió ser la de un concepto más o menos rudimentario de la justicia, pero con prevalencia de prácticas locales por los autores del derecho probatorio que suelen hablar de la fase étnica de su desarrollo²⁶.

b) Fase Religiosa y Proceso Acusatorio

En esta fase, la divinidad debía fallar los conflictos mediante modos especiales de la manifestación de su voluntad, tales como los llamados juicios de Dios, duelos judiciales y ordalías²⁷. El proceso adquiere un carácter

²⁶ **Hernando Devis Echandia**, *Compendio de Derecho procesal, "Teoría general del proceso"*, Ibíd., p. 17. Durante los años en que Roma era una ciudad estado regida por un régimen monárquico. Las primeras normas que regulan las conductas públicas de sus ciudadanos se fundamentan en costumbres y tradiciones que más adelante se denominarán mores maiorum que son costumbres provenientes de sus antepasados que no tenían forzosamente su origen en la religión. Se desconoce si las normas de derecho en esta época primitiva fueron creación popular o de jurisconsultos o políticos.

²⁷ **Rene Valdéz**, *Ordalías y juicios de Dios en la edad media europea*, (2014). Se llaman «ordalías» o «juicios de Dios» aquellas pruebas que, especialmente en la Edad Media occidental, se hacían a los acusados para probar su inocencia. El origen de las ordalías se pierde en la noche de los tiempos, y era corriente en los pueblos primitivos, pero fue en la

extremamente formal, los medios de prueba están señalados y son muy escasos.

Todo proceso resulta un litigio por razón de una injusticia que se afirma cometido, el proceso es una función de la comunidad a la que acude el lesionado en la demanda de ayuda y composición, el fallo deriva de su fuerza primeramente del pueblo y más tarde del rey²⁸. En esta fase religiosa se pueden distinguir dos etapas:

b.1 El Antiguo Derecho Germano

El derecho germano es el más representativo en esta nueva etapa del desarrollo de la cultura jurídica europea. Al derecho romano se suele contraponer el de los pueblos germánicos. Mientras que en el derecho romano la prueba era un medio utilizado para persuadir al juez, quien generalmente podía valorarla con libertad, con las limitaciones que durante el imperio se introdujeron, en el proceso germánico la prueba tiene una finalidad en sí misma y conduce a fijar la sentencia, de manera que es una actividad casi exclusivamente de las partes.

Es así como surge un nuevo concepto de prueba legal cuyos resultados son incontrovertibles y sometida a una formalidad, que definían la decisión del

Edad Media, cuando tomó importancia en nuestra civilización. http://revista-redes.rediris.es/recerca/rvaldes/presen_archivos/ordalias.htm, Sitio web visitado el día diecisiete de mayo de dos mil dieciséis.

²⁸ **Hernando Devis Echandia**, *Compendio de Derecho procesal, "Teoría general del proceso"*, *Ibíd.*, p. 17. Los historiadores clásicos de Roma hacen difícil la determinación de los poderes del rey ya que refieren que el monarca posee los mismos poderes de los cónsules. Algunos escritores modernos creen que los poderes supremos de Roma residía en manos del pueblo y el rey era sólo la cabeza ejecutiva del Senado Romano. Otros consideran que el rey poseía los poderes de soberanía y el senado tenía correcciones menores sobre sus poderes.

litigio, puesto que el juez no podía reconocerlas al declarar la sentencia.

Tanto el proceso penal como el civil son acusatorios y deben originarse por acusación del ofendido, correspondiendo al acusado la prueba. Ya no se persigue la verdad real o material, sino una verdad puramente formal, la que apareciera en el proceso, mediante esos medios artificiales, basados en las creencias de una intervención de la Divinidad, en la justicia de Dios, de las que son ejemplos las ordalías, los duelos judiciales y los juicios de Dios, como las pruebas del agua y del fuego, este sistema perduró hasta la Edad Media (se le encuentra todavía en el siglo XVI correspondiéndole al derecho canónico la misión de combatirlo y eliminarlo)²⁹.

Asimismo durante mucho tiempo los *scabinos-scabini*³⁰, administraron justicia sin tener base distinta para sus sentencias que la de su personal convicción, orientada por el cumplimiento de las reglas legales. Fue un antecedente, que sirvió para la expansión de los principios probatorios del derecho canónico, cuya fuente se encuentra en el derecho romano³¹.

²⁹ **Enrique Vescovi**, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, (Montevideo, Uruguay, Edit. Idea, 1974), p.95. Lo que con certeza se conoce es que solo el rey poseía el derecho de auspicium, es decir la capacidad para interpretar los designios de los dioses en nombre de Roma, de forma que ningún negocio público podía realizar sin la voluntad de los dioses. El rey era por tanto reconocido por el pueblo como la cabeza de la religión nacional, el jefe ejecutivo religioso y mediador entre los dioses, razón por la cual es reverenciado con temor religioso.

³⁰ Fundación Wikipedia, fecha de última publicación veinte de marzo de dos mil ocho. Tribunal Mixto constituido por un juez profesional, dos ciudadanos de la comunidad que no eran abogados y a quienes corresponde conocer de delitos cuya pena sea menor de 4 años. <https://es.wikipedia.org/wiki/Escabino>, sitio web visitado el día dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.

³¹ **Hernando Devis Echandia**. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, *Ibíd.*, p.20. Derecho romano es el ordenamiento jurídico que rigió a los ciudadanos de Roma y con posterioridad de aquellos instalados en los distintos sectores de su imperio. Si bien hace referencia fundamentalmente al derecho privado, lo cierto es que otros aspectos tales como derecho penal, público o administrativo caben en esta determinación.

b.2 La Influencia del Derecho Canónico

La influencia del derecho germánico fue cediendo por obra principalmente del derecho canónico, que fue desplazándolo lentamente dejando resabios en el moderno derecho procesal. Los glosadores, los prácticos y los post glosadores trabajaron sobre la base de los esquemas conservados del derecho romano, complementándolos y desarrollándolos para acomodarlos a la época y a las costumbres germánicas, por medio del derecho canónico. Es así que surge un proceso mixto, que sirve para todas las cuestiones mientras una ley especial no lo derogue, y por ello se le denomina proceso común, con elementos tomados de uno y otro derecho³². Este formalismo germánico constituye una de las causas de lentitud y complicación del proceso que aún perduran en nuestros días³³.

Estos principios fueron los que informaron el derecho procesal en casi la totalidad de países de Europa y constituyeron los caracteres generales del proceso moderno. Los jueces eclesiásticos son magistrados, muy diferentes a los scabinos, no es su convicción libre la que rige, sino una verdadera apreciación jurídica de la prueba, sujeta a reglas cada vez más numerosas,

³² **Hernando Devis Echandia**, *Compendio de Derecho procesal, "Teoría general del proceso"*, Ibídem, p. 19. Mientras el derecho estatal se dirige a súbditos que son exclusivamente suyos, el derecho canónico se dirige a individuos que en orden a sus intereses temporales están sujetos a los ordenamientos estatales, y en consecuencia tendientes a su bienestar espiritual. Durante mucho tiempo, sobre todo en la edad media, el derecho canónico regía con carácter exclusivo en gran parte del orden civil (matrimonio, divorcio, sucesiones, etc.), pero en la actualidad, ha perdido importancia, pues estas instituciones han sido secularizadas.

³³ **Giuseppe Chiovenda**, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, (Madrid, España, 1922), p. 13. El Derecho Romano ejerció influencia sobre el Derecho Canónico en tres aspectos a) terminológico: la Iglesia ha acogido al latín como su idioma oficial, y muchos vocablos han sido utilizados por esta; b) técnico: en la elaboración de la legislación pontificia ha seguido categorías romanas, ej. la ordenación de las leyes y c) institucional: ha adoptado instituciones como por ej. el sistema de recursos.

pero se frena el exagerado formalismo del derecho germano antiguo, que cada día va disminuyendo.

c) Fase Legal, mejor denominada del sistema de la tarifa legal y proceso penal inquisitivo.

El derecho canónico se impone, como un avance en la cultura jurídica, a pesar de estar dominado por el criterio de la regulación detallada de los medios de prueba y su apreciación previa, que para esa época fue indispensable en la lucha contra los sistemas que regían en toda Europa, se trata de dar una base jurídica al proceso, la ignorancia y falta de preparación de los jueces hizo aconsejable la predeterminación por el legislador eclesiástico primero y luego por el civil de todo el sistema probatorio. Los Papas dan instrucciones detalladas para el proceso canónico y los canonistas elaboran reglas sobre las pruebas, guiados por el método escolástico³⁴, utilizando las tradiciones romanas, especialmente el derecho Justiniano, pero mezclando en ocasiones principios tomados de la biblia, como el que exige dos testigos para formar la convicción. Este sistema de la

³⁴ **Jordi Cortés Morató y Antoni Martínez Riu**, *Diccionario de filosofía Herder: La Escolástica*, (Edit. Herder, Barcelona, España, 1991). Momento filosófico y teológico que intento utilizar la razón, en particular la filosofía de Aristóteles para comprender el contenido sobrenatural de la revelación cristiana. Principal movimiento de las escuelas y Universidades medievales de Europa desde mediados del siglo XI hasta el siglo XVI. El Código de Justiniano regula *in extenso* materias de típica competencia eclesiástica como ser los obispos, los clérigos, de los encargados de asilos de huérfanos, de los peregrinos, de expósitos, de pobres, de las casas de ascetas y de monjes, del peculio castrense, de la redención de cautivos y de las nupcias de los clérigos prohibidas o permitidas de la audiencia episcopal, y de los diversos asuntos que al derecho, cuidado y reverencia pontifical competen); de los herejes, maniqueos y samaritanos ,de que no se repita santo bautismo ,de los apóstatas ,de los judíos y celicotas; de que el hereje, pagano, o judío, no tenga ni posea, ni circuncide un esclavo cristiano ; de los paganos, de los sacrificios y de los templos); de los que se refugian en las iglesias o en ellas piden auxilio. Debemos tener presente que la doctrina cristiana a partir del siglo IV influyó en la evolución del Derecho Romano, contribuyendo a humanizar muchas de sus instituciones. http://www.filosofía.net/materiales/sofiafilia/hf/soff_em_9.html, sitio web visitado el día dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.

tarifa legal se aplica tanto al proceso civil como en el penal³⁵. Por obra de los glosadores se establecen las reglas de la carga de la prueba en el proceso civil, sobre los principios romanos, que la hacían girar sobre el demandante en cuanto a los hechos afirmados en su demanda, pero la imponían al demandado respecto de sus excepciones.

Los textos romanos ofrecían suficiente materia para la elaboración de toda una doctrina que correspondiera a las necesidades del proceso común y la mentalidad filosófica de esa época. Se mantiene en el proceso civil el principio acusatorio en cuanto a la necesidad de la demanda y su vinculación para el juez.

c.1 Derecho Español

En España hubo una evolución similar de mucha importancia con influencia de los derechos romano y canónico, ya desde el Fuero Juzgo³⁶ se encuentran normas completas de jurisdicción, procedimiento, pruebas, etc. y en el fuero viejo de castilla, el libro III está consagrado en parte a las materias procesales, como también parte del libro I y todo el libro II del Fuero Real. Posteriormente aparece la obra de las Siete Partidas, que rigió desde 1348, de las cuales la tercera está destinada al procedimiento. Más tarde aparecen en la *Nueva Recopilación*, en 1567, cuyo libro II versa sobre

³⁵ **Mauro Cappelletti**, *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, Trad. de **Santiago Sentís Melendo**, (Buenos Aires, Argentina, Edit. Jurídicas Europa América, 1972), p. 50.

³⁶ **Valentín Abrego González**, *Fuero Juzgo*, (2013), última publicación del dos de septiembre de dos mil trece. Es el cuerpo legal elaborado en León en 1241 por Fernando III, consta de 500 leyes divididas en 12 libros, rigió en la Península Ibérica durante la dominación Visigoda y supuso el establecimiento de una norma de justicia común para Visigodos e Hispanorromanos. Mantuvo su vigencia hasta la aprobación del Código Civil a finales del siglo XIX. Sigue vigente en el país Vasco, Navarra y Aragón, y es conocido como Derecho Foral. http://enciclopedia.us.es/index.php/Fuero_Juzgo, sitio web consultado el día dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.

procedimientos, y entre 1804 y 1805 la *Novísima Recopilación*³⁷, que consta de doce libros, los dos últimos para los procedimientos civil y penal³⁸.

En el Derecho Español, se estableció el sistema de las pruebas formales desde la Edad Media, como se observa en el Ordenamiento de Alcalá³⁹ y en las Leyes del Toro⁴⁰. La prueba testimonial se hizo común y más tarde se introdujo la prueba documental, que adquiere predominio en el Fuero Juzgo y en las Partidas. Se le suprimen al juez todas las facultades inquisitivas y de libre apreciación de la prueba practicada. A mediados del siglo XIX aparecen las Leyes de Enjuiciamiento civil, criminal y la Orgánica de la justicia⁴¹.

³⁷ **Gabriela García Paíz**, última publicación diez de agosto de dos mil quince. Publicada en 1805, recopilación del derecho castellano y español, usada como texto para los estudios jurídicos durante el siglo XIX. Como consecuencia de la importancia de la corriente codificadora y el movimiento ilustrado y las críticas contra ella, en el siglo XVIII surgió la moderna recopilación de derecho castellano conocida como Novísima Recopilación de las leyes de España. <http://universojus.com/definición/novisima-recopilacion>, sitio web consulta el día dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.

³⁸ **Hernando Devis Echandia**, *Compendio de Derecho procesal, "Teoría general del proceso"*, ibídem, p. 20.

³⁹ **Leonardo Mazzini**, *El Ordenamiento de Alcalá*. (España, 2015), Ordenamiento de 131 leyes, divididas en 32 títulos, son consideradas parte importante del cuerpo legislativo principal de la corona de castilla de la baja Edad Media. La diversidad de fuentes empleadas en la edad media para la resolución de conflictos presentó diversas etapas en cuanto a los intentos de unificación. Las leyes de Alcalá, constituyen una refundición de lo dispuesto en otros ordenamientos de cortes anteriores como es el de Burgos y el de Segovia en 1328 y 1347 respectivamente y de una compilación de derecho territorial castellano. En cuanto a la interpretación del derecho de Alcalá se reservó al rey y en caso de contradicciones en las leyes o en los fueros el procedimiento para subsanarlas sería el enmiende promulgando después una nueva ley. <http://portal-local.es/patrimonio/historia-de-alcala/hechos-y-personajes/item/6722-elordenamiento-dealcal%C3%A1.html>, sitio web consultado el día diecisiete de mayo de dos mil dieciséis.

⁴⁰ **Sandra Saavedra Pinto**, *Las leyes de toro: La herencia legal de Isabel la Católica*, (2015), son el Resultado de la actividad legislativa de los reyes católicos, fijada tras la muerte de la Reina Isabel. Es un conjunto de 83 leyes promulgadas el 7 de Marzo de 1505 en nombre de la Reina Juana I de Castilla. <http://www.expansion.com/2014/08/07/juridico/1407411257.htm> sitio web consultado el día diecisiete de Mayo de dos mil dieciséis.

⁴¹ **Hernando Devis Echandia**, *Compendio de Derecho procesal, "Teoría general del proceso"*, ibídem, p. 21.

d) La Fase Científica, nueva aproximación de los procesos civil y penal

Con la Revolución Francesa, en el proceso civil continuó rigiendo el principio dispositivo en materia de prueba y el sistema de la tarifa legal de la prueba, se limita sólo al derecho penal. Sin embargo hubo tentativas de aplicar a la prueba civil la libertad de apreciación por el juez, como ocurrió en el código prusiano de 1794, el cual tuvo una corta vida⁴². En el presente siglo el sistema de la tarifa legal ha sido abandonado en algunos códigos de procedimientos civiles europeos, manteniéndose, con algunas atenuaciones, en otros países de Europa y en América Latina.

En la fase moderna del proceso civil se otorgan al juez facultades para apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica y para producir pruebas de oficio a efecto de procurar la justicia en su decisión y no limitarse a reconocer la victoria del más hábil. Surge así una nueva aproximación de los procesos civil y penal, en varios aspectos por lo que Couture hablaba de la penalización del proceso civil, en cuanto el proceso civil se somete al principio de la oralidad en varios países, y deja de ser considerado como de interés privado para adquirir un carácter publicista, de interés general, con un objeto y un fin primordialmente de interés público y secundariamente para la defensa de los intereses particulares y como resultado se otorgan al juez facultades en la producción y valoración de la prueba, se busca celeridad y concentración⁴³.

⁴² **Hernando Devis Echandia**, *Compendio de Derecho procesal, "Teoría general del proceso"*, Ibídem, p. 22. El proceso civil como institución ya estaba regulada por el Derecho Procesal y en el cual se observan principios que son de obligada observancia, sea que estén o no debidamente normatizados.

⁴³ Ibídem, pp. 24-25. La prueba en materia jurídica es de suma importancia para el desarrollo del derecho ya que no existe proceso judicial que no depende estrictamente de la prueba, ni

1.3 El Principio de Inmediación en la Historia

En Grecia Afines a la oralidad están otros principios dentro de los que se encuentra la inmediación; en los juzgados existía contacto directo entre las partes, los hechos, las pruebas y alegatos que se vertían en el juicio. La inmediación lo refleja *Jesús García Tolsá* en la obra *Grandes Procesos de la Historia*, y refiriéndose al juicio de Sócrates dice: *A la derecha del presidente había una plataforma para el acusado, y a la izquierda otra para el acusador. En medio, sobre bancos cubiertos de esteras, se sentaba el jurado, compuesto por quinientos ciudadanos elegidos a la suerte.*

Los juzgadores o jurado estaban presentes para presenciar los hechos y escuchar a las partes, resultándole más fácil, formarse una certeza sobre la verdad material de los hechos, escuchar a las partes, presenciar prueba, alegatos; a tal grado de resolver con acierto.

En Roma el principio de inmediación, formó parte importante dentro de los dos primeros procedimientos; en las decisiones de las *leyes acciones* o acciones de la ley y en el procedimiento formulario, que utilizaba una oralidad compuesta de palabras y gestos que debían ser realizados ante el magistrado, bien fuera para llegar a la solución del pleito, bien como vías de ejecución; ya que cuando se implementa el procedimiento extraordinario se sustituye la inmediación por la mediación⁴⁴.

mucho menos una sentencia que establezca el derecho de las partes que no se sustente en prueba conocida y debatida dentro del proceso, por lo que no puede existir una sentencia en materia penal o civil que no fundamente sus considerandos en lo veraz.

⁴⁴ **José de Vicente y Caravantes**, *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la Nueva Ley de Enjuiciamiento*, Tomo II, (Madrid, España, Gaspar y Roig, Editores, 1856), p. 129.

El procedimiento formulario romano también se desarrolló de manera oral, aunque las decisiones eran registradas por escrito.

El proceso romano primitivo, salvo pocas excepciones, el procedimiento seguido entre los romanos tenía en sus dos primeros periodos las modalidades de la inmediación. Consistía, en esencia, en la presentación directa de las alegaciones ante el magistrado y la de las aportaciones probatorias ante la persona del Iudex⁴⁵ frente a quien se sustanciaba, salvo el caso de las declaraciones de testigo registradas fuera del tribunal.

Los tribunales eclesiásticos, en lo que se refiere a estos que se regían por normas de procedimiento romano-canónico, adoptaron el sistema de delegar la recepción de los testimonios a un juez unipersonal, el que directamente recibía las declaraciones sobre la base de interrogatorios en que se articulaba los hechos propuestos por los litigantes.

El Antiguo proceso Germánico, el procedimiento oral de los pueblos germánicos no tenía posibilidades de imperar el principio de inmediación, ya que las alegaciones de los contendientes se dirigían y formulaban directamente al tribunal, y las diligencias y ritos probatorios, destinado no a este sino al adversario y en todo caso a la divinidad que se invocaba eran producidos en presencia de aquel, que debía juzgar no sobre el mérito de la prueba legal sino sobre la atribución de su carga y finalmente sobre su resultado.

⁴⁵ Fundación Wikipedia, fecha de última publicación seis de agosto de dos mil once. El Iudex es una de las magistraturas del derecho romano. El Iudex es la persona encargada de decidir de forma objetiva e imparcial un conflicto sometido a su decisión, por lo general, por disposición de las partes. Desarrollaban el proceso y dictaban la sentencia. El Iudex es una especie de juez-arbitro que las partes buscan para que solucione un conflicto y el poder de este depende de la sumisión de las partes a él. <https://es.wikipedia.org/wiki/Iudex>, sitio web consultado el día dieciséis de Mayo de dos mil dieciséis.

En Francia, En el proceso civil francés, cuando el caso se presta a las declaraciones de testigos, el tribunal ordena una *enquête*⁴⁶, con el fin de recibir sus deposiciones.

En los primeros tiempos de la *enquête*, el parlamento acostumbraba delegar el examen en dos o más de sus integrantes, los cuales -a su vez- después del siglo XIII, requiriendo la pertinente autorización, podían subdelegar en otros el cumplimiento de sus funciones.

Posteriormente se afianzó la práctica de confiar el procedimiento de referencia a un solo juez o a uno o más comisarios; y funcionarios de esta clase se fueron agregando varios a los diversos tribunales franceses hasta la época de la revolución. El tribunal llega a ver solo los resultados escritos del interrogatorio sin haber visto ni oído a los testigos ni formado una impresión personal de ellos. Rige, pues el principio de Mediación en toda su amplitud.

En el procedimiento de Prusia, creado después del advenimiento de Federico II El Grande, en la Ordenanza General Judicial de 1793-1795, el juez encargado especialmente de supervisar la preparación de la causa, el *Instrument*, examinaba en general a los testigos. Este *Instrument*, era una especie de Juez delegado, que a su vez formulaba las alegaciones de las partes, cuando no lo hacían otros funcionarios judiciales subordinados, conocidos como "comisarios de justicia".

En Austria, En 1895 se sancionó la ordenanza austríaca, que importaba un

⁴⁶ *Diccionario Online*, (2013), El término "*enquête*" designa un "procedimiento imparcial de determinación de los hechos" o "que tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos". <http://context.reverso.net/traduccion/espanol-frances/enqu%C3%Aate>, Sitio web visitado el día dieciséis de mayo de dos mil dieciséis.

mayor progreso y perfeccionamiento sobre la ordenanza alemana⁴⁷.

Aquí también la demanda se propone por escrito; notificada personalmente al demandado, se provoca una audiencia ante el presidente del tribunal o un juez delegado, en la cual el accionado puede oponer excepciones. En su defecto, debe determinar las cuestiones que han de ser consideradas litigiosas.

Además, el tribunal podrá dar un plazo al demandado para contestar la demanda. Asimismo pueden las partes plantear el caso mediante un cambio de escritos⁴⁸.

Las partes actúan asistidas y representadas por letrados, siendo el procedimiento oral, público y contradictorio. Si bien incumbe a las partes ofrecer las pruebas que estimen convenientes, al tribunal corresponde la facultad de determinar los hechos a probar —puntos controvertidos— y los medios de prueba.

El tribunal está también facultado para interrogar de oficio a las partes y a los testigos, ordenar prueba pericial o de informes, disponer inspecciones oculares o cualquier otra diligencia que reputé necesaria para conocer la verdad de los hechos; salvo la agregación de documentos que las partes no hubieren invocado.

⁴⁷ **A. Mario de la Fuente**, *La oralidad en el nuevo Código Procesal Civil de La Rioja*, "Revista de Derecho Procesal", 1° trimestre, año XI, (España, 1953): 65-80. Dicha ordenanza ha sido elaborada por el Dr. Franz Klein, quien era entonces ministro de justicia y profesor de la Universidad de Viena.

⁴⁸ **Isidoro Eisner**, *La Inmediación en el proceso*, (Buenos Aires, Argentina, Edit. Depalma, 1963), p.65. Procedimiento similar al que regía en Italia hasta la reforma de 1910. Las partes se intercambiaban sus fascículos.

La prueba es recibida directamente por el tribunal que entiende en la causa siendo excepcional el caso de delegación de alguna prueba determinada, con lo que se concreta el postulado de la inmediación.

En Italia, Fue publicado y promulgado el Código de Procedimiento Civil, el 28 de octubre de 1940, entrando en vigencia el 21 de abril de 1942.

El legislador italiano se inspiró fundamentalmente -aunque no lo siguió en todos sus pasos- en las enseñanzas de José Chiovenda, en lo que se refiere al aumento de los poderes del juez, oralidad, concentración, relación inmediata (*immediatezza*) del juez con las partes y con los medios de prueba.

Se pueden distinguir en el nuevo proceso dos fases bien diferenciadas: una instructora y una decisoria⁴⁹. Aunque ambas son orales, son preparadas mediante la presentación de escritos. En la fase instructora vemos que la demanda introductora es escrita lo mismo que lo es la contestación. Ambas piezas deben ser completas en sus enunciaciones y peticiones, pero los argumentos sólo deben ser esquemáticos, pues su desarrollo y debate deberá ocurrir por vía oral ante el tribunal.

El juez de instrucción civil fija la audiencia, determina con intervención de las partes las cuestiones controvertidas y ordena las medidas de prueba que considera procedentes u oportunas. A este juez corresponde la facultad de decidir, las cuestiones preliminares, prejudiciales o incidentales en este período con motivo de la determinación de los hechos y la admisión y producción de las pruebas.

⁴⁹ **Enrico Tulio Liebman**, *El nuevo Código de Procedimiento Civil italiano en la ley*, tomo XXIII, (Italia, 1943), p.31. La fase decisoria, el tribunal dirigido por el ponente enjuicia y toma una decisión sobre lo visto y oído. Para ello se llevara a cabo la deliberación, votación y emisión del fallo.

Las providencias que al efecto dicta pueden ser revocadas por él mismo, sin perjuicio de que dichas cuestiones sean luego juzgadas nuevamente, y aun de distinta manera, por el tribunal. Al concluir la instrucción las partes se comunican de nuevo, recíprocamente, un escrito que concreta en conjunto lo actuado ante el instructor.

En la audiencia que se celebra ante el colegio, las partes discuten oralmente la causa, luego de lo cual aquél pronuncia la sentencia. En ésta, el tribunal examina nuevamente y decide las cuestiones preliminares ya resueltas por el juez instructor. Si considera necesario ampliar la investigación o no comparte alguna de las decisiones tomadas por aquél, vuelve la causa al juez de instrucción. También puede el tribunal disponer que se vuelva a producir ante él alguno de los medios de prueba ya sustanciados en la primera etapa.

Si bien se produce un contacto estrecho e inmediato entre el juez instructor y las partes, y aquél recibe personalmente los materiales probatorios, tanto la inmediación como la propia concentración toman en este código una modalidad muy especial.

Es cierto que el juez instructor es a la vez uno de los miembros del colegio, siendo su relator; pero ello no permite cumplir los propósitos de la immediatezza, ya que de tal modo es uno solo de los tres magistrados que decidirán la causa, quien ha participado directa y personalmente en la recepción de las pruebas. De este modo, la impresión de los hechos, el diálogo esclarecedor, el conocimiento personal de los lugares, los sujetos y las cosas que se investigan, sólo se habría dado en las vivencias personales del instructor, quien al transmitir sus propias impresiones, no permite a éstos alcanzar la única fuente originaria del convencimiento⁵⁰.

⁵⁰ **José Chiovenda**, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. de S. Sentís Melendo, (vol. II,

Se ha dicho que la función instructora y la decisoria requieren actividad y aptitudes diferenciadas. La primera demanda un órgano ágil, pronto, dinámico. La segunda pide prudencia, ponderación y equilibrio.

Con la creación de la nueva figura del juez instructor en el procedimiento civil italiano, conservando para la decisión de la causa al órgano colegiado, se ha pretendido adecuar el órgano a la distinta variedad de las funciones; y, como dice Liebman⁵¹, "en compensación, sacrificar parcialmente uno de los principios fundamentales del procedimiento oral: el de la immediatezza, esto es, el conocimiento directo y personal de los medios de prueba, de parte de las personas que deciden la causa".

En España, conforme resulta de varias ordenanzas contenidas en la Novísima Recopilación, la recepción de las declaraciones de testigos habría sido encomendada generalmente desde el siglo XV hasta el siglo XVIII, a los funcionarios designados con el nombre de escribanos o secretarios oficiales, conocidos también como escribanos receptores, en razón de las tareas que desempeñaban en este aspecto⁵².

No obstante la tendencia de los países de Europa a implementar la oralidad, en 1855, en España, se aprobó la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tenía como objetivo dar nueva fuerza a los principios cardinales de las antiguas

Edit. Ejea, 1949), p. 254.

⁵¹ Ibidem, p. 32. El Juez Instructor ejercita todos los poderes encaminados al desenvolvimiento del proceso. Las partes deben alegar y probar la existencia de los hechos a que atribuyen determinados efectos jurídicos, quedando reservado al Juez instructor algunas facultades que integran así la actividad misma de las partes.

⁵² **Robert Wyness Millar**, *Los principios formativos del procedimiento civil*, trad. del inglés por la Doctora **Catalina Grossmann**, (Buenos Aires, Edit. Ediar S.A., 1945).

leyes y principios incrustados por más de veinte generaciones en las costumbres españolas.

Como consecuencia de la influencia española, en Iberoamérica existe una tradición “escrita” en el proceso civil, que ha traído como consecuencia la lentitud de los trámites legales, la demora en resolver los pleitos y la prevalencia de las formalidades por encima de las cuestiones de fondo⁵³.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, ha sido, el *código* procesal más fructífero del mundo. Se trata de una Ley que determinó todo el desarrollo posterior de lo que ha sido el proceso civil de muchos países.

Dentro de los principios del procedimiento, se encontraba el *predominio de la escritura*: La ley proclamó la escritura como principio básico y la mantuvo con todas sus consecuencias de mediación y dispersión de los actos procesales. El juez, para dictar sentencia, sólo podía tomar como base aquello que se encontraba documentado.

A finales del siglo XIX se dictó, pues, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en la que se trataba también de mantener lo existente, sin introducir verdaderas reformas en el sistema procesal civil.

No es necesario pues, repetir lo que antes hemos dicho para los principios del proceso y del procedimiento, pues los de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se reiteran en la de 1881, sin perjuicio de que en ésta se introdujo la publicidad general de los actos procesales y se aumentó la contradicción en la prueba.

⁵³ **Eugene Petit**, *Tratado elemental de Derecho Romano*. (México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989), p. 644.

Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, las diferencias entre las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1881 y la de 2000, consisten en que la primera regulaba un proceso escrito, mientras que la segunda regula un proceso oral, introduciendo únicamente el principio de oralidad en el proceso y reconociendo los que ya existían en la LEC anterior.⁵⁴

Dentro de los principios que se integran a la oralidad tenemos el principio de inmediación, que Es la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto.

Esta exigencia es particularmente importante con relación a las pruebas, hasta el punto de que normalmente se ha venido concibiendo la inmediación solamente como la exigencia de que el juez que ha de pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas. Uno de los efectos de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que componen el órgano jurisdiccional durante la tramitación de la causa, y en especial que sólo pueden concurrir a dictar la sentencia los magistrados ante los que se ha desarrollado la audiencia oral en la que el juez o tribunal se pone en relación directa con las pruebas y con las partes. La regla general es la de que el juez que debe dictar sentencia ha de haber practicado la prueba, y de ahí la necesidad de que presida el juicio oral y dicte sentencia sea el mismo juez, lo que supone también que en ese juicio debe practicarse toda la prueba, pero ello no impide la posibilidad de que en algún caso pueda practicarse prueba entre la audiencia previa y el juicio oral, sin que sea necesario que la presida el mismo juez que luego

⁵⁴ Punto octavo del epígrafe XII de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Se hace mayor hincapié en el principio de oralidad, los principios integrados a ésta, así como a los principios generales.

efectuará el juicio y dictará la sentencia, según lo estipula el Art. 137 de la nueva LEC⁵⁵. Es decir, que el principio de inmediación se aplica en las relaciones entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones tiene que valorar. También se refiere a la “Identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante la duración del juicio”⁵⁶, significa que en los tribunales colegiados, la actividad procesal, sobre todo las pruebas deben realizarse frente a ellos y no ante un juez delegado.

Si una causa, no queda concluida en una sola audiencia, el juez o el órgano colegiado de la audiencia siguiente tienen que estar integrado por las mismas personas y si no es posible, la nueva audiencia debe realizarse nuevamente. Entrando en relación directa con las partes, los testigos, los peritos y los objetos del juicio; le permiten al Juez poder apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios, basándose en la impresión inmediata que reciba de ellos y no en referencias ajenas.

Dentro de los principios Generales también se observa la inmediación y nos dice: que se refiere a que debe existir una inmediata comunicación entre el juez y las partes que obran en el proceso, de los hechos que en él deban hacerse constar y de los medios de prueba que se utilicen.

Es decir, que por inmediación se entiende la proximidad contacto entre el

⁵⁵ **Artículo 137. Presencia judicial en declaraciones, pruebas y vistas.** 1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente. 2. Las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto. 3. La infracción de lo dispuesto en los apartados anteriores determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones.

⁵⁶ **Juan Montero Acora**, *La Nueva LEC Española y la Oralidad*, (Valencia, España. 2000), p. 49.

juez y determinados elementos probatorios y es requisito de ésta, que los actos de prueba se practiquen en presencia del juez, ya que será este quien dará mérito a la prueba aportada.

En los procesos de los países de raíz hispánica donde el procedimiento sigue los moldes de las viejas leyes españolas de 1855 y 1881, siguen en general con sus sistemas de proceso escrito, formal, complejo y poco propenso a la intermediación.

Las pocas normas que facilitarían el desarrollo, en alguna medida, de este principio, son desconocidas en la práctica y el contacto directo entre el juez, las partes y el material de conocimiento, es un hecho extraño a tales regímenes de hacer justicia.

1.3.1 **Ámbito de vigencia del principio**

Es posible afirmar que desde la edad media hasta tiempos muy recientes, el principio de intermediación no había hallado verdadero lugar en los tribunales continentales europeos respecto de la recepción de pruebas, especialmente la testimonial.

En la actualidad con la mayor difusión del juicio oral, es menor el ámbito de vigencia de la mediación en los diversos regímenes procesales europeos.

Pese a ello todavía impera dicho principio con bastante amplitud como se comprueba con el sistema de la encuesta francesa, la intervención, en el nuevo proceso civil italiano del magistrado llamado Juez Instructor,⁵⁷ que

⁵⁷ **Leonardo Prieto Castro**, en sus adiciones de Derecho Español a la trad. que le pertenece de la obra de **W. Kish**, *Elementos del Derecho Procesal Civil*, "Revista de Derecho Privado", (Madrid, España, 1940), p. 135, expresa: "predomina la mediación en nuestro procedimiento como no podía por menos por ser escrito". Bajo el enunciado "ataques a la intermediación",

reemplaza al anterior “Juez Delegado”; y el interrogatorio teóricamente excepcional, pero prácticamente generalizado de los testigos, por uno solo de los jueces del tribunal colegiado en el procedimiento alemán.

1.4 Historia del Proceso Civil en El Salvador

1.4.1 Código de Procedimientos Civiles

Anterior a los Códigos de Napoleón, ninguna legislación contiene un cuerpo de disposiciones, expresas y específicamente destinadas a los procedimientos judiciales, siendo desde la emisión de dichos códigos que se empieza en todos los países a codificar los procedimientos judiciales.

España misma, antes de la independencia de las colonias americanas, no tenía todavía un Código de Procedimientos Judiciales.

Fue en la Constitución de 1812 cuando se establecieron los principios de las codificaciones, y sobre todo en los que debía fundarse la ley de procedimientos o enjuiciamiento.

A principios del siglo pasado juristas españoles, hablaban sobre la necesidad que tenía España, de una codificación general de su legislación. El sistema español de legislar era semejante al de los demás países; sin número de leyes sobre las mismas materias. Junto con el sistema, heredamos también

explica “tenemos en primera instancia el que significa la practica extra legal de la no asistencia o asistencia con meros fines de inspección del Juez a la ejecución de las pruebas; y el que resulta como secuela inevitable del procedimiento escrito de la ley de Enjuiciamiento Civil. Nos referimos a la intermediación del secretario-frecuentemente del oficial habilitado-en todo procedimiento”. “El secretario es el intermediario obligado en el sistema español entre las partes y el Juez a través del cual únicamente este tiene conocimiento de la actividad procesal, de las pretensiones y de las peticiones de aquellos.

ese doble laberinto de leyes que regían tanto en España como en las colonias⁵⁸.

El primer trabajo de codificación de las leyes procesales en El Salvador, ocurrió el año de 1843, cuando las Cámaras Legislativas de El Salvador comisionaron al Jurisconsulto, Doctor y Licenciado Isidro Menéndez para que redactara el Código de Procedimientos Judiciales. Este no era el primer trabajo de codificación de leyes, pues el 13 de abril de 1826, se había decretado el primer Código Penal, se trataba de un segundo trabajo de codificación⁵⁹.

Cabe decir que Códigos de esta naturaleza, declarados Ley de la República, solamente ha habido tres: el de Procedimientos Judiciales de 1857; y los dos de Procedimientos Civiles de 1863 y 1881. El Código de 1878 es segunda edición del de 1863; así como los de 1893, 1904, 1916 y 1926, son respectivamente, segunda; tercera, cuarta y quinta del Código de 1881.

1.4.2 Código Procesal Civil y Mercantil.

1.4.2.1 Aspectos Históricos

Los antecedentes para la creación del Código de Procedimientos Civiles que estuvo vigente desde 1882, se encuentra en la época Napoleónica, ya que “en dicho momento histórico, en Europa, y en Francia, comenzó a darse el

⁵⁸ **Rafael Veloso Chavez** *Manual del Juicio Ejecutivo*, (Santiago, Chile, Edit. Nascimento 1928), pp.12-13.

⁵⁹ **Carlos Arturo Mayen**, *El Salvador Código de Procedimientos Civiles*, “Constitución y Códigos de la Republica de El Salvador”, (San Salvador, El Salvador, 1999), p.452.

fenómeno de la Codificación. Así tenemos que el 1º de Enero de 1807 en Francia, se creó el Code de Procedure Civile, cuerpo legal que posteriormente sirviera como ejemplo para otras legislaciones a nivel mundial⁶⁰.

El fenómeno de la Codificación en El Salvador, fue hasta el año de 1843, cuando el Presbítero y Doctor Isidro Menéndez, comienza a dar los primeros trabajos de codificación, quien además fue el redactor de un Proyecto de Código de Procedimientos Judiciales, que fue sometido a múltiples observaciones y declarado como Ley de la República el 20 de Noviembre de 1857, constituyéndose en nuestro primer Código de Procedimientos Civiles y Criminales. Sin embargo con el surgimiento del Primer Código Civil, trajo como consecuencia un sinnúmero de reformas a diferentes cuerpos de ordenamiento jurídico, lo que hizo determinar que existía una serie de inconsistencias entre ciertos cuerpos legales incluido el Código de procedimientos Judiciales, por estas circunstancias se implementa una serie de reformas al mismo, que llevo a delegar una comisión de Abogados para que revisara el proyecto de reformas.

Fue así como un proyecto de reformas terminó como un nuevo Código, que unificaba dos cuerpos de leyes, por un lado el Código de Procedimientos Civiles y por el otro el Código de Instrucción Criminal, los cuales fueron publicados en la Gaceta Oficial el 15 de Enero de 1863. Este a su vez, tiene su fuente en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, se consagró en el ordenamiento jurídico el “solemnis ordo iudiciarius” caracterizado por

⁶⁰ **Jessica Avalos**, *Cambios por nuevo Código Civil y Mercantil*, (San Salvador, El Salvador, 2010), La nueva legislación vino a exigir la celebración de juicios orales, la asamblea legislativa implementó este cambio para superar la mora histórica que hasta ese momento tenía estas instancias. www.laprensagrafica.com/cambios-por-nuevo-codigo-civil-y-mercantil, sitio web consultado el día veinte de mayo de dos mil dieciséis.

ser un Sistema escrito, lento, burocrático, exceso de ritualismos y formalidades generando una pérdida de tiempo.

De la misma manera, el 28 de Agosto de 1879, se nombró una nueva comisión de Abogados por el Poder ejecutivo, facultado previamente por la Asamblea Nacional Constituyente, dicha comisión, por Decreto Ejecutivo del 31 de Diciembre de 1881, publicado en el Diario Oficial el 1º de Enero de 1882, se tuvo por Ley de la República un nuevo Código de Procedimientos Civiles, vigente hasta el 30 de junio de 2010⁶¹.

En síntesis, “el Código de Procedimientos Civiles, tuvo su inspiración en los movimientos codificadores españoles de principios y mediados del siglo XIX, se trata de un proceso medieval y con retoques de la época liberal”⁶².

Lo anterior dio lugar a que junto al Derecho Civil se formara un Derecho Mercantil, con características más propias, lo que determinó que al llegar la época de la Codificación se considerara la necesidad de elaborar un Código de Comercio paralelamente al Código Civil.

El Derecho tiene la característica de ser cambiante, y por ello debe adecuarse constantemente a las condiciones jurídicas, sociales, económicas, políticas, etc. de la sociedad. Cabe mencionar que el Código de Procedimientos Civiles fue publicado en 1882, teniendo más de un siglo de vigencia, por lo que ya no corresponde con las necesidades jurídicas

⁶¹ **Ricardo Mendoza Orantes**, *Comentarios sobre los Antecedentes del Código de Procedimientos Civiles*, expuestos en la “Recopilación de Leyes Civiles”, 26ª Ed., (San Salvador, El Salvador, Edit. Jurídica Salvadoreña, 2006).

⁶² **Mauricio Ernesto Velasco**, *Ponencia en la presentación y entrega oficial del Código Procesal Civil y Mercantil a la Asamblea Legislativa*, (San Salvador, El Salvador, 2009), p.57.

actuales de la sociedad volviéndose necesario que esta normativa procedimental fuera renovada mediante otro cuerpo normativo que le diera a la sociedad mejores condiciones en el proceso, actualizándose de acuerdo a las nuevas corrientes del pensamiento jurídico e incorporando una serie de preceptos modernos y propios de los procesos orales, como son el predominio de la palabra, a viva voz y la presencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, función activa del juez, reducción de incidentes e impugnaciones y dotando el sistema de libre valoración de la prueba.

CAPÍTULO II: MARCO TEORICO DEL PRINCIPIO DE INMEDIACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL.

2. Generalidades del Derecho Procesal Civil y Mercantil y el Principio de Inmediación

El presente capítulo inicia con el estudio de las diferentes definiciones del Derecho Procesal Civil, el proceso civil y su estrecha relación con el principio de Inmediación y el alcance en el proceso, así como también establecer una definición del principio de Inmediación dada por diferentes autores. Además de conocer cómo se da la intermediación dentro de la actividad probatoria puesto que es por medio de esta que el Juez tiene una mayor apreciación de la prueba. Además de ahondar sobre el tema de la prueba, su definición, naturaleza jurídica y objeto, los medios probatorios y los principios que rigen la prueba también los diferentes sistemas de valoración que existen.

2.1 Definiciones de Derecho Procesal Civil

Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas de los sujetos procesales y la aplicación de leyes civiles a casos concretos de controversia de las partes⁶³.

Eduardo José Couture, lo define como: “La rama de la ciencia que estudia la naturaleza, el desenvolvimiento y la eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominadas Proceso Civil; en cambio para Luis Dorantes Tamayo:

⁶³ **Jorge Alberto Machicado**, *Introducción al Derecho procesal civil*, (Sucre, Bolivia, 2009), El derecho procesal es la disciplina que estudia las normas referidas a la organización, funcionamiento y actividad de los tribunales judiciales y arbitrales. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/queeselderechoprocesalcivil.html#sthasGpdSU8h.dpuf>, sitio web consultado el veintiuno de enero de dos mil quince.

“Es el estudio sistemático de las normas jurídico-procesales que están vigentes en un lugar y en un momento determinado”⁶⁴. Las definiciones anteriores tienen elementos básicos, en virtud que dejan claro lo que se entiende por Derecho Procesal Civil como: "La rama del Derecho que se encarga de estudiar la naturaleza, el desenvolvimiento y la eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominadas proceso civil, así como la actividad del Estado y de las partes intervinientes y sus obligaciones y derechos, en busca de la realización de los intereses privados"⁶⁵.

2.2 Definición de El Proceso Civil

Luego de definir lo que es el Derecho Procesal Civil, es necesario definir que es el Proceso Civil: “Es el desarrollo de la función jurisdiccional civil, subordinadas y unidas a la actividad de las partes y el Estado, en el perseguimiento de la satisfacción de los intereses titulados por el derecho, cuando por algún motivo no se realiza la norma jurídica que las tutela", así mismo es "aquel que se tramita por la jurisdicción ordinaria y sobre conflictos que atañe primordialmente el derecho privado⁶⁶.

⁶⁴ **Eduardo J. Couture**, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3° Ed., (Buenos Aires, Argentina, Edit. De Palma, 1958). La separación tradicional entre el derecho procesal civil y el derecho procesal penal se ha extendido en la medida en que se han diversificado las relaciones jurídicas y adquirido importancia ciertas disciplinas, como Derecho Laboral entre otras ramas pretendiéndose el tratamiento autónomo de derechos procesales correlativos. Esto es como consecuencia de la creciente complejidad de los conflictos humanos y de los negocios jurídicos.

⁶⁵ **Eduardo J. Couture**, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, *Ibidem*. la distinción decisiva y fundamental entre las dos formas tiene su origen en la diversa entidad del interés comprometido en los procesos, o sea, interés público por un lado e interés privado por el otro, de los que derivan los principios esenciales que caracterizan a cada uno de ellos: sistema dispositivo en el civil y sistema inquisitivo en el penal.

⁶⁶ **Silvia Lissette Alvarado Rodriguez y Sigfredo Edmundo, Alvarado Araujo**, “La Improponibilidad de la demanda según el Código de Procedimientos Civiles y específicamente el artículo 197”, (Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias

En el desarrollo del presente trabajo de investigación se entenderá por proceso civil: El conjunto de actos relacionados entre sí, que se realizan ante o por un órgano jurisdiccional civil, siempre determinada por la voluntad o a instancia de las partes y del estado mismo, con el objeto de satisfacer los intereses en virtud de la norma jurídica.

El Proceso Civil es el que se tramita por la jurisdicción ordinaria y sobre conflictos que atañen primordialmente al Derecho Privado⁶⁷. Otra definición del Proceso Civil, dice que es la sucesión de fases jurídicas concatenadas realizadas por el juez en cumplimiento de los deberes y obligaciones que la ley procesal le impone, por las partes y los terceros cursadas ante órgano jurisdiccional en ejercicio de sus poderes, derechos, facultades y cargas que también la ley les otorga⁶⁸.

2.3 Concepto y Alcance del Principio de Inmediación

Sobre este punto, cabe señalar previamente que en las disposiciones generales sobre la práctica de las pruebas, se deduce el principio de oralidad, el cual trae como consecuencia el principio de inmediación.

La inmediación según la doctrina, supone que el juicio y la práctica de la

Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1999). p. 20

⁶⁷ **Guillermo Cabanellas de Torres**, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Edit.Heliasta, 2006), p. 385. La palabra proceso nos da idea de progreso, de avance a través de una serie de hechos que conducen a un resultado.

⁶⁸ **Roland Arazi**. *Derecho Procesal civil y comercial*, "parte general y especial", 2ª ed., (Buenos Aires, Argentina, Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1995), p.465. Cosa juzgada: Eficacia que adquiere la sentencia judicial que pone fin al proceso y que no es susceptible de impugnación, por no darse contra ella ningún recurso o por no haberse impugnado a tiempo, lo que lo convierte en firme. La *cosa juzgada* es lo resuelto en proceso contradictorio, ante juez o tribunal, por sentencia firme, contra la cual no se admite recurso, salvo el excepcionalísimo recurso de revisión. Para detener un proceso, la *cosa juzgada* se presenta como excepción previa.

prueba han de transcurrir ante la presencia del órgano jurisdiccional⁶⁹. Es decir, que el juzgador deberá presenciar tanto las alegaciones efectuadas por las partes dentro de la audiencia, como la práctica de la prueba propuesta dentro del proceso, siendo estos dos momentos procesales diferentes pero importantes al momento de la aplicación correcta del principio de inmediación. Este principio de inmediación ha sido concebido como una mera presencia judicial y no como debería considerarse, es decir, una garantía procesal al justiciable.

El actual proceso civil y mercantil salvadoreño es eminentemente oral, en el sentido que las actuaciones procesales deben ser realizadas en audiencia pública, a excepción de ciertos actos que la misma ley contempla que deben ser por escrito⁷⁰. En ese sentido doctrinariamente se sostiene que en un proceso eminentemente oral, la secuencia probatoria no podrá reemplazarse por o mediante escritos y habrá de realizarse en audiencia⁷¹. Aunado a lo anterior, el Código Procesal Civil y Mercantil⁷² regula el mencionado principio

⁶⁹ **Rosario Herrera Abián**. *La Inmediación como garantía procesal, en el proceso civil y en el proceso penal*, S. Ed. (Granada, España, Edit. Comares 2006), p.3-4. La autora sostiene que lo que permite afirmar que un proceso goza de inmediación es que el Juez competente para decidir, presencie las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas sin delegar y sin servirse de un tercero.

⁷⁰ **Código Procesal Civil y Mercantil**, D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Artículo 147: “Las actuaciones procesales se habrán de realizar bajo el principio general de oralidad. Sin embargo, la demanda y su ampliación, la contestación de la demanda, la reconvencción y cualquier resolución que ponga fin al proceso o surta efectos materiales sobre la pretensión, serán siempre por escrito; y, salvo las excepciones legalmente previstas, las declaraciones de testigos y peritos serán en forma oral”. En esta disposición legal se evidencia que tenemos un sistema que no es totalmente oral.

⁷¹ **Jorge Luis Kielmanovich**, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, (Buenos Aires, Argentina, Edit. Abeledo Perrot, 1996), p.70. Al respecto, la prueba debe ser producida de manera oral y en presencia del Juez, ya que precisamente el actual proceso civil y mercantil es eminentemente oral.

⁷² **Código Procesal Civil y Mercantil**, D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224,

de intermediación y esto se encuentra en relación con el Régimen de las audiencias⁷³, ya que las audiencias son públicas y deben realizarse en la presencia del titular o titulares del respectivo Tribunal.

Esto conlleva a interpretar al principio de intermediación como la exigencia que las pruebas se practiquen en presencia judicial, particularmente respecto al interrogatorio de las partes y de testigos, el reconocimiento judicial, los medios de reproducción de palabra y sonido, y las explicaciones de los dictámenes periciales⁷⁴.

Esta exigencia legal respecto a la presencia judicial en determinada práctica de los diversos medios de prueba, ha llegado a entenderse precisamente como una mera exigencia de presencia judicial y debido a ello se justifica el auxilio judicial en aquellos casos en los que, al juzgador se le hace difícil y en muchos casos imposible, trasladarse de un lugar a otro, por las dificultades propias de ir físicamente.

La intermediación también se evidencia al momento de presidir las respectivas

tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Artículo 10: "El Juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de audiencias como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable; excepto cuando la diligencia probatoria deba de realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el Juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el Juez delegado presidir la práctica de la misma". Se puede evidenciar un mero requisito de presencia judicial.

⁷³ Sobre el régimen de las audiencias, el art. 200 del Código Procesal y Mercantil, regula que: "las audiencias en los procesos regulados por este código, serán públicas, según lo previsto en el artículo 9 y se realizarán, bajo pena de nulidad insubsanable, en presencia del titular o titulares del Juzgado o Tribunal colegiado, en los términos del artículo 10, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales que establece este código."

⁷⁴ **Hermógenes Acosta** et al, *Constitucionalización del Proceso Civil*, (Santo Domingo, República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, Edit. Búho, 2005), p.376. Efectivamente habrán diversas actuaciones procesales como el caso de realizar o practicar algunos medios de prueba como la declaración de testigos, de las partes, de peritos; en las cuales se requiera la presencia judicial a fin de intermediar dichas pruebas.

audiencias por parte del Juzgador. Esto en relación a lo regulado en el artículo 10 del Código Procesal Civil y Mercantil, que dispone: “El Juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de las audiencias...”⁷⁵; puesto que representa una garantía procesal para el justiciable, el ser escuchado en sus alegaciones por el Juez que decidirá el conflicto planteado por las partes procesales.

Doctrinariamente el vocablo inmediación, expresa proximidad o contigüidad a algo, cercanía física a un objeto material que es susceptible de convertirse en un método de conocimiento e interacción con el objeto de que se trate⁷⁶.

Desde una perspectiva procesal, la inmediación se ubica dentro de la categoría de principios relacionados a la forma de los actos procesales o principios de procedimiento, estrechamente vinculado con los principios de oralidad y concentración.

Asimismo la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha emitido pronunciamiento sobre el principio de inmediación, en proceso Constitucional de Hábeas Corpus, según sentencia pronunciada a las doce

⁷⁵ **Código Procesal Civil y Mercantil**, D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Artículo 10, Op. Cit. El principio de inmediación se flexibiliza en segunda instancia pues el superior no repite las pruebas, ni practica otras nuevas, pero se cumple respecto de las intervenciones de los recurrentes y no recurrentes; los fundamentos probatorios para decidir el recurso de apelación son los mismos del juez de primer grado, y el recurso de apelación no constituye sólo una instancia de revisión de la validez del proceso, sino también un escenario idóneo para determinar la corrección de los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión.

⁷⁶ **Nicolás Cabezado Rodríguez**, *Del Principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, (Valencia, España, Edit. Tirant lo Blanch, 2010), p.19. El autor manifiesta que se le considera un principio atinente a las relaciones entre el juez o tribunal sentenciador y el objeto del proceso (Gimeno Sendra), o como una imposición al juzgador de hallarse en contacto inmediato con los demás sujetos que intervienen en el proceso (Montero Aroca o Fairén Guillén).

horas y trece minutos del día veinte de marzo de dos mil seis⁷⁷, que en lo peculiar expone que se debe entender a la inmediación como presencia de las partes en el mismo lugar. Sobre este tema, si bien es cierto se trata de un caso penal, es de hacer notar que los principios procesales como lo es el principio de inmediación también es perfectamente aplicable a un proceso de materia civil y mercantil.

En ese sentido, la sala ha mencionado que la inmediación, entendida como presencia de las partes en el mismo lugar, no se da en segunda instancia, puesto que el conocimiento que tiene el tribunal superior en grado, es de forma indirecta dado que no se reproduce ante él, las audiencias orales ni la práctica de pruebas, salvo excepciones. Así las cosas, se ha considerado desde siempre a la inmediación judicial como una presencia física entre el Juzgador y la producción de la prueba.

En la sentencia antes citada, la Sala de lo Constitucional claramente menciona que en segunda instancia no es posible que se constituya la inmediación judicial, debido a que consideran necesariamente una presencia física. La Inmediación pretende potenciar y garantizar al justiciable que el mismo Juez que emitirá un determinado pronunciamiento, será el que debe presenciar la producción de la respectiva prueba judicial⁷⁸.

La actual configuración del proceso civil, supone la necesidad de mantener la

⁷⁷ Hábeas Corpus, Referencia N°126-2005, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2006), considerando III, p.1. “Hemos de partir que la inmediación, entendida como presencia de las partes en el mismo lugar”.

⁷⁸ Hábeas Corpus, Referencia N°126-2005, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2006). Los fundamentos normativos internacionales del derecho a la segunda instancia en relación con práctica probatoria queda librado a la normatividad interna de los distintos estados. De todas maneras, es claro que de acuerdo con ellos y su interpretación autorizada, la competencia del superior se extiende a los aspectos tanto jurídicos como fácticos, y en consecuencia probatorios, del fallo recurrido.

inmediación, como principio de un procedimiento oral, teniendo en cuenta esta exigencia en aquellas actuaciones que, practicadas oralmente (prueba, desarrollo de la vista y comparecencias), van a tener que estar presididas por la inmediación, de manera que el tribunal que las presencia es el mismo que va a conformar su opinión en las resoluciones que se dicten, lo que exige contacto directo, percepción inmediata, para llegar a producirse la formación interna de aquéllas⁷⁹.

La normativa procesal civil y mercantil sigue este criterio de considerar al principio de inmediación como consecuencia de la aplicación del principio de oralidad dentro del proceso.

Es así como dicho principio se refiere a la presencia del Juez tanto en la celebración de la audiencia como en la producción de los diversos medios de prueba, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable. Excepto cuando la diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el Juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el Juez delegado presidir la práctica de la misma. En ese sentido, con dicha disposición legal claramente se establece la necesidad que el mismo Juez competente sea el que presida la práctica de cualquiera de los medios de prueba. Obviamente toda regla general tiene su excepción y en el caso del principio de inmediación, dicha excepción se configura con la figura de las comisiones procesales.

Con respecto a las comisiones procesales, serían la excepción a la regla

⁷⁹ **Juan Montero Aroca et al**, *El nuevo Proceso Civil, "Ley 1/2000"*, 2º Ed., (Valencia, España, Edit. Tirant lo Blanch, 2001), p.167. El autor sostiene que no puede confundirse la presencia judicial como requisito de los actos orales, con el principio de inmediación, ya que éste responde a la exigencia de que el Tribunal mantenga contacto directo con los intervinientes en el proceso.

básica del principio de inmediación, en cuanto a la presencia judicial directa en la producción de la prueba, ya que se justifica en el sentido de que será un funcionario judicial, el encargado de presenciar y garantizar que la producción probatoria se realice con todas las garantías fundamentales necesarias para el mejor desempeño de esa específica actuación judicial, pero en realidad ese Juez delegado podrá presenciar el desarrollo de una determinada prueba, no obstante ello, su apreciación y captación de la realidad servirán de poco al Juez que va a dictar sentencia en el caso en conflicto.

Dentro del proceso y al tratar el tema del alcance de la inmediación, se percibe este principio procesal, al momento del desarrollo de la audiencia, es decir cuando el Juzgador presencia las alegaciones de las partes procesales y asimismo dentro del procedimiento probatorio, específicamente en la fase de la producción de la prueba.

Es así como este principio procesal consiste en que sólo los Jueces y magistrados que integrando el órgano jurisdiccional han presenciado y dirigido la práctica de los medios de prueba en los actos de juicio o de la vista, pueden dictar sentencia en el proceso correspondiente⁸⁰.

Se sostiene doctrinariamente⁸¹, que con excesiva frecuencia se viene

⁸⁰ **Manuel Ortells Ramos**, *Derecho Procesal Civil*, 3º Ed., (Navarra, España, Edit. Aranzadi, 2002), pp. 387-388. El autor manifiesta que la inmediación tiene excepciones en los medios de prueba que han de ser practicados mediante auxilio judicial, pero aún en estos casos, han de ser practicados bajo presencia judicial.

⁸¹ **Juan Montero Aroca et al**, *Derecho Jurisdiccional*, Tomo I parte general, 12ª Ed., (Valencia, España, Edit. Tirant Lo Blanch, 2003), p. 381. Por las razones indicadas, es comprensible la alternativa por la que optan los tribunales al no permitir que en segunda instancia se aduzcan pruebas que debieron ponerse en conocimiento del *aquo*, pues el recurso de apelación no suministra un espacio procesal para corregir la incuria de las partes.

hablando de la inmediación cuando en realidad se trata únicamente de la imposición legal de que el Juez presida el acto de práctica de la prueba; sin perjuicio de que luego pueda ser otro el Juez que dicte la sentencia.

2.3.1 Definición del Principio de Inmediación

Este principio procesal es uno de los más emblemáticos del proceso oral, al respecto se ha dicho que la cercanía del Juez a las partes y a las pruebas, es garantía de una resolución más apegada a la verdad y a la justicia.

Existen innumerables definiciones, siendo una de las más completas la del magistrado costarricense Ricardo Vargas, quien define el principio de inmediación de la siguiente manera: “Hablar de oralidad es hablar forzosamente de inmediación y concentración. Lo fundamental de este principio es que durante el desarrollo de las audiencias en el proceso, las partes se comuniquen directamente entre sí y con el Juzgador, y que este a su vez se comunique con las partes y con las demás personas que intervienen el proceso”⁸². Anteriormente a él, Bentham opinó que: “Este principio corresponde a las relaciones entre el Juzgador y el material fáctico. En estrecha relación con el principio de oralidad se encuentra el de inmediación, significa dicho principio que el juicio y la realización de los medios probatorios debe ser a presencia del Juez, tanto así que se afirma

Con todo, en aquellas situaciones en que se acredite que se hicieron esfuerzos razonables para conseguir esos medios de conocimiento, sin que ello haya sido posible, podría hacerse una excepción ya que entonces concurriría un motivo que justificaría su admisión y su consideración en la decisión por proferir.

⁸² **Ricardo Vargas**, *Celeridad de los Juicios Laborales*, “Encuentro Iberoamericano de Justicia Laboral”, (San José, Costa Rica, 1999), p.10. Se tiende a asegurar que la relación del juez con las personas y cosas que interesan al proceso sea inmediata, lo más próxima posible y sin intermediarios.

que sólo quien ha presenciado la totalidad del procedimiento, oídos los alegatos de las partes y quien ha asistido a la práctica de la prueba, está legitimado para pronunciar sentencia⁸³. Por lo tanto es fácil concluir que la oralidad está incluida en el concepto de inmediación, pero hay que aclarar que aun cuando la inmediación implica el contacto directo del Juez con las partes en cada una de las fases del proceso, nunca es más importante como lo es en la etapa probatoria, ya que es ahí donde la inmediación es absolutamente necesaria y más eficaz.

Chiovenda, define la inmediación como un principio de la etapa probatoria: “El principio de inmediación, quiere que el Juez que debe pronunciar la sentencia, haya asistido al desarrollo de las pruebas de las cuales cabe derivar su convencimiento, que haya entrado en relación directa con las partes, con los testigos, los peritos, y con los objetos de juicio, de modo que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y la condición de los lugares, etc., a base de la inmediata impresión recibido de ellos, y no con base a la relación ajena”⁸⁴.

El principio de inmediación tiene como finalidad mantener la más íntima relación posible, el más cercano contacto entre el juzgador, los litigantes y los medios probatorios desde el comienzo del proceso hasta la sentencia

⁸³ **Jeremías Bentham**, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Tomo I, (Buenos Aires, Argentina, 1959), pp. 192- 193, 240; citado por **Ana Meléndez**, *Como incide el Principio de Oralidad al incorporar los medios probatorios en el Proceso Común que regula el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil*, (Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2008), pp. 18-19.

⁸⁴ **Piero Calamandrei**, *Ensayos de Derecho procesal Civil*, (Buenos Aires, Argentina, Edit. Porrúa, 1949), p.254. la oralidad implica el predominio de la palabra sobre la escritura como forma de los actos procesales, cuando hay que conectar oralidad y fase probatoria ésta se concreta como la inmediación entre los medios de prueba y el Juez que ha de dictar la Sentencia.

final. De esta manera los jueces y tribunales que deben aplicar las leyes, recogen directamente sin intermediario alguno, las impresiones personales a lo largo de todos los actos procesales cuya ordenada concatenación constituye el proceso. La meta que todo proceso persigue es la búsqueda de la verdad material y para ello se encontrara el juez en mejores condiciones si se entiende directamente con las partes y la prueba, que si lo hace de manera indirecta⁸⁵.

Para Carnelutti⁸⁶, el Principio de Inmediación se puede resumir en “abreviar la distancia y por consiguiente acercar lo más posible el juzgador a las partes y a los hechos debatidos.

Dentro del sistema oral el principio de oralidad tiene relevancia, ya que no podemos concebir el sistema formal de la oralidad sin partir de la inmediación, entendiéndola como el contacto directo y persona del Juez con el proceso.

Oralidad, inmediación y Concentración guardan estrecha relación, y como lo

⁸⁵ **Víctor Fairén Guillén**, *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento legal en Estudio del Derecho Procesal*, (Madrid, España, 1958), p. 265. El Principio de Inmediación exige que el Juez que pronuncia la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de donde extrae su convencimiento, y haya entrado por lo tanto, en relación directa con las partes, los testigos, los peritos y con los objetos del juicio de tal forma que pueda apreciar las declaraciones de las personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias ajenas.

⁸⁶ **Francisco Carnelutti**, *Trattado del Processo Civile, Diritto e proceso*, (Nápoli, Italia, 1958), p. 151. El Consejo General del Poder Judicial ha mostrado especial interés en la necesidad de que los jueces estén presentes en la práctica de las pruebas. Por ello, en el Libro Blanco de la Justicia del CGPJ se recoge expresamente que: “No puede dejar pasar esta oportunidad para insistir en la necesidad y obligación inexcusable de los jueces de cumplir el ordenamiento procesal vigente. Obviamente, la primera obligación del juez es cumplir la ley. Es cierto que hay que definir en forma más razonable los supuestos en los que la presencia del juez es inexcusable y eliminar de entre éstos aquellos en los que su intervención personal es superflua. Pero mientras que la ley exija la presencia del juez, por más que sea criticable, en ésta y en todas las ocasiones en que así se ponga, deberá estar presente.”

ha indicado Gómez Orbaneja⁸⁷, no son sino aspectos distintos dentro de una misma cosa. Chiovenda⁸⁸, ha dicho que no está solo estrictamente ligado a la Oralidad, sino que constituye la esencia del proceso oral.

Goldschmidt⁸⁹, señaló la relación del principio de intermediación con la oralidad, ha tratado de construir lo que él llama inmediatividad⁹⁰ como un principio autónomo y referente al recibimiento de prueba, señalando cómo es posible obedecer a la oralidad sin atenerse al principio de intermediación y viceversa. Algunos autores como Chiovenda⁹¹ y Beceña⁹², estudian por separado el

⁸⁷ **Hercé Quemada Gómez Orbaneja**, *Derecho Procesal*, 2º ed., tomo I, (Madrid, España, 1949), p. 228. Es decir, no puede haber oralidad plena y genuina sin previa intermediación y ésta, a su vez, sólo puede conseguirse con el absoluto respeto al principio de concentración.

⁸⁸ **Giuseppe Chiovenda**, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de notas de Gómez Orbaneja, tomo III, (Madrid, España, 1940), pp. 162-163. La doctrina procesalista aborda la oralidad extrayendo de su vigencia toda una serie de principios que se derivarían, por tanto, de ésta además, y en esta línea de pensamiento, se acuña la expresión de “principios-consecuencia”. En este sentido los principios de intermediación, concentración publicidad, serían, por tanto, resultado de la oralidad.

⁸⁹ **James Goldschmidt**, *Derecho Procesal Civil*, trad. de Prieto Castro, adiciones de Alcalá-Zamora y Castillo, (Barcelona, España, 1936), p. 87. Es evidente que la intermediación está íntimamente interrelacionada con la oralidad del proceso; siguiendo este esquema se aseveran cuestiones como las siguientes: “La intermediación es parte esencial de la oralidad, tanto que puede afirmarse que no se trata de principios distintos y autónomos, sino de los dos aspectos de una misma realidad”.

⁹⁰ **James Goldschmidt**, *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, (Barcelona, España, 1935), p. 88, que también recoge en España **Guasp**, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª. Ed, tomo I, (Madrid, España, 1948), p. 671. “El principio de intermediación se halla estrechamente vinculado con el de la oralidad, en cuanto sólo en el proceso oral puede ser plena y eficazmente aplicada”, “La cuestión de la inmediatividad se relaciona íntimamente con la de la oralidad”.

⁹¹ **Giuseppe Chiovenda**, *Ibidem*. Nota 5.

⁹² **Francisco Beceña Gonzalez**, *Notas de Derecho Procesal Civil*, (Madrid, España, 1932), pp. 331-332. La intermediación se encuentra en el ordenamiento procesal, queriendo con ello el legislador con este principio obtener que el juez practique o presencie la práctica de las pruebas. Que se forme un criterio directo sobre todos y cada uno de los pormenores del trámite del correspondiente proceso. El juez tiene prerrogativas y amplitudes en la apreciación de todo el acervo probatorio y por ello resulta imprescindible el contacto inmediato con la prueba.

principio de la identidad física del Juez y el de la inmediación.

La importancia que dentro de la oralidad tiene la inmediación, es extraordinaria, pues de no existir y formar parte del sistema oral, sería imposible realizar uno de los valores principales de la oralidad, es la discusión que en palabras de Prieto Castro⁹³, se efectúa frente a frente. Es precisamente esta impresión personal que produce el desenvolvimiento directo del proceso ante el juez.

En relación con la prueba es donde se aprecia esa importancia ya que la observación directa por parte del juez, de todo el desenvolvimiento de los medios probatorios le ha de llevar a un convencimiento muy diferente del que pueda tener si se basa únicamente en escritos que recojan el desarrollo de dichas pruebas.

En la recepción de las pruebas personales indicadas, no puede escaparse la importancia que el contacto directo del juez puede tener en la formación de su convicción, ya que como señala Fenech⁹⁴, el principio de la verdad real exige que el juzgador perciba con sus propios sentidos la práctica de los medios de prueba, para resolver el objeto del proceso.

2.3.2 Inmediación en la Actividad Probatoria

Al definir la inmediación, algunos autores han establecido su actividad

⁹³ **Leonardo Prieto Castro**, *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, (Zaragoza, España, 1946), p. 208.

⁹⁴ **Miguel Fenech Navarro**, *Derecho Procesal Penal*, 2ª. Ed., tomo I, (Barcelona, España, 1952), p. 119. El principio de inmediación implica una observación directa del juez, quien adelanta el juicio oral en un solo acto y además es el encargado de anunciar el sentido de la decisión, cualquiera que ella sea, lo que resulta ideal es que ese funcionario judicial sea siempre el mismo.

únicamente a la etapa probatoria, respecto a esto, son importantes las consideraciones que emite Bentham, las cuales afirman la incidencia de la inmediación en la actividad procesal. Al igual que la oralidad, para la calificación de un proceso como inmediato o mediato, lo fundamental es la fase probatoria.

Un proceso está precedido por la inmediación del Juez que deba conocer de los actos, presenciar la práctica de las pruebas. El juicio oral está presidido por el principio de inmediación.

El Juez ha de preguntar a las partes si se pronunciarán sobre las pruebas, informes o conclusiones los cuales deben realizarse necesariamente en la audiencia. Y es que para la eficacia de la prueba, para el cumplimiento de sus formalidades, para la legalidad e igualdad en el debate y su contradicción efectiva, es indispensable que el Juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad e interviniendo luego sobre su recepción.

Este principio contribuye a la legalidad, autenticidad, pertinencia y validez de la prueba; de lo contrario, el debate probatorio se convertirá en una lucha privada, y la prueba dejaría de tener el carácter procesal.

La inmediación permite al Juez una mayor apreciación de la prueba, especialmente en materia de interrogatorios, reconocimiento judicial, declaración de parte, etc.; pero significa también que el Juez no debe permanecer inactivo, no hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar investido de facultades para intervenir activamente en su práctica. Sólo así puede decirse que el Juez es el director

del debate probatorio, es el complemento indispensable de la intermediación⁹⁵. Bentham resalta la importancia de la intermediación en la apreciación de la prueba en materia de interrogatorios, y es quizás en esta práctica donde este principio es más necesario.

2.4 Generalidades sobre la prueba

La prueba es el elemento procesal más relevante para determinar los hechos, a efectos del proceso ya que para obtener un fallo al fondo se exige una reconstrucción de los hechos.

En doctrina se reconocen tres diversos sentidos a la prueba:

1. Averiguación o comprobación de afirmaciones
2. Actividad dirigida a comprobar las afirmaciones
3. Instrumento que permite al juzgador alcanzar su convicción.

Para Francesco Carnelutti en el lenguaje común “prueba” se utiliza como comprobación de la verdad de una afirmación, y no debe confundirse con el procedimiento empleado para la verificación de la proposición⁹⁶. La prueba es un instrumento para acreditar la veracidad o falsedad de una afirmación de hecho.

2.4.1 Origen Etimológico del vocablo “Prueba”

De acuerdo a Santiago Sentis, la palabra prueba es de origen latino, al

⁹⁵ **Jeremías Bentham**, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Tomo I, (Buenos Aires, Argentina, 1959), pp. 192-193, 240; citado por **Ana Meléndez**, *Como incide el Principio de Oralidad al incorporar los medios probatorios en el Proceso Común que regula el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil*, *Ibidem*, pp. 18-19.

⁹⁶ **Francisco Carnelutti**. *La Prueba Civil*, 2a ed., (Buenos Aires, Argentina, Edit. Depalma, 1982), p. 38. El significado de tal vocablo comprende una compleja actividad de los sujetos encaminada a demostrar la existencia de un hecho.

respecto escribió: “Se origina de la palabra probo, que a su vez se deriva de la voz latina “probus” y traducido al castellano significa, lo bueno, lo honrado, así pues lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico”⁹⁷.

2.4.2 Definiciones de Prueba

Según Jaime Guasp debe verse en la prueba “un intento de conseguir el convencimiento psicológico del Juez con respecto a la existencia o inexistencia, la veracidad, o la falsedad de los datos mismos, por lo cual el sentido fundamental de los actos de prueba que sirve para definirlos ha de venir dado en función de la obtención de esta convicción psicológica del Juzgador, la prueba será, el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”⁹⁸.

La definición anterior, es una de las más apropiadas para explicar la concepción de la prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil, ya que da importancia a la prueba como actividad que tiene como fin, la verdad procesal, es decir, el convencimiento psicológico del Juzgador. Esta última idea, también se identifica en la definición que de prueba realiza Montero Aroca, quien dice que la prueba es “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que se derivará del convencimiento psicológico del mismo

⁹⁷ **Roland Arazi**, *La Prueba en el proceso Civil*, p. 31, citando a, **Santiago Sentís Melendo**, *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*, (Buenos Aires, Argentina, Edit. Ejea, 1978), p. 33, citado por, **Oscar Canales Cisco**, *Derecho Procesal Civil Salvadoreño I*, (San Salvador, El Salvador, Impresos Gráficos UCA, 2003), p. 241.

⁹⁸ **Jaime Guasp**, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, (Madrid, España, Instituto de Estudios Políticos, 1968), p. 321.

Juez y en otro de las normas legales que fijaran los hechos”⁹⁹.

Hugo Alsina y Couture, la definen desde enfoques ligeramente diferentes a los anteriormente descritos. Alsina define la prueba como “la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende”¹⁰⁰; siendo el objeto de la prueba, comprobar la verdad de un hecho, y no la verdad de una afirmación. Couture, señala que la prueba civil es un método para “comprobar, demostrar y corroborar la verdad o la falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio”¹⁰¹; y aunque no menciona el convencimiento psicológico del Juzgador, si señala que la verdad que se demostrará se derivará de las proposiciones realizadas al interior del proceso.

2.4.3 Naturaleza Jurídica de la Prueba

Existen dos clases de prueba: Una material y una procesal o judicial, en sentido estricto; tal clasificación es importante para determinar la naturaleza jurídica de la prueba ya que ayuda a comprender a cuál sector jurídico básico pertenecen las pruebas. La primera “es aquella institución que, se destina a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real; no tiene como finalidad específica lograr la convicción psicológica del

⁹⁹ **Juan Montero Aroca**, *La prueba en el proceso civil*, 2° ed., (Madrid, España, Edit. Civitas, 1998), citado por **Fernando Escribano Mora**, *La prueba en el proceso civil*, (San Salvador, El Salvador, Consejo nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2002), p.3.

¹⁰⁰ **Hugo Alsina**, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo III, p. 225, citado por **Juan José Sánchez Vásquez**, *Estudio sobre los medios de prueba y algunas consideraciones sobre el error de derecho en la apreciación de las pruebas*, (Ministerio de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1997), p. 8.

¹⁰¹ **Eduardo Couture**, citado por, **Víctor Ardón Acosta**, “*La prueba en materia laboral*”, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, (San José, Costa Rica, 1999), p. 18; citado por **Jorge Olasó**, “*La prueba en materia civil*”, (San José, Costa Rica, Editorama, 2006), p.9.

Juez, sino simplemente acreditar objetivamente el dato a que la prueba se refiere¹⁰². En términos más sencillos la prueba material está constituida por todos aquellos elementos que tienen por objeto legitimar las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho, los cuales, no necesariamente deben encontrarse en un conflicto ante los tribunales.

En cambio, la prueba procesal es la que se dirige a producir la convicción psicológica del Juez en un sentido determinado, con respecto a un dato o conjunto de datos procesales. En este caso hay que hablar de comprobaciones personalmente dirigidas a un sujeto determinado. La prueba procesal puede utilizar, físicamente, los mismos medios de la prueba material, pero, en todo caso, la función del medio probatorio es radicalmente distinta en uno y otro supuesto¹⁰³. Los elementos que los sujetos de derecho utilizan para legitimar sus relaciones jurídicas de derecho material, pueden utilizarse también al interior del proceso y dirigir la prueba que estos elementos producen, a lograr el convencimiento del Juez sobre los datos que desean probarse; esto sin perjuicio de producirse otros elementos de prueba concebidos original y únicamente para lograr el convencimiento del mismo.

Sobre la base de la función que realiza la prueba en cada caso, se determinará si la naturaleza jurídica de la prueba es de derecho material o de derecho procesal.

¹⁰² **Jaime Guasp**, *Ibidem*, p. 322. En el proceso civil, los hechos que son objeto de prueba deben haber sido afirmados por las partes. En principio, el Juez civil no investiga ni averigua, sino que verifica las afirmaciones de los litigantes.

¹⁰³ **Jaime Guasp**, *Ibid.*, en el mundo jurídico los temas relativos a la prueba pertenecen al derecho procesal. El arte del proceso es el arte de administrar pruebas. Cuando se refiere a la convicción del Juez no se identifica con la verdad, ya que puede ser inaccesible, pero quien juzga debe tener la certeza de que ha alcanzado esa verdad, que existe por sí misma, independientemente de toda relación con el sujeto, en tanto que certeza es la que lleva al juzgador a creer que su conocimiento coincide con la verdad, y para lograr tal certeza debe usar todos los medios probatorios que autorizan las leyes procesales.

2.4.4 Objeto de la Prueba

El objeto de la prueba, está constituido por los hechos, la costumbre y el derecho extranjero. Dentro de los hechos existe la subclasificación de los que son objeto de la prueba y los que están exentos de ésta; entre estos últimos se enumeran: los irrelevantes, los no controvertidos, los notorios o evidentes, y los favorecidos por una presunción.

De la redacción textual según los artículos 309 y 312 del CPCM se determina que el objeto de la prueba serán las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos, pero también lo serán la costumbre y el derecho extranjero (Art. 313 CPCM).

Respecto a los hechos controvertidos, Jorge Olasó manifiesta que el objeto de la prueba está constituido por las “afirmaciones de los hechos”¹⁰⁴, ya que la prueba que se deriva de un proceso no se orienta a la averiguación de la verdad real, sino que su finalidad es la de crear un estado de certeza en la mente del Juzgador en relación con los “hechos afirmados por las partes”.

Esta opinión también es compartida por Escribano Mora, que opina consecuentemente al principio de aportación de parte, aquello que debe probarse, “estará integrado por las afirmaciones de hecho realizadas por las partes de cuya certeza depende que el Juez aprecie la consecuencia jurídica correspondiente”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ **Jorge Olasó**, *La prueba en materia civil*, (San José, Costa Rica, Editorama, 2006), p. 13. Es cualquier hecho cuya demostración tenga interés para el proceso, pero no todos los hechos deben necesariamente ser probados, no lo son los admitidos, los notorios, los evidentes, los normales, etc.

¹⁰⁵ **Fernando Escribano Mora**, *La Prueba en el Proceso Civil*, Consejo Nacional de la Judicatura, Tomo VIII-X, (San Salvador, El Salvador, 2002), p.34.

De la anterior definición se derivan las siguientes consecuencias: la prueba debe referirse a los hechos aportados por las partes al proceso y no a otros aunque existan en la realidad extrajurídica; las afirmaciones de hecho que han de ser probadas en el proceso han de ser exclusivamente aquellas que se han realizado en el momento procesal oportuno, de lo contrario se violaran los principios de contradicción y de igualdad, la prueba de las afirmaciones exige la existencia de una controversia, esta es la razón por la que no necesitan ser probados ni los hechos admitidos, ni los notorios¹⁰⁶. Sobre esta última clase de hechos, el CPCM en su Artículo 314 los regula bajo el título “Excepción de Prueba”, que textualmente dice: “No requieren ser probados:

1º. Los hechos admitidos o estipulados por las partes.

2º. Los hechos que gocen de notoriedad general.

3º. Los hechos evidentes

4º. La costumbre, si las partes estuvieren conformes con su existencia y contenido y sus normas no afecten el orden público.”

2.4.5 Los Medios de Prueba

Para probar los hechos, es decir lograr la certeza del juzgador, es preciso verificarlo mediante la utilización de ciertos instrumentos permitidos por la ley, que ayuden a obtener la información conducente y útil que servirá de guía al juzgador para cumplir su objetivo.

Dichos instrumentos son los medios de prueba los cuales Jaime Guasp ha definido: “como todo aquel elemento que sirve de una u otra manera para

¹⁰⁶ Cf. **Fernando Escribano Mora**, *La Prueba en el Proceso Civil*, Consejo Nacional de la Judicatura, Tomo VIII-X, (San Salvador, El Salvador, 2002), pp. 34-35.

convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal”¹⁰⁷.

En atención a la definición anterior, se dice que: Son todas las actuaciones que dentro del proceso judicial, cualquiera sea su índole, se encamina a confirmar la verdad, a demostrar la falsedad de los hechos dirimidos en un juicio¹⁰⁸.

Desde la perspectiva procesal, los medios probatorios son canales que el legislador establece para recabar la prueba o elementos de prueba. El medio resulta ser un instrumento, que contribuye a obtener la finalidad específica de las pruebas procesales, que puede consistir en objetos materiales o conductas humanas realizadas bajo ciertas condiciones, pero debe tenerse cuidado de no confundir el medio de prueba con el sujeto ni con la materia, asimismo la fuente de la prueba, aún y cuando consista en una persona, cosa o actividad.

Los medios de prueba regulados en el libro segundo, Título Dos, Capítulo Cuarto, en el Artículo 330 CPCM, pueden clasificarse así:

Prueba Documental: es la que se hace por medio de documentos en la forma prefijada en las leyes procesales. Para Kielmanovich los documentos son un objeto material originado por un acto humano, susceptible de representar por sí mismo y para el futuro, un hecho o una serie de hechos percibidos en el

¹⁰⁷ **Jaime Guasp**, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, (Madrid, España, Instituto de Estudios Jurídicos, 1968), p.340. Se refiere a la actividad del Juez, de las partes y de terceros, desarrollada dentro del proceso, para traer fuentes de prueba; esa actividad se realiza de la manera indicada en cada ordenamiento procesal.

¹⁰⁸ **Eduardo Pallares**, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 18° Ed, (México, Edit. Porrúa, 1988), p. 560. Se suele hablar de medios directos e indirectos, según que los hechos sean o no percibidos inmediata y directamente por el Juez.

momento de su confección¹⁰⁹ En el CPCM en la Sección Primera del capítulo IV se hace referencia a la prueba documental en los arts. 331 y 332.

Prueba Testimonial: consiste en las declaraciones judiciales emitidas por personas extrañas al proceso, Mortara cuando dice: “la prueba testifical se constituye por las declaraciones que los terceros ajenos al litigio dan al Juez en presencia y conocimiento de las partes”¹¹⁰. En nuestra legislación, la prueba documental se regula a partir del artículo 354 CPCM.

Declaración de Parte: Es la especie de declaración o testimonio en el que los hechos contenidos son perjudiciales para el declarante o cuando menos favorables para el adversario, de aquella otra en la que el testimonio carece ya de ese efecto, o de una directa e inminente finalidad probatoria. La declaración de parte es una de las novedades en cuanto a los medios probatorios que establece el CPCM, viene a sustituir la “confesión”. Esta declaración está más acorde al artículo 12 Cn.

Prueba Pericial: Es suministrada por terceros que, a raíz de un encargo judicial y fundado en los conocimientos científicos, artísticos o prácticos que poseen, comunican al juez las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen¹¹¹. La Prueba Pericial se

¹⁰⁹ **Jorge Kielmanovich**, *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*. 2ª Ed., (Argentina, Editores Rubinzal-Culzoni, 2001), p. 364. Se refiere a medios escritos o materiales, así como también se refiere a que son representativos o históricos, pues traen al proceso hechos pasados.

¹¹⁰ **Jesús Eberto Garcia**, *La prueba Testimonial en materia civil*, (Tesis de Grado, Universidad De El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1976), p. 35. Son las declaraciones emitidas en el proceso por personas físicas, distintas de las partes y sin vinculación con el órgano judicial, acerca de sus percepciones de hechos pasados o de lo que han visto u oído sobre estos.

¹¹¹ **Roland Arazi**, *La Prueba*, p. 265; así citado por **Jorge Kielmanovich L**, *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, (Argentina, Editores Rubinzal-Culzoni, 2001), p. 555. Es el

encuentra regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuatro, Sección Cuarta del art. 375 al 389.

Reconocimiento Judicial: Se trata de la comprobación personal de un hecho del proceso realizado directamente por el Juez, se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuatro, Sección Quinta del art. 390 al 395. pero que excepcionalmente es delegado, según el caso planteado en el artículo 393 CPCM.

Medios de Reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información: Una de las novedades incorporadas a nuestro al CPCM, en el reconocimiento como medio probatorio a los medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información, a través de cualesquiera medios, técnicas que posibiliten la realización de dicha reproducción, así como de los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos cifras, operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables que sean relevantes en el proceso. Regulados en el Libro Segundo, Título dos, Capítulo cuatro, Sección Sexta de los artículos 396.

2.4.6 Principios Generales de la Prueba

Autores como Devis Echandía,¹¹² sostienen que independientemente de las

medio por el cual personas ajenas a las partes, que tengan conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben verifican hechos y los ponen en conocimiento del Juez, y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de estos, a fin de formar la convicción del Juez, siempre que para ello se requieran esos conocimientos.

¹¹² **Hernando Devis Echandía**, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo I, (Bogotá, Colombia, Edit. ABC, 1975), p. 15. cabe aclarar que al hablar de los principios generales de

distintas ramas del derecho que existen, y de los tipos de proceso (penal, civil, mercantil, laboral), la institución de la prueba conserva su unidad en lo fundamental y en sus principios entre los cuales destacan los siguientes:

2.4.6.1 Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez.

Los hechos sobre los que se funda la decisión jurisdiccional deben estar demostrados con las pruebas aportadas al proceso por las partes, o por el juez en los casos que tiene facultades para ello, sin que estas puedan suplirse por el conocimiento privado del juez, pues entonces las pruebas no tendrían validez por haberse perdido otros principios probatorios como el de contradicción.

De acuerdo a este principio se recalca la trascendencia de la prueba, tampoco se puede afirmar que debe ser una actividad ilimitada, porque de permitirse la prueba en una forma ilimitada algunas aportaciones se volverían hasta inútiles e innecesarias si ya se han introducido los mismos por una suficiente cantidad de elementos. Además deben ser conducentes y pertinentes porque de lo contrario serían ineficaces.

Lo esencial de este principio se destaca en la exclusión del conocimiento privado del juez lo que representa una garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y de decisiones totalmente arbitrarias. Este conocimiento privado del juez no debe confundirse con la prueba para mejor proveer. Puede

la prueba judicial, no se está hablando de los principios generales del proceso (o del procedimiento como prefieren denominarles algunos), ya que los primeros únicamente son directrices en materia probatoria, y los segundos legislan encauzan el proceso en general.

hablarse del principio de la necesidad de la prueba en todos los procesos, cualquiera sea su naturaleza y por ello se afirma que este principio está comprendido en la regla que le ordena al juez resolver con las pruebas relativas al proceso.

2.4.6.2 Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba

La prueba es necesaria y eficaz a efecto de poder representarle al juez lo ocurrido en un espacio y tiempo. La prueba judicial no es tal, si no está revestido de eficacia reconocida por la ley, es decir que en todo elemento que se aporte al proceso en calidad de prueba debe respetarse el principio de legalidad de la prueba¹¹³.

Este principio implica que el juez, debe considerar como prueba aquellos medios que el legislador ha previsto y que no han sido prohibidos.

2.4.6.3 Principio de unidad de la prueba

Por lo general la prueba que se aporta al proceso es diversa, sin embargo este conjunto probatorio que existe en el proceso, forma una unidad y como unidad debe ser examinada y apreciada por el juzgador, a efecto de determinar sus puntos en común, así como sus posibles contradicciones.

2.4.6.4 Principio de la comunidad o adquisición de la prueba

La prueba así como es una unidad, también es común para ambas partes, es decir que no porque es una de las partes la que la aportó al proceso deberá

¹¹³ **Alberto Parody** *Comentarios al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, tomo I, (Buenos Aires, Argentina, Edit. J. Lajouane y Cía., 1912), p.10.

hacer uso exclusivo de ella, pues no se puede beneficiar solamente el que la aportó, ya que una vez se ha introducido al proceso, esta sirve para determinar la existencia o inexistencia del hecho al que se hace referencia y puede resultar beneficiosa o perjudicial para cualquiera de las partes, e implica que la contraparte la adquiere en el sentido de que puede hacer uso incluso para beneficiarse o rebatirla.

Afirma Kielmanovich,¹¹⁴ que el resultado de la actividad probatoria realizada a instancia de las partes o del juez, no pertenece a quien la ofrece, aportó o la produjo en el proceso, sino al tribunal ante quien se desarrolla el proceso y puede beneficiar al que la propuso como a la contraparte, en ese sentido cada elemento de prueba presentado es común a ambas partes.

2.4.6.5 Principio de contradicción de la prueba

Este principio supone en cualquier clase de proceso que la parte contra quien se presenta una prueba, debe tener el derecho o la oportunidad procesal para conocerla y poder controvertirla si lo considera necesario, por lo que se debe dar audiencia siempre a la parte contraria, de no ser así se quebranta el debido proceso, por lo que este principio es esencial para su validez.

Está vinculado con el principio de igualdad, que se refiere a que ambas partes deben gozar de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de las pruebas y para contradecir las aducidas por el contrario. Igualmente se relaciona con el derecho de defensa ya que el derecho de

¹¹⁴ **Jorge Luis Kielmanovich**, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, (Buenos Aires, Argentina, Edit. Abeledo Perrot, 1996), p.54. La prueba no pertenece a quien la aporta, y no se puede pretender que únicamente beneficie a quien la aportó; por eso no se puede renunciar o desistirse de la prueba ya recibida.

contradicción no se agota al invocar la defensa o las excepciones que se interpongan.

2.4.6.6 Principio de inmediación o dirección del juez en la producción de la prueba.

Para una efectiva contradicción de la prueba, es necesario que sea el juez quien la presencie y la dirija, es decir que tenga un contacto directo con los medios de prueba, y esta es una labor jurisdiccional que va desde la proposición de la prueba, su admisión y producción. Su intervención no debe traducirse en un mero formalismo, sino que debe permanecer muy activo, a efecto de controlar la legalidad, conducencia y pertinencia de las pruebas y especialmente del respeto al debido proceso y de todos los derechos y garantías constitucionales que sean necesarias. Por ello no debe ser únicamente un receptor de pruebas sino que debe jugar un control más activo dentro del mismo, sobre todo como garante de la constitucionalidad de las actuaciones procesales¹¹⁵.

2.4.6.7 Principio de la naturalidad y licitud de la prueba

Es un principio que se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba, de lo cual se concluye que toda práctica de la prueba que sea atentatoria a este principio debe ser considerada ilícita y en consecuencia carente de valor, pues la eficacia de las pruebas lo es en tanto que se respeta también las garantías constitucionales.

¹¹⁵ **Enrique Vescovi**, *Teoría General del Proceso*, Ibídem, p. 52. Este principio procesal es uno de los más emblemáticos del proceso oral, al respecto se ha dicho que talvez es más importante su predominio en los procesos de naturaleza penal, afirmación no del todo correcta, ya que la cercanía del Juez a las partes y a las pruebas, es garantía de una resolución más apegada a la verdad y a la justicia.

2.4.7 Sistemas de Valoración de la Prueba

Según *Cafferata*,¹¹⁶ la valoración de la prueba es una operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos.

Para *Devis Echandía*, la valoración o apreciación de la prueba judicial, es aquella operación que tiene como fin conocer el mérito o valor conviccional que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del Juez. Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria¹¹⁷.

La actividad judicial llega a su punto culminante cuando el Juez emite una sentencia, que es cuando decide el pro y el contra de la cuestión incoada. Pero para ello tiene que formarse una idea clara del hecho controvertido y para esto es imprescindible que valore la prueba existente en el proceso.

En la legislación salvadoreña en materia procesal civil y de familia, se han identificado dos sistemas de valoración de la prueba: el de la prueba tasada y el de la sana crítica, por tanto se excluye el de la íntima convicción, ya que

¹¹⁶ **José Cafferata Nores**, *la prueba en el proceso penal*, 2º ed., (Edit. Depalma, 1994). Esta valoración “constituye toda una actividad intelectual desplegada por el Juzgador que consiste en analizar y ponderar las distintas pruebas traídas y evacuadas con la finalidad de determinar la certeza o incertidumbre de los hechos que sustentan las distintas pretensiones sometidas al escrutinio del tribunal”.

¹¹⁷ **Allan Arbuola Valverde**, *La valoración jurídica de la prueba*, (2007), existen dos actividades distintas, denominadas respectivamente interpretación y valoración de la prueba. La interpretación se produce cuando el Juzgador, sin valorar el resultado de los distintos medios de prueba, establece lo que se extrae de cada uno de ellos; o sea determina cuál es el resultado que se desprende de la prueba; el Juez no atiende al valor probatorio de los medios producidos, sino que únicamente fija los hechos que de tales medios se extraen. En cambio en la valoración, el Juez decide si la prueba es creíble o no; se determina el valor concreto que debe atribuirse a cada medio de prueba en la producción de la certeza, o sea una decisión sobre su credibilidad. <http://www.mailxmail.com/curso-valoracion-juridica-prueba/definicion>, Sitio web consultado el día veintiuno de enero de dos mil quince.

este únicamente tiene aplicación en materia procesal penal.

El actual código a diferencia del código de procedimientos civiles, no aplica el sistema de la Prueba Tasada como regla general, sino aplica la Sana Critica como regla general y la Prueba Tasada únicamente al medio de prueba instrumental o documental y esto queda establecido en el Art. 416 CPCM¹¹⁸.

Para explicar los Sistemas de Valoración de la Prueba en la doctrina, es necesario exponer en qué consisten las palabras sistema, valoración y prueba, para así conocer que significan estas palabras en conjunto para la ciencia del derecho.

Sistema: es el conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí. También es el ordenamiento, el conjunto de reglas o disposiciones sobre una materia determinada, los cuales se encuentran vinculados o relacionados entre sí¹¹⁹.

Valoración: es la operación mental que realiza el juzgador, para conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de la prueba, y que jurídicamente se entiende, como la “operación intelectual destinada a establecer la eficacia convencional de los elementos de prueba”¹²⁰.

¹¹⁸ **Código Procesal Civil y Mercantil**, D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Respecto al sistema de la tarifa legal o prueba tasada, debe decirse que es el que impero por siglos en la legislación procesal civil salvadoreña; La prueba legal estaba presente en el Código Civil Francés que sirvió de base para el Código Civil de Andrés Bello, que a su vez inspiró el Código Civil Salvadoreño, redactado por Gerardo Barrios.

¹¹⁹ *Diccionario de la Lengua Española*, 19° Ed., (Edit. España-Calpe, S.A., Madrid, España, 1970), p. 1250.

¹²⁰ **José Cafferata Nores**, *La Prueba en el Proceso Penal*, (Buenos Aires, Argentina, Edit. Depalma, 1988), p. 37. Se han enunciado tres sistemas de valoración de la prueba como es

Prueba: para Devis Echandía La prueba es una experiencia, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición"¹²¹. Por lo anterior, sistema de valoración de la prueba, es un conjunto de reglas que permiten conocer el mérito o valor de convicción de un hecho o afirmación¹²². Con esto permite formarse una concepción propia de la valoración de la prueba, como “la actividad interna que realiza el juez, que da como resultado la determinación de la existencia o no de la veracidad de las pruebas”.

2.5 Generalidades de los Recursos

Cuando se habla de los medios de impugnación, generalmente no se distingue, de entre ellos, a los recursos. Por el contrario, existe la tendencia de confundir ambos términos. De igual manera, se debe esclarecer que los recursos como tales son una especie de los medios impugnativos. Por ello se dirá que los recursos son los medios de impugnación, contra las resoluciones judiciales, pues no se podría hablar de recursos si no existiese una resolución a priori, la cual en principio es independiente y sin jerarquía, más que del juzgador que la dictó.

sabido, el de la prueba legal de la libre apreciación o libre convicción y el de la sana crítica. Pero esto no es aceptado por todos y algunos autores entienden que solo existen dos formas de apreciar la prueba otros enuncian un único sistema.

¹²¹ **Hernando Devis Echandía**, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II: “De las Pruebas Judiciales”, 5ª Ed., (Bogotá, Colombia, Edit. ABC, 1977), p. 215. Es así que Sistema de Valoración de la Prueba, es “el conjunto de reglas y principios que aplica el juez, para asignar un valor a cada una de las pruebas que ante él han desfilado, siendo al final la apreciación conjunta del valor de todas las pruebas la que determinara el proceso”.

¹²² El término “íntima convicción” utilizada por el autor, debe ser entendida como sinónimo de “libre valoración”, **José María Casado Pérez**, *La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño*, (Imprenta Nacional, Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador, 2000), p. 141. Citando a, **Juan Igartua Salaverría**, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, (Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), p. 178.

El poder de recurrir lo tiene aquella parte procesal a quien se le atribuye ese derecho y al objeto sobre el cual recae el poder de impugnación, en otras palabras suele denominarse impugnabilidad subjetiva e impugnabilidad objetiva, según se le mire desde el ángulo de la parte que tiene la calidad impugnante y el acto que puede ser objeto de impugnación, se dirá entonces que para el recurso sea procedente el sujeto que pretende impugnar debe estar en posesión del Derecho Impugnativo, y para ello hay dos supuestos:¹²³ que esté legitimado para recurrir para tener un interés jurídico (impugnación subjetiva) y que la decisión sea recurrible (impugnación objetiva).

El poder de recurrir, es entonces, la facultad acordada por la ley procesal a las partes para atacar una resolución jurisdiccional en las condiciones de forma, lugar y tiempo prescrito, por lo tanto, no pueden recurrir las partes procesales a quienes la ley no les ha dado esa facultad y no se puede recurrir aquellas resoluciones que por ley no son recurribles.

Impugnabilidad subjetiva El derecho procesal de impugnación concedido en abstracto a las partes, equivalente a una capacidad procesal de contralor de las resoluciones jurisdiccionales, la ley se encarga de ponerles límites para su ejercicio, tales condiciones son los presupuestos procesales para que prospere eficazmente un recurso. Por consiguiente las condiciones para la impugnación desde un punto de vista subjetivo, constituyen el conjunto de los requisitos establecidos en la ley, con relación a las partes del proceso, estableciendo genéricamente la necesidad de que exista un interés en la

¹²³ **Jorge A. Clariá Olmedo**, *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, (Buenos Aires, Argentina, 1985), p. 578. Los recursos son medios de impugnación que la ley concede a quien se considera perjudicado por una resolución judicial para requerir dentro de un plazo determinado que en el mismo proceso, el órgano que la dictó u otro distinto la modifique o la deje sin efecto.

impugnación y específicamente en la naturaleza o contenido de la resolución impugnada; la ley acuerda el poder de recurrir determinando de manera expresa a quien le es conferido y cuando no se distinga entre las partes procesales ese derecho puede ser ejercido por cualquiera de ellas¹²⁴.

Impugnabilidad objetiva: desde este punto de vista para que exista un interés, la resolución que se ataca debe tener un contenido desfavorable para el impugnante, en otras palabras debe de existir un agravio y no según su apreciación subjetiva. Entonces la injusticia, la ofensa, el perjuicio moral o material, es lo que se conoce como agravio o gravamen, en el lenguaje procesal, el interés capaz de sustentar el recurso debe ser objetivamente aprehensible por la existencia de un gravamen o agravio causado a la parte por el sentido o dirección de la resolución.

2.5.1 Recurso de Apelación

Etimológicamente la palabra apelación deriva de la voz latina “appellatio” que quiere decir citación o llamamiento y cuya raíz es “apello”, “appellare”, habiendo conservado dicho origen en la mayoría de los idiomas.

El Recurso de apelación es el más importante de los recursos ordinarios teniendo como fin primordial la revisión por el órgano judicial superior de la sentencia o auto inferior¹²⁵. Autores como Palacios Enrique, entienden que

¹²⁴ **José María Casado Pérez**, *La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño*, (Imprenta Nacional, Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador, 2000), p. 141. Los recursos constituyen una especie entre los distintos medios de impugnación que tiene el litigante para obtener que se corrijan errores, vicios o defectos en que pudieron haber incurrido el juez o sus auxiliares.

¹²⁵ **Agustín A. Costa**, *El Recurso Ordinario de Apelación en el proceso civil*. (Buenos Aires, Argentina, 1950), pp. 3-4. El recurso de apelación es el que permite que un tribunal superior al que dicto la providencia recurrida la revise, pudiendo confirmarla, modificarla o revocarla

se trata del “remedio procesal encaminado a lograr que un órgano judicial jerárquicamente superior con respecto al que dictó una resolución que se estima injusta, la revoque o reforme total o parcialmente”,¹²⁶ mientras que otros autores como Falcón Enrique, lo han definido como “el medio de impugnación que tiene la parte para atacar las resoluciones judiciales, con el objeto de que el superior las revoque total o parcialmente por haber incurrido el juez aquo en un error de juzgamiento”¹²⁷. Constituye uno de los recursos de mayor incidencia en nuestro sistema procedimental y el que más se invoca, aun cuando por la naturaleza misma del recurso algunas veces corresponda a otro.

2.5.1.1 Efectos de la Apelación

En términos generales puede decirse que son dos: el suspensivo o el devolutivo. El primero consiste, según Couture, en separar del conocimiento del asunto al juez inferior para someterlo al superior. El segundo, es aquel por virtud del cual, y salvo disposición legal en contrario, la interposición del recurso suspende la ejecución de la sentencia apelada e impide su cumplimiento. En las legislaciones se dice que el Recurso de apelación se concede libremente o en relación, y, en ambos casos, con efecto suspensivo o devolutivo¹²⁸.

en todo o en parte.

¹²⁶ **Lino Enrique Palacios**, *Derecho Procesal Civil*, tomo V, (Buenos Aires, Argentina, 2003), p. 79. Es un recurso ordinario y como tal las facultades del tribunal revisor comprende tanto las cuestiones de hecho como las de derecho.

¹²⁷ **Enrique M. Falcon**, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado, concordado y comentado*, Tomo II, (Buenos Aires, Argentina, 1983), p.373. El recurso de apelación no importa un nuevo juicio sino la revisión de lo decidido en la instancia anterior.

¹²⁸ **Agustín A. Costa**, *El Recurso Ordinario de Apelación en el proceso civil*. (Buenos Aires, Argentina, 1950), al primero se le denomina efecto suspensivo, al segundo devolutivo,

Cuando lo es en relación, su efecto será diferido, entendiéndose por tal el que en los procesos ordinarios y sumarios, así como en los procesos de ejecución, se funda conjuntamente con la interposición del recurso contra la sentencia y que debe ser resuelto por la cámara con anterioridad a la sentencia definitiva.

En la doctrina y en la legislación se habla a veces de apelación con ambos efectos, en el devolutivo y en el suspensivo, al decir que una apelación no puede tener y no tener al mismo tiempo efecto suspensivo. Cuando la apelación no suspende el cumplimiento de la disposición apelada, lo correcto sea decir que la apelación es en el solo efecto devolutivo, porque, cuando tiene efecto suspensivo, en ese concepto se halla forzosamente incluido el otro¹²⁹.

Las apelaciones presentan el efecto suspensivo, es decir que no se cumple la providencia mientras el superior no la confirme o cuando se declare desierto el recurso, el proceso y la competencia del A Quo, se suspenden hasta cuando regresa a éste el expediente; y el efecto devolutivo se refleja porque es el Tribunal superior en grado el que conoce y resuelve el recurso.

Uno de los conceptos más utilizados para el recurso de apelación es “Un medio de impugnación contra una resolución judicial considerada ilegal o injusta con el objetivo de que un tribunal superior en grado en relación al que

porque se consideraba que se devolvía la jurisdicción al tribunal superior, que la había delegado en el inferior, en la actualidad esto es inexacto, puesto que todos los jueces tienen jurisdicción propia derivada de normas constitucionales y no la ejercen por delegación.

¹²⁹ **Jorge Alberto Machicado**, *La Apelación*, (2009), otros señalan casos de apelación con efecto diferido, ello significa que a pesar de otorgarse el recurso se posterga la elevación del expediente hasta el momento en que se dicta y recurre la sentencia definitiva. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/apelacion.html>, sitio web visitado el nueve de febrero de dos mil quince.

la dicto y mediante un examen de la resolución recurrida, la anule o modifique”¹³⁰.

2.6 Segunda Instancia

En el sistema de doble instancia, la segunda instancia la integran los órganos jurisdiccionales superiores, que hubiesen dictado sentencia en primera instancia, a quienes les corresponde la revisión de la decisión judicial adoptada por los órganos inferiores, constituyendo el recurso de apelación, el medio de impugnación tipo. Segundo grado de jurisdicción que permite a un órgano judicial superior conocer, por vía de recurso, una cuestión que ya ha sido resuelta por un órgano inferior.

En el tribunal de segundo grado no se puede revisar los extremos consentidos por las partes, porque quedan amparados por la fuerza de la cosa juzgada.

La segunda instancia sólo podrá examinar las pretensiones oportunamente planteadas o deducidas en la primera instancia, por lo que no cabe plantear en el recurso cuestiones nuevas. Sin embargo, cabe que, por vía del recibimiento a prueba en segunda instancia, hechos nuevos producidos durante el proceso sean examinados en el tribunal superior.

En sentido jurídico estricto, cuando se habla de doble grado o instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso, según el cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado por dos Órganos Jurisdiccionales distintos.

¹³⁰ **Piero Calamandrei**, *Los Medios de Impugnación, en Estudios sobre el proceso penal*, (Italia, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959), p. 64.

De este modo el segundo debe prevalecer sobre el primero. El doble grado o instancia, permite dos pronunciamientos sobre el objeto del proceso y sobre el objeto del debate.

Considera Montero Aroca,¹³¹ que entendido correctamente el doble grado o instancia, hay que decir que el recurso de apelación, tal y como tradicionalmente ha sido regulado en el proceso civil español, no daba lugar a una verdadera segunda instancia, ni tampoco en la actualidad.

La apelación no implica una auténtica segunda instancia, es habitual considerar que la apelación entraña una segunda instancia.

En sentido jurídico estricto, la segunda instancia hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que la segunda- segunda instancia- debe prevalecer sobre la primera.

Resulta así que la segunda instancia viene caracterizada así¹³²:

- a) Ese segundo examen y decisión tienen que ser realizados por un

¹³¹ **Juan Montero Aroca**, *La prueba el proceso civil*, 2º ed., (Madrid, España, Edit. Civitas, 1998), p.323, la doble instancia no constituye una exigencia constitucional para el debido proceso, este puede ser estructurado también sobre la base de una instancia única sin menoscabar el derecho de defensa de las partes.

¹³² **Miguel Villa Olmedo**, *Segunda Instancia*, (2013), dice Julio Picatoste Bobillo: En el modelo de la apelación plena la segunda instancia se configura como procedimiento con sustantividad, pues permite la incorporación de material fáctico y probatorio y la posibilidad de desplegar nuevos medios de ataque y de defensa, por lo que el tribunal de la segunda instancia contara para un nuevo enjuiciamiento, con el material de que dispuso el tribunal de primer grado y todo el que las partes adicionen en la segunda. [http://guiasjuridicas.Wolterskluwer.es/Content/Documento/segunda instancia](http://guiasjuridicas.Wolterskluwer.es/Content/Documento/segunda%20instancia). Sitio web consultado el día veinticinco de Febrero de dos mil quince.

órgano distinto del que efectuó los primeros, lo que supone que el efecto devolutivo es consustancial con la doble instancia.

- b) La existencia real de ese segundo examen y decisión sólo se producirá si alguna de las partes los solicita expresamente, de modo que la regla del doble grado o instancia no supone la necesidad de que conozca el tribunal superior, sino simplemente la posibilidad de ese conocimiento, posibilidad que depende de la iniciativa de las partes.
- c) La legitimación para pedir ese segundo examen y decisión se confiere a todas las partes, pero para que uno y otra se realicen, la parte que los pida ha de haberse visto perjudicada por el contenido de la primera decisión.
- d) Ese segundo examen y decisión sobre el tema de fondo cuestionado en el proceso han de poder tener el mismo objeto que los primeros, de modo que el tribunal ad quem o superior ha de poder asumir todas las facultades que tuvo el órgano a quo, o inferior, sin perjuicio de que la parte recurrente puede delimitar el ámbito de los segundos examen y decisión, en el sentido de que pueden pedirse estos segundos sólo respecto de algún/os¹³³.

¹³³ **Francisco Arrieta Gallegos**, *Folleto de Procesal Civil*, (San Salvador, El Salvador, 1992), p.83.

CAPITULO III: MARCO LEGAL DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL

3. Principios y Garantías constitucionales en el Proceso Civil

Cuando se habla de principios y garantías constitucionales se debe entender que son los mecanismos de defensa que tienen las partes otorgados por la Constitución, así como la obligación de los jueces de respetar en el desarrollo del litigio, ya sea éste civil, penal, laboral, etc.

Las garantías constitucionales *“Son los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder, a pesar de los instrumentos protectores, los cuales en ésta situación han sido insuficientes para lograr el respeto de las disposiciones fundamentales”*¹³⁴.

En ese sentido, puede considerarse que dichas garantías constitucionales ofrecen tres funciones: a) Correctora de los fenómenos de los problemas de inconstitucionalidad; b) Función preventiva que tiende a evitar la alteración del orden jurídico constitucional; c) Evolutiva, es decir la aplicación de las disposiciones constitucionales adaptándose a la realidad política social y en cuanto a la modificación de la propia realidad a través de las normas programáticas de la Constitución.

¹³⁴ **Rubén Hernández Valle**, *Derecho Parlamentario Costarricense*, (San Jose, Costa Rica, Edit. Investigaciones Jurídicas, 1991), p.322-323. La Garantía es el mecanismo jurídico mediante el cual se asegura la adecuación de los comportamientos a la norma que le sirve de parámetros. La Garantía precisa de tres elementos: A) Existencia de un interés jurídicamente tutelado, B) La posibilidad que ese interés resulte amenazado y C) La instrumentalización de Recursos jurídicos idóneos suficientes para hacer frente a esa amenaza contra el interés tutelado.

3.1 Fundamento Constitucional, Principios Procesales Constitucionales

Los principios procesales se consideran mecanismos de protección para las partes en el proceso, es decir que es la razonable distribución de las oportunidades dadas a las partes en el transcurso de todo el proceso, porque éste debe ser ordenado y con igualdad para hacer valer sus derechos. Dentro de ese contexto, el proceso civil está informado por principios constitucionales que ordenan dicho proceso, dando cumplimiento al objetivo que se busca cuando se incorporan dichos principios para establecer la directriz en el desarrollo del proceso, buscando proteger los derechos fundamentales de las partes (al igual que las garantías constitucionales), a través de un mecanismo establecido en la misma Constitución.

Los principios procesales son un mecanismo para prevenir la violación de los derechos constitucionales y procesales que tienen las partes durante el proceso, buscan evitar a toda costa la inseguridad jurídica.

Es importante hacer mención que estos principios han sido regulados desde la Constitución de 1880 hasta la actualidad. Los principios y garantías reguladas en la Constitución del año de 1880, sirvieron de fundamento para el Código de Procedimientos Civiles de 1882. Algunos artículos de ese cuerpo legal en los que se regula sobre el proceso, son: Art. 23 Principio de Legalidad¹³⁵; en relación con el Art. 27 Cn. De igual forma los Art. 37 y 43 Cn. que hacen referencia a la legalidad de los procedimientos. En relación con el principio de igualdad, la Constitución de 1880 expresamente regula en

¹³⁵ Constitución de 1880, promulgada bajo la presidencia provisional del Doctor Rafael Zaldívar desde el 1 de Mayo de 1876. La cual establecía en su artículo 27 el principio de legalidad el cual establecía lo siguiente: “Solo los tribunales establecidos con anterioridad podrán juzgar y conocer de las causas civiles y criminales de los salvadoreños conforme a la ley. Las comisiones y tribunales especiales quedan abolidos”

el Art. 25 Cn. En la Constitución ya se regulaba el proceso y de cierta forma como estaban plasmados en sus artículos, principios que deben regir todo proceso, entre estos: el Principio de legalidad, Debido proceso e Igualdad de las partes. Esta regulación relativa al proceso fue necesario renovarla con el paso del tiempo, es así como en la siguiente Constitución se trata con más profundidad los principios.

Los principios Constitucionales que deben estar plasmados en el proceso civil, según la Constitución de 1983, son:

3.1.1 Principio de Publicidad.

La base constitucional es el Art. 12. Cn., “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”¹³⁶. Cuando se refiere al juicio público, es decir que cualquier persona puede presenciar las vistas o actuaciones que se efectúan en los juzgados y tribunales.

3.1.2 Principio de Igualdad.

Regulado en el artículo 3 Cn. *que expresa: “todas las personas son iguales ante la ley...¹³⁷”,* Manda a que las partes del proceso actúen en condiciones

¹³⁶ **Constitución de la República de El Salvador**, D.L 38, de fecha Quince de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres, D.O No 234, Tomo No 281, con fecha de publicación dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y tres. Este principio surge en contraposición al principio de escrituralidad en el proceso en tanto la publicidad da seguridad jurídica frente a la administración de justicia del tribunal para evitar algún tipo de manipulación.

¹³⁷ *Ibidem*, el art.3 Cn. Establece el principio de Igualdad el cual las dos partes deben disponer dentro del proceso las mismas oportunidades para formular sus cargos y pruebas

de igualdad; así también supone la bilateralidad y contradicción, esto es que el proceso se desarrolle, con idénticas oportunidades de ser oídas y admitida la contestación de una a lo afirmado por la otra, para buscar de esa manera la verdad.

3.1.3 Principio de Contradicción.

La base constitucional está en los arts. 3 y 11. Este principio busca que para que una pretensión sea satisfactoria y legal, es necesario que la parte contraria también tenga conocimiento de dicha pretensión, es decir que dentro del proceso en cada diligencia o acto procesal contradigan ambas partes. Significa que exista un equilibrio entre las posiciones de las partes, que las condiciones procesales sean iguales, de tal manera que a ninguna de ellas se les cause indefensión, implica que ambas partes tendrán igualdad de oportunidades de alegar y probar todo aquello que estimen conveniente y necesario.

3.1.4 Principio de Audiencia

Llamado también juicio previo, el principio de audiencia o el derecho de ser oído está consagrado en el Art. 11 Cn. cuando se refiere a que *“ninguna persona puede ser privada al derecho a la vida... ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oído y vencido en juicio...”*¹³⁸, Esto quiere decir

de descargo así como los derechos dirigidos a demostrarlos.

¹³⁸ Sentencia de Amparo, Referencia:150-97CSJ (El Salvador, Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1998) “Esta disposición establece lo que se conoce como derecho de audiencia, que se caracteriza, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de los demás derechos de los gobernados; y es un derecho relacionado indiscutiblemente con las restantes categorías jurídicas subjetivas protegibles constitucionalmente”.

que toda persona tiene derecho de participar en cada una de las etapas o fases del proceso desde su inicio.

Suprimir el derecho a ser oído a la persona es atentatorio, porque viola un principio que da lugar a la aplicación de otros, por lo que ese defecto procesal produciría indefensión de las partes y a la vez infringiría principios constitucionales rectores en cuanto a la defensa de los derechos de las personas en un proceso. Aquí el juez debe constatar que la notificación o emplazamiento se efectúe con todas las garantías constitucionales exigibles.

3.1.5 Principio de Defensa y Debido Proceso

Se encuentran en diversos artículos de la Constitución (11, 12, 13, 15, 16, 17, 172 N° 3 y 181), que exigen llamar como parte en todo procedimiento a toda persona legitimada para ello; se puede destacar tres aspectos importantes del derecho de defensa:¹³⁹ Emplazamiento personal, derecho a utilizar los medios de prueba en la propia defensa, obtener el beneficio de justicia gratuita, el segundo aspecto es el de mayor importancia porque hace mención de utilizar los medios probatorios, esto implica no sólo a tener acceso a los medios previstos por la ley, sino también que se cumpla con el principio de legalidad en la práctica de dicha prueba.

3.1.6 Principio de Acceso a Medios Impugnativos.

No está expresamente en la Constitución, pero se deduce del Art. 175 en el que se establece la existencia de las Cámaras de Segunda Instancia. Es de

¹³⁹ Habeas Corpus, Referencia: 87-99CSJ (El Salvador, Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1999). En nuestro Sistema constitucional, el debido proceso es una garantía fundamental de un estado de Derecho por la trascendencia que juega la institución Debido Proceso, en cualquier orden jurídico como pilar o fundamento de un orden jurídico.

considerar que éste principio es un requisito imprescindible para que exista una justicia cumplida, por lo que el legislador prevé la necesidad de que las partes tengan acceso a los recursos ordinarios, con el objetivo de que la sentencia definitiva pronunciada por los Juzgados de Primera Instancia pueda ser derivada mediante la interposición del correspondiente recurso de apelación por las Cámaras de Segunda Instancia; por eso, fundamentalmente la Constitución busca la resolución de los conflictos entre sujetos, una vez resuelto por la primera instancia, pueda ser revisada por la segunda instancia si las partes entienden que la primera resolución ha vulnerado sus derechos.

Puede decirse que la Constitución da protección en dos sentidos: *primero* que es considerado como subsanador cuando los derechos fundamentales ya han sido violados ya sea antes, durante o al final del proceso, y ofrece mecanismos legales para que pueda repararse el daño cuando efectivamente se demuestra la violación, y en ese sentido existen las garantías constitucionales; *en segundo lugar* se encuentran los principios procesales constitucionales que dan protección a los derechos fundamentales durante el proceso. Además de ser un principio este artículo 175 CN da la base legal sobre la segunda instancia y establece que las atribuciones que tendrán las cámaras en nuestro caso estarán determinadas por la ley¹⁴⁰.

El Art. 271Cn. hace referencia a que la Asamblea Legislativa debe de armonizar la Constitución con las leyes secundarias de la República.

¹⁴⁰ **Constitución de la República de El Salvador**, D.L 38, de fecha Quince de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres, D.O No 234, Tomo No 281, con fecha de publicación dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y tres. Art. 175.- *“habrá cámaras de Segunda Instancia compuestas por dos magistrados cada una, Juzgados de primera instancia y Juzgados de paz. Su número, jurisdicción, atribuciones y residencia serán determinados por la ley”*.

3.2 Fundamento Legal

Las sociedades al igual que los individuos tienen un fin primordial y los medios más legítimos y eficaces para conseguirlo son las leyes. Las cuales no pueden ser perpetuas e invariables, que deben irse reformando conforme a la realidad de las necesidades de los pueblos.

3.2.1 Código de Procedimientos y Fórmulas Judiciales de El Salvador de 1857

Este código comprendía: una parte preliminar, la sustanciación de los negocios civiles en primera instancia, la de las causas criminales también en primera instancia, y la de los procedimientos civiles y criminales en segunda y tercera instancia, así como la de los recursos extraordinarios. El proyecto procuraba hacer efectivos dos grandes e importantes principios, que han sido hasta hoy el *desiderátum*¹⁴¹ en las instituciones judiciales.

Como principio rector en éste código la *inmediación* se encontraba, cuando las partes que disputaban un derecho o hecho cualquiera, sometían la decisión a persona que por sus cualidades les inspiraba toda confianza de que su fallo será dictado por el saber y la justicia.

Existe el *principio de las garantías personales de los jueces*, es un principio de las instituciones judiciales, aunque no se le da en la época el valor que merece. Así también éste código evacua el principio que se refiere a la

¹⁴¹ *Diccionario de Alegsa*, (Santa Fe, Argentina, 2001). Palabra del vocablo latín, y significa "Cosa Deseada", Deseo o aspiración que aún no se ha cumplido. Además de como objetivo individual, se usa como expresión del ideal de un pueblo, de un grupo social o político. www.definiciones-de.com/definicion/de/desideratum.php, sitio web consultado el día diecinueve de mayo de dos mil dieciséis.

uniformidad de los procedimientos, para toda clase de ciudadanos, aún cuando gocen de fuero privilegiado y tengan tribunales diversos; asimismo, éste código suponía el desarrollo y consignación del *principio de unidad e igualdad*, aplicable a todos los ciudadanos, casos y circunstancias.

Se regulaba el principio de publicidad, que evitaba que los jueces escribieran sobre cuestiones no declaradas, y el único remedio era que las declaraciones se dieran en público y a presencia de las partes, aplicando asimismo el *principio de contradicción*, en donde se pedía que existiera igual número de testigos para ambas partes evitando que una de ellas tuviera más oportunidades que la otra.

Las pruebas según este código son *públicas*, el principio dominante en el orden de proceder debe reducirse a que la justicia se administre lo más pronta, sin sacrificar el derecho de las partes, en consecuencia, los jueces deben ser aptos, pues si los términos de los procedimientos quedan al arbitrio de los funcionarios y la judicatura la pueden desempeñar cualquiera, no puede haber sistema de procedimientos benéfico para el público.

3.2.2 Anteproyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica

Impulsaba una transformación de los sistemas de enjuiciamiento vigentes y buscaba sustituirlos por un modelo sustentado en la idea de la oralidad y el proceso por audiencias, con todos sus dependientes como la inmediación del Juez con la partes y el material litigioso, la concentración y publicidad de los actos, la desformalización burocrática de los procedimientos en general, como medio para la igualdad de las personas ante la justicia¹⁴².

¹⁴² **Roberto Omar Berizonte**, *El Código Procesal Civil y la Armonización Progresiva de los*

Así, la visión de todos los que participaron durante casi dos décadas en el complejo procedimiento de su elaboración, coincidieron para desarrollar el Código Procesal Civil Tipo para Iberoamérica hacia finales de la década de los años 80 que constituye la concreción de las ideas básicas predominantes y de las mejores doctrinas, así como las más calificadas en su aplicación en la realidad.

Su objetivo es servir como marco de referencia y punto de partida para la transformación de los ordenamientos procesales en los países del subcontinente Iberoamericano, así ha sido adoptado por varias legislaciones, ya sea total o parcialmente, de las bases, directrices y de los textos del anteproyecto.

El Código Tipo, es un esfuerzo que tiene como propósito primordial, según menciona *José Almagro Nosete* “La finalidad última es la mejora de la justicia latinoamericana, enormemente deteriorada y que no sirve de manera eficiente a nuestra comunidad”¹⁴³. Este ha incorporado una serie de principios rectores que le permitan desarrollar una tutela efectiva de derechos. “El proyecto se afilia al sistema de oralidad”.¹⁴⁴ La oralidad

Sistemas de Justicia en América Latina, (Argentina, Universidad Nacional de la Plata, 2001), p. 20. Se comenzando por las Bases, luego los estudios de estas y su comparación con los diversos Códigos de Iberoamérica y finalmente con la preparación del Anteproyecto que finaliza con la publicación del código en mención. Luego de la preparación de las Bases inspiradas en los Códigos existentes y en el trabajo común de la doctrina y jurisprudencias de Iberoamérica, en especial por la labor acumulada en las Jornadas, se reexaminaron para preparar posteriormente dicho Código Modelo.

¹⁴³ **José Almagro Nosete**, *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, (Madrid, España, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1990), p. 23. Tomar en cuenta la realidad latino-americana en cuanto a sus deficiencias económicas y técnico-materiales, pero considerando que no está aquí lo más requerido, que se refiere a hombres y a su preparación al efecto; en este punto hay base más que suficiente, para exigir el adelanto que ya no puede demorarse.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.40. La oralidad, entendida como el intercambio verbal de ideas, constituye una

constituye un pilar importante en las nuevas legislaciones que se proyectan en Iberoamérica, en éste sentido, en un modelo de código no podía faltar éste principio, pero al respecto se debe recalcar que la oralidad no aparece como principio rector regulado, sin embargo forma parte de estos. También es importante decir que: “En concreto se plantea un proceso mixto, porque no se trata de perder los beneficios y virtudes de la escritura”. Se tramitan de forma escrita la demanda, contestación, excepciones, entre otras, bajo la óptica que estos momentos procesales por su misma naturaleza es preferible tramitarse por escrito; así mismo la demanda, para establecer los presupuestos de la acción y pretensión es más viable detallar en un escrito; lo mismo con la contestación y fundamentación de los recursos.

Éste sistema mixto también es llamado por los procesalistas Iberoamericanos como: “Proceso por audiencias de tipo mixto”¹⁴⁵. Es en las audiencias donde se tramita oralmente el proceso, dado que es en éstas donde se aporta la prueba, se hacen alegatos y dicta sentencia, en presencia del juez o jueces y que constituye una perfecta intermediación. Entonces se puede decir que en el Proyecto del Código Tipo también se conserva el principio de escritura, puesto que parte del proceso se hace de manera escrita, al igual que la oralidad.

herramienta esencial en la tarea jurisdiccional, como instrumento para facilitar el debido respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos en un Estado de Derecho moderno al permitir la actuación del juzgador se acomode a criterios de intermediación y contradicción realmente efectivos.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.41. Proceso por audiencias de tipo mixto, es entendida en el sentido general, aunque, en puridad, se plantea un proceso mixto, porque no se trata de perder los beneficios y virtudes de la escritura. Y es así que, fuera de la prueba documental, cuyo valor resultará tan esencial como establecen los Derechos de fondo, en el proceso planeado, son escritos, la etapa de proposición y la de recursos. Es así que es escrita la demanda, la contestación (en sentido amplio de contradicción, excepciones y defensas) y la reconvencción en su caso, 'la interposición y fundamentación de los recursos y la contestación a la expresión de agravios (etc.).

El Código Tipo en su Libro I, Título I Principios Generales; se desarrolla los principios rectores que regularan el mismo, estos son: *Iniciación del proceso* art. 1º, es una derivación del principio dispositivo, que es el derecho de las partes a iniciar el proceso y no tener el control total del proceso. Las partes son las únicas que pueden aportar hechos al juez. *Dirección del proceso* art. 2º, se convierte en director del proceso y deja de ser un espectador del mismo. *Impulso procesal* art. 3º, imposibilita en términos generales la paralización del juicio. *Celeridad del proceso* implícitamente regulado en el art. 3, ya que en la parte última del concepto de este principio dice: “adelantar tramite con la mayor celeridad”, *Igualdad procesal* art. 4º, supone que ambas partes tienen las mismas oportunidades y derechos en un proceso. *Buena fe y lealtad procesal* art. 5º, supone cierto comportamiento de las partes en el juicio, *Ordenación del proceso* Art. 6º, implica evitar acciones que contraríen el proceso, este principio es una especie de principio de legalidad, por la razón de que consiste en un estricto apego a la ley, no pudiendo alterar las partes los procesos bajo ningún pretexto so pena de nulidad. *Publicidad del proceso* Art. 7º, La publicidad que se propone, no es una publicidad absoluta, ya que tiene sus excepciones, una de ellas es que por disposición legal se prohíba expresamente y que deberá aplicarse sin excusas¹⁴⁶.

Inmediación procesal Art. 8º, La presencia física del juzgador es una necesidad y es por ello que en este Código Tipo es una propuesta fundamental; de ésta manera en un sistema procesal, en donde la oralidad es el cambio más importante, es inaceptable que no exista la publicidad y la inmediación. De tal forma si las diligencias se propone que sean orales y

¹⁴⁶ **Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**, Secretaria General, *Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, historia, antecedentes, Exposición de motivos, texto del anteproyecto*, (Montevideo, Uruguay, 1988), p.45, en el cual se hace una enumeración de todos los principios que según el Código tipo para Iberoamérica han de regir en el proceso.

públicas, no tendría razón de ser si no se garantiza que el juzgador estuviese presente físicamente y ésta es la nueva tendencia a seguir en los países latinos en donde predomina fuertemente la mediación del juez. Pero esta inmediación supone ciertas condiciones, como el hecho que se conserven las personas que conforman el tribunal, durante las audiencias y diligencias, basado en que no sería prudente que quién falle o dicte sentencia sea una persona distinta de la que recibió la prueba, porque sus argumentos del fallo no serían confiables dado que no maneja de primera mano la contundencia de las pruebas ni tampoco los alegatos de las partes. El deber del tribunal de presidir las audiencias y diligencias es indelegable, y transgredir esa regla constituye una causal de nulidad del acto procesal al cual se ha faltado, y tan trascendente es esa trasgresión a la inmediación que constituye *nulidad absoluta*¹⁴⁷.

Como toda regla general, el principio de inmediación tiene su excepción; para el caso, cuando una diligencia deba realizarse en territorio distinto del de la jurisdicción del tribunal, si puede realizar la diligencia otro tribunal, por el principio de inviolabilidad de la competencia por razón del territorio.

Pronta y eficiente administración de justicia Art.9º, es necesario que las legislaciones ofrezcan una eficiente tramitación de procesos que como norma legal cumplan con los principios procesales establecidos en los textos legales. *Concentración procesal* Art. 10º, realizar varios actos procesales de una sola vez. *Derecho al proceso* Art. 11º, Todos tienen derecho a acudir ante un tribunal a plantear un conflicto jurídico. *Contradicción* “La contradicción es consecuencia de la igualdad y bilateralidad”; bajo la lógica

¹⁴⁷ **Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**, (Montevideo, Uruguay, 1988), ibidem, p. 47, En cuanto al Principio de inmediación el Código Tipo para Iberoamérica hace mención de este principio y de su importancia en el proceso.

siguiente: Igualdad implica dos cosas, que es bilateral y donde hay dos partes se necesita que de lo afirmado por una.

3.2.3 Código de Procedimientos Civiles en El Salvador

El Salvador, en el siglo antepasado estaba regido bajo un sistema socio-económico y político, en el que los intereses de las personas eran fundamentados en el desarrollo y producción de la tierra. Así su reglamentación fue orientada a la resolución de conflicto entre particulares cuya realidad era esencialmente rural, donde su bien jurídico primordial era la tierra, entiéndase posesión y explotación. Dentro de ese marco en el año de 1882 se creó el actual Código de Procedimientos Civiles, en el que su orientación era resolver conflictos privados, en este sentido se estableció que serían las partes las que tendrían mayor control del proceso, en donde el juez realizaría una función pasiva, dando como resultado una ley procesal adecuada a la realidad de esa. En el Código de Procedimientos Civiles, Los principios del proceso no se encuentran expresamente determinados en el cuerpo legal, sino que se ponen de manifiesto implícitamente y en forma dispersa en el texto del Código.

Principio dispositivo, constituye la facultad que tienen las partes para iniciar, ejercer y renunciar al proceso. De esta forma se regula en el Art. 191 y el art. 1299 CPC¹⁴⁸, es decir es una petición hecha al juez que a contrario sensu quiere decir que el juez no puede iniciarla de oficio sino las partes y que el impulso procesal está confiado a las partes, siendo ésta las que determinan el paso de una etapa procesal a otra, controlando la preclusión de los

¹⁴⁸ **Código de Procedimientos Civiles**, Decreto Ejecutivo Sin Número, del 31 de diciembre de 1881, publicado en el Diario Oficial N° 1, Tomo 12, del 1 de enero de 1882. Se manifiesta reiteradamente en nuestro Derecho positivo de muy diversas formas y en diversas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles.

mismos. Sobre ésta lógica en el proceso civil salvadoreño el juez se estaba impedido para movilizar el juicio, lo cual implica que si las partes no hacen las peticiones correspondientes el juez no puede realizarlas. *Principio de oficiosidad* Art. 1238, 197, 1299, el proceso civil, además de ser predominantemente dispositivo contiene ciertas disposiciones que expresan oficiosidad como son: Art. 308, 316, 471-A, entre otros, regulan en principio de oficiosidad. *Principio de legalidad*, Art. 2 CPC Este principio es indispensable en toda legislación, porque consiste en la sujeción del órgano jurisdiccional a la ley. Implica supremacía a la Constitución y a la ley, por lo tanto los jueces deben sujetarse a la ley en todas sus actuaciones dentro del ejercicio del poder jurisdiccional. *Principio de igualdad*, La Igualdad encierra tres aspectos que son: Igualdad de oportunidades en el proceso, Igualdad de armas en el proceso e igualdad de trato en el mismo. El Código de Procedimientos Civiles, tiene una serie de disposiciones en las que se ve reflejado éste principio, tal es el caso de los Arts. 1240, 271, 320, 520, 522. *Principio de probidad*, Art. 1238 Inc. 2º, 193, 308, 439, 1243, 1244 y 1293 CPC. El proceso debe estar fomentado como un instrumento para la defensa de los derechos. *Principio de dirección del proceso*, Art. 2 consiste en que el juez es quien debe tener la dirección del proceso.

En este sentido el juez tiene la obligación de controlar que el juicio se tramite de forma adecuada y en el orden que establece la ley, que tiene relación con el principio de legalidad sobre la base de conservar la estructura del proceso que se regula.

Principio de inmediación, se refiere a que debe existir una inmediata comunicación entre el juez y las partes que obran en el proceso, de los hechos que en él deban hacerse constar y de los medios de prueba que se utilicen. El Art. 242 establece que “Las pruebas deben producirse en el

término probatorio, con citación de la parte contraria y ante el juez que conoce de la causa o por su requisitoria, so pena de no hacer fe”¹⁴⁹. Es decir, que por inmediación se entiende la proximidad contacto entre el juez y determinados elementos probatorios y es requisito de ésta, que los actos de prueba se practiquen en presencia del juez.

3.2.4 Documento de Bases Minuciosas y detalladas para El Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador

En el año 2000 se dio a conocer el proyecto que contiene el Documento de Bases Minuciosas y Detalladas para el Código Procesal Civil de la República de El Salvador, las cuales proponen los primeros avances para lograr la creación de una ley procesal, encauzada a resolver los conflictos civiles con mayor eficacia, imprimiendo dinamismo en el desarrollo del proceso; de igual forma que afronte y dé respuesta a numerosos problemas de imposible o difícil resolución que existen en la realidad procesal actual, los que no pueden ser ventilados con una ley que data del siglo antepasado.

Un proceso que implique justicia con plenitud de garantías procesales, con respuesta judicial encaminada a lograr sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, depurando la existencia de trámites excesivos y dilatados que contribuyan a evitar litigios innecesarios y a reforzar la igualdad ante la ley, siempre que se basen en intereses legítimos.

En estas bases se encuentran los principios procesales que regirán dicha ley, expresamente determinados de forma ordenada al inicio de dicho

¹⁴⁹ *Ibíd.* Se pretende por medio del principio de inmediación darle al Juez un rol mas activo; ya que en el Código de Procedimientos Civiles los jueces conocen de las diligencias hasta el momento de las sentencias que es cuando leen todo el expediente; la inmediación significa que debe haber una inmediata comunicación entre el Juez y las partes.

documento, siendo éstos donde se encuentra lo novedoso del proceso civil.

Principio de Legalidad, (Base 2). Este principio regula puntos como son el *primer lugar* que los procesos se deben tramitar ante juez competente, en *segundo* que éstos deben tramitar los procesos que ante ellos se ventilan con estricto apego a las normas procesales que se establecerán en el nuevo proceso civil, *por último* se limita a los jueces la facultad de poder realizar cualquier tipo de alteración en el proceso.

Principio de Contradicción, (Base 3). La contradicción según establecen las bases estará orientada siempre sobre el derecho que tendrán las partes de que se les mande a oír sobre las pretensiones realizadas por la parte contraria.

Principio de igualdad, (Base 4). Este pone en igualdad de condiciones a las partes, de manera que, ninguna de ellas se encuentre en desventaja en el desarrollo del proceso.

Principio de aportación, (Base 6). Este constituye un complemento del principio dispositivo, sobre la lógica que tanto la iniciativa del proceso, como la facultad de aportar hechos relativos a la pretensión que se discute en el juicio, está confiada a las partes, ya que a ellos pertenece la titularidad del derecho y de su voluntad depende el querer ejercitarla o no.

Principio de impulso procesal. El juez impulsará de oficio la tramitación de los juicios adoptando las medidas oportunas para evitar su paralización, sin perjuicio de que pueda acordar la suspensión cuando lo soliciten todas las partes, se regulará la posibilidad de que el juez suspenda de oficio el curso de los autos en casos excepcionales (Base 8).

Principio de Inmediación, El juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de las audiencias, como la práctica de los distintos medios probatorios, sin que pueda delegar ésta presidencia ni estar ausente bajo pena de nulidad, no subsanable, ni convalidable. Se exceptúan los casos en que la diligencia deba celebrarse en territorio distinto al de su competencia. Los actos procesales correspondientes a un mismo proceso se realizarán

con la mayor proximidad posible entre ellos, evitando las dilaciones y debiendo el juez o tribunal concentrar en la misma cesión todos los actos a realizar. Si la audiencia requiere más de una sesión, se llevará a cabo en los días sucesivos hábiles hasta darla por concluida (Base 10).

Las bases regulan el principio de inmediación como la obligación del juez de presidir personalmente el desarrollo de todas las audiencias y la práctica de los distintos medios probatorios, quiere decir que se encuentra regulado en forma genérica respecto de todos los actos procesales, a diferencia del Código de Procedimientos Civiles, que en el Art. 242 al referirse a la inmediación, lo hace exclusivamente cuando se refiere a la prueba, en el sentido que, el juez debe presenciar personalmente la producción de la prueba.

Tanto el documento base, como el Código de Procedimientos Civiles regulan la posibilidad de que excepcionalmente por razones de competencia territorial no se pueda cumplir con la Inmediación del juez del caso, pero el acto siempre es realizado por alguien que tiene jurisdicción. Este principio se relaciona con el Principio de Concentración, debido a que por medio de la inmediación es posible realizar una mejor concentración de actos procesales.

3.2.5 Código Procesal Civil y Mercantil

El Código de Procedimientos Civiles, no regulaba los principios procesales de manera específica, lo que regulaba dicha legislación eran ciertas manifestaciones que daban idea de los principios pero sin dedicar una disposición específica a cada uno de ellos. Esto es superado por el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, vigente desde el año 2010, ya que en este se dedica un capítulo específico, en el que los principios del derecho

procesal civil y mercantil se regulan de una manera ordenada y sistemática, siendo el capítulo primero del título preliminar del libro primero del Código Procesal Civil y Mercantil; donde se encuentran regulados desde el art. 3 hasta el art. 16 del CPCM.

Los principios procesales son directrices por medio de las cuales debe regirse el proceso y de cuya operacionalización depende el buen desarrollo del mismo; con el objeto de garantizar la protección jurídica procesal debida a cada una de las partes¹⁵⁰.

Los principios procesales regulados en nuestra legislación Procesal Civil y Mercantil; siendo estos los siguientes:

Principio de Legalidad, Art. 3. Este principio consiste en que todo proceso debe tramitarse ante juez competente o juez natural y la prohibición hacia las partes de disponer de las normas procesales del código¹⁵¹. El principio de legalidad es uno de los principios más importantes que informan el proceso civil y mercantil, y es que, se trata de un principio cuyo cumplimiento supone y determina la seguridad jurídica en el proceso. Principio de Defensa y Contradicción, Artículo 4 CPCM. Consiste en que una parte tenga oportunidad de oponerse a un acto que ha sido realizado a instancia de la contraparte con el objeto de verificar su regularidad, de lo cual se desprenden dos aspectos que integran la contradicción: primero, el derecho

¹⁵⁰ **Ugo Rocco**, *Teoría General del Proceso Civil*, (México, Edit. Porrúa S A., 1959), p. 408. Los principios procesales son aquellas reglas mínimas a las que se debe sujetarse un proceso judicial para ser debido proceso.

¹⁵¹ **Oscar Antonio Canales Cisco**, *Derecho Procesal Civil Salvadoreño*, Tomo I, 2ª ed. (San Salvador, El Salvador, Edit. Impresos Gráficos UCA, 2003), p.17. el proceso judicial se desarrolla mediante un conjunto de actos realizados por y ante un juez, de acuerdo a normas predeterminadas.

que tiene la parte de oponerse a la realización de un determinado acto, y, segundo el de controlar la regularidad o cumplimiento de los preceptos procesales¹⁵². Principio de Igualdad Procesal, art. 5 CPCM. Con este principio se pone de manifiesto que en el proceso civil domina la igualdad procesal y que a su vez es una manifestación del principio Constitucional de la igualdad de las personas ante la ley¹⁵³. Principio Dispositivo, art. 6 CPCM. De acuerdo a este principio, las partes son sujetos activos del proceso, radicando en ellos el derecho de iniciarlo y determinar su objeto, en tanto que el juez es simplemente pasivo, limitándose su función a dirigir el debate y decidir la controversia¹⁵⁴. Principio de Aportación, art. 7. El principio de aportación hace referencia a que la ley asigna a las partes la facultad de reunir y traer al proceso el material de hecho¹⁵⁵. Principio de Oralidad, art. 8. El principio de oralidad cobra significado en la etapa probatoria¹⁵⁶. El momento procesal en que se cumple es en la audiencia en la que se produce

¹⁵² **Hugo Alsina**, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo I, 2ª ed., (Buenos Aires, Argentina, Edit. Ediar, Sociedad Anónima Editores, 1963), p. 457. Las pruebas que trae oficiosamente no pueden ser sorpresivas ni limitar el derecho de defensa de los litigantes.

¹⁵³ **Cayetano Núñez Rivero y Otros**, *El Estado y la Constitución Salvadoreña*, (San Salvador, El Salvador, Edit. Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y de la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, 2000), p. 55.

¹⁵⁴ **Eugenio Benítez Ramírez**, *Principios Procesales relativos a las Partes*, “Ensayos y Crónicas, Revista Chilena de Derecho”, (vol. 34, Nº 3, Chile, 2007), p. 591. Las partes son los sujetos activos del proceso, ya que sobre ellos radica el derecho de iniciarlo y determinar su objeto, mientras que el juez es simplemente pasivo, pues su función se limita a dirigir el debate y decidir la controversia.

¹⁵⁵ **Valentín Cortés Domínguez y Otros**, *Introducción al Derecho Procesal*, (Valencia, España, Edit. Tirant lo Blanch, 2004), p.151. El Juez, dice el autor, debe juzgar según lo probado por las partes. El Juez, por tanto, deberá admitir únicamente que se practique la prueba sobre aquellos hechos oportunamente alegados por las partes.

¹⁵⁶ **Enrique Palacio Lino**, *Derecho Procesal Civil “Nociones Generales”*, Tomo II, 2ª ed. (Buenos Aires, Argentina, Edit. Abeledo Perrot, 1990), p. 267. La publicidad del proceso es de la esencia y responde a sistemas democráticos de gobierno. el principio de publicidad es un tema con gran dimensión política ya que se haya en juego la justicia y la imparcialidad por lo que este principio es retomado por aquellos sistemas democráticos de gobierno.

la prueba y en la que las partes hacen sus alegatos. Principio de Publicidad, art. 9. Este principio establece que salvo situaciones excepcionales el proceso debe ser público, y sus manifestaciones son las siguientes: Exhibición del expediente. Art. 9 inc. Final CPCM; Publicidad de las audiencias. Art. 402 CPCM. Se origina en el precepto constitucional contenido en el art. 18 Cn¹⁵⁷, que indica que toda persona tiene derecho a que se le haga saber lo resuelto¹⁵⁸.

Principio de Inmediación, de mucha importancia dado el tema de la presente investigación. Significa que debe haber una inmediata comunicación entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen¹⁵⁹. Regulado en el artículo 10 CPCM, *“el juez debe presidir personalmente tanto la celebración de audiencias como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable; excepto cuando la diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el juez delegado presidir la práctica de la misma”*¹⁶⁰.

¹⁵⁷ **Constitución de la República de El Salvador**, D.L 38, de fecha quince de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, D.O No 234, Tomo No 281, con fecha de publicación dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y tres. Art. 18 *“ toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelvan, y a que se le haga saber lo resuelto”*.

¹⁵⁸ **Mauricio Velazco Zelaya et al**, *La Oralidad en la Reforma Legal de El Salvador*, (San Salvador, El Salvador, Edit. de la Comisión Coordinadora del Sector Justicia, 2006), p.29.

¹⁵⁹ **Hernando Devis Echandía**, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo I, (Bogotá, Colombia, Edit. ABC, 1975), *Ibíd*em p. 46. Como se infiere de su significado literal, significa que debe haber una inmediata comunicación entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen.

¹⁶⁰ **Código Procesal Civil y Mercantil**. D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. El principio de

Este principio consiste en que el juicio y la práctica de las pruebas han de transcurrir ante la presencia directa del órgano jurisdiccional competente, puesto que en un sistema procesal que consagra este principio busca que el juez este cerca con los sujetos partícipes del conflicto o controversia y, junto a ello con la realidad que estos le han llevado al proceso a través del material probatorio¹⁶¹.

Desde la misma perspectiva pero haciendo énfasis en los medios probatorios, la inmediación se define como la íntima vinculación entre el juzgador y las partes y con los elementos probatorios, a fin de que dicho juzgador pueda conocer directamente el material del proceso desde su iniciación hasta la terminación del mismo. De los aspectos anteriores pueden identificarse tres elementos que dan pauta a clasificar la inmediación desde un punto de vista tripartito, de tal forma que la inmediación pueda ser subjetiva, objetiva y de actividad¹⁶².

La inmediación subjetiva se entiende como la proximidad o contacto entre el juez y determinados elementos personales o subjetivos, bien sean los sujetos mismos del proceso, o personas distintas, es decir, terceros.

inmediación es imprescindible para asegurar un juicio justo y cumplir con la garantía del debido proceso, sin embargo hay autores que indican que la inmediación produce efectos indirectos que de alguna forma pueden ser nocivos como cuando el juez se identifica con alguna de las partes, lo que podría afectar la imparcialidad el mismo.

¹⁶¹ **José Vicente Gimeno Sendra**, *Fundamentos del Derecho Procesal. Jurisdicción, Acción y Proceso*, (Madrid, España, Edit. Civitas, S. A., 1981), p. 227. Agrega además que, tan sólo quien ha presenciado la totalidad del proceso, oído las alegaciones de las partes y quien ha asistido a la práctica de las pruebas está legitimado para pronunciar la sentencia.

¹⁶² **José Ángel Chamorro Ladrón de Cegama**, *Algunas Reflexiones sobre el Principio de Inmediación en el Proceso Civil y su Mejor Cumplimiento en la Práctica Judicial*, Artículo. Anuario de la Facultad de Derecho, Nº 2. (España, 1983), p. 531. Como puede advertirse el autor relaciona la inmediación como la relación personal del juez con las partes y con los hechos y los medios probatorios que los fundamentan, de tal manera que para el autor la inmediación implica una relación subjetiva y objetiva.

La manifestación principal del requisito de inmediación subjetiva es la que impone que el acto de prueba se practique en presencia de su destinatario, es decir, que la prueba se practique ante el juez que debe apreciar su mérito.

La inmediación objetiva se refiere a la comunicación del juez con las cosas y los hechos que interesan al proceso. Como ejemplo de esta inmediación es la que constituye la diligencia de reconstrucción de los hechos.

Finalmente la inmediación de actividad es aquella que se refiere a que los actos realizados por las partes deben ser presididos por el juez. Toda la actividad, especialmente la actividad probatoria, debe ser producida en presencia del juez, quien será el que resolverá según la producción de los actos procesales que las partes sometan a su conocimiento, con respecto a este último aspecto es importante poner de manifiesto que dentro del principio de inmediación, haciendo referencia a la inmediación de la actividad, se comprende la continuidad en la ejecución de los actos procesales ante el juez que debe decidir la causa y por lo que, los actos procesales deben desarrollarse de forma íntegra y evitar a toda costa la solución discontinua de la actividad procesal.

Es importante mencionar que el principio de inmediación no debe considerarse como la cercanía o distancia con el juez, sino más bien como la proximidad entre sí; y del juez respecto de las partes y la prueba. Y además asegura un juicio justo y cumplir con la garantía del debido proceso¹⁶³.

¹⁶³ **José Vicente Gimeno Sendra**, *Ibídem.* p. 231. Señala que conforme a determinadas investigaciones sociológicas, llevadas a cabo primordialmente en los Estados Unidos, la inmediación del Tribunal con el acusado en la fase del juicio oral es susceptible de provocar todo un conjunto de inconscientes y recíprocas reacciones entre el acusado y el órgano jurisdiccional. Las cuales se manifiestan de modo primordial en el momento de dictar sentencia.

CAPITULO IV: ESTUDIO COMPARADO DEL PRINCIPIO DE INMEDIACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL

4. El Derecho Comparado

El derecho comparado es una disciplina del derecho que se ocupa del estudio de instituciones jurídicas o sistemas de derecho. Las principales finalidades perseguidas por el derecho comparado son: investigar la esencia del derecho y las leyes o ritmos de su evolución; investigar el derecho positivo, contrastando entre sí distintos conceptos jurídicos, categorías de conceptos, sistemas jurídicos o grupos de sistemas, investigar puntos de coincidencia y diferencias específicas, explicando la evolución y desarrollo de tales instituciones y sistemas, permitiendo aportar datos tendientes a su mejor conocimiento.

4.1 Legislación Procesal Civil de Chile

En relación al principio de intermediación, prácticamente no tiene aplicación en el proceso civil chileno. El distanciamiento y lejanía de las partes y sus abogados con el juez es notable.

En la práctica judicial, este funcionario público técnicamente preparado, se ha desvinculado de los procesos que se siguen ante él, delegando gran parte de las funciones en funcionarios de rango menor, muchas veces de escasa preparación. Las partes y sus abogados, quedan la mayoría de veces en manos de una serie de funcionarios que proveen escritos, toman audiencias y reciben la prueba sin estar técnicamente capacitados para hacerlo, quedando la figura del juez cada vez más lejana.

En la actualidad los jueces civiles solo toman conocimiento de los procesos que se siguen ante ellos al momento de estar en condiciones de pronunciar la sentencia definitiva.

Solo en ese momento deben resolver basándose exclusivamente en lo que se les presenta a través de un tercero y en forma escrita, sin haber podido formarse una impresión propia de las pretensiones de las partes ni de la prueba rendida.

La consagración del principio de inmediación en la legislación chilena implica el establecimiento de un poder-deber del juez de escuchar y fundamentalmente dialogar con las partes implicadas, con sus abogados, con los testigos y peritos, lo que le permite ponderar no solamente las palabras, sino que también actitudes, gestos, etc.

4.1.1 Segunda Instancia en el Proceso Civil de Chile

El Código Procesal Civil Chileno, establece un procedimiento oral, inspirado en los principios de inmediación y concentración. Conforme a la inmediación, se pretende establecer un contacto estrecho entre el juzgador y los medios probatorios¹⁶⁴. Este principio se encuentra en estrecha relación con la concentración, en cuanto pretende que los actos jurídicos procesales se realicen de manera concentrada, en una o en un número reducido de audiencias.

¹⁶⁴ **Carlos de Miguel y Alonso**, *El principio de la inmediación dentro del sistema formal de la oralidad*, en Boletín Mexicano de Derecho comparado, N° 24, (México, 1975), pp. 791 y ss. El principio de inmediación en esencia significa que el principio no debe fragmentarse en diversas etapas preclusivas, lejanas en tiempo unas de otras y con numerosos actos procesales intermedios; En cuanto al principio de inmediación, es resultado de la aplicación del principio de oralidad en el proceso.

4.2 Legislación Procesal Civil de España

Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000). Al igual que sucedió con el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, también sirvió como parámetro para la creación del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de España (LEC)¹⁶⁵, data del 07 de enero del año 2000. Esta ley sustituyó a la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil que estuvo vigente desde el 03 de febrero del año 1881. Esta última fue objeto de una serie de modificaciones legales durante el tiempo y ya desde los años noventa comenzó un proceso de reforma que involucró a distintos actores, incluyendo el Consejo General del Poder Judicial.

Con el objetivo de disminuir la escrituración, reducir los plazos de tramitación, simplificar el proceso, la reforma materializada en la LEC estableció un sistema procesal basado en los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, incorporando, por tanto, entre otros cambios, un sistema de producción de información basado en audiencias orales¹⁶⁶.

Estas mismas ideas y objetivos han orientado también otros procesos de

¹⁶⁵ *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Nº 7, (España, 2000). La Ley introduce numerosas innovaciones con tres finalidades: regular de modo mas completo y racional materias y cuestiones carentes de regulación, procurar un mejor desarrollo de las actuaciones procesales y reforzar los principios y garantías en las sentencias.

¹⁶⁶ **Consejo General del Poder Judicial**, *Libro Blanco de la Justicia*, (Madrid, España. 1997), p. 151. Citado por Faustino Gutiérrez-Alviz, en “Una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil para una mejor Justicia”, en Gutiérrez-Alviz, Faustino (Dir.), *Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España. 2001, p. 20 [cit: “Exposición...”]. Se parte de dos criterios, por un lado la necesidad de seguridad jurídica y por otro la escasa justificación de someter a los justiciables a diferentes procesos cuando puede resolverse en uno solo.

reforma a la justicia civil, como sucede por ejemplo en América Latina. Pero tanto en el sistema español como en otros procesos civiles reformados, la introducción al proceso de estos principios no sólo ha buscado disminuir tiempos de tramitación y hacer más eficiente el sistema procesal sino que también ha pretendido mejorar la calidad de la información que se produce y la calidad de las decisiones judiciales, abandonando así “las formulas inquisitivas tradicionales. Al día de hoy, las audiencias orales son el centro del sistema de justicia civil español. Y en estas, la oralidad se ha consolidado de tal manera que ha permitido que otros principios del proceso como la inmediación, en mayor o menor medida, se materialicen de forma efectiva¹⁶⁷.

La exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 7 de enero de 2000, afirma: “La Ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas”¹⁶⁸. Para que la oralidad despliegue su máxima eficacia, las actuaciones procesales realizadas oralmente deben efectuarse ante el destinatario de las mismas, esto es, con la inmediación del juez sentenciador.

Este contacto permitirá al juez hacerse una recreación de la realidad lo más certera posible, pues tendrá acceso directo a las declaraciones de todas las personas que conocen los hechos litigiosos, pudiendo formularles precisiones o aclaraciones que contribuyan a realizar su enjuiciamiento fáctico. Esta exigencia de inmediación la encontramos en los arts. 137 y

¹⁶⁷ **Mauricio Duce; Felipe Marín; Cristian Riego**, *Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información*, “Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina”, (Santiago, Chile, Edit. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008), p. 15. La ley opta por plazos breves pero suficientes, con seguridad en la debida diligencia de los órganos jurisdiccionales.

¹⁶⁸ Punto octavo del epígrafe XII de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. En los juicios verbales, es obvia la proximidad del momento sentenciador a las prueba y a las pretensiones y de sus fundamentos.

289.2 LEC (inmediación en sentido amplio). Para garantizar su pleno respeto, la infracción de tales previsiones normativas se castiga con la máxima sanción procesal, es decir, la “nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones” (art. 137.3 LEC).

Además, para que la inmediación realmente surta efecto, es necesario que el juez que ha presenciado los actos probatorios orales sea el mismo que dicte sentencia (inmediación en sentido estricto) pues, de lo contrario, de nada servirá la inmediación. Esta garantía se recoge en el art. 194 LEC, que ordena dictar sentencia a los jueces y magistrados que hayan asistido al juicio, aunque con posterioridad dejen de ejercer sus funciones jurisdiccionales. En caso contrario, cuando por cualquier motivo ello sea imposible, debe repetirse el acto oral, y así lo establece el art. 200 LEC, de no ser así, deberá decretarse la lógica nulidad de actuaciones¹⁶⁹.

4.2.1 La Segunda Instancia en el Proceso Civil Español

La segunda instancia se configura en las leyes de enjuiciamiento civil española como una revisio prioris instantiae,¹⁷⁰ caracterizada por la posibilidad que tiene el tribunal superior de controlar toda la actividad procesal desarrollada por el juez a quo y la corrección de la sentencia de

¹⁶⁹ **Pilar Calderón Cuadrado**, *El proceso civil y su estructuración en dos instancias*, (Ministerio de Justicia, Madrid, España, 2004), p. 831; y **A.I Pérez Asenjo**, *La valoración de la prueba en segunda instancia, en aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil*, (Barcelona, España, Edit. J.Mª. Bosch, 2008), p. 150, que destaca la nulidad de la sentencia por haber sido dictada por un juez disrevisio pritinto al que estuvo presente en el acto del juicio.

¹⁷⁰ **Víctor Fairén Guillén**, *El razonamiento de los tribunales de apelación*, (Madrid, España, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990), p. 31. En el Derecho Español, a pesar de tratarse de una apelación limitada, esa segunda instancia se adecua a la realidad de suerte que el tribunal no se limita a “revisar” la decisión del juez de primera instancia sino que dicta una segunda decisión.

fondo¹⁷¹. Como indica Chiovenda, el tribunal ad quem se encuentra frente a la demanda en la misma posición que el juez de primer grado en el momento de ir a fallar, correspondiéndole los mismos poderes y los mismos deberes¹⁷².

Esta configuración de la segunda instancia es la que inspira la regulación de la LEC: así, el punto segundo del párrafo XIII de su Exposición de Motivos indica que “La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada”. Y por ello, el art. 456.I LEC dispone: “En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación”. Y este modelo de apelación es plenamente constitucional: así, a modo de ejemplo, la STC 3/1996, de 15 de enero destaca: “En nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una revisio prioris instantiae en la que el tribunal superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las

¹⁷¹ Sin extendernos en este punto, la segunda instancia española tradicionalmente también ha permitido, si bien con carácter excepcional, la formulación de nuevos hechos y la práctica de nuevas pruebas, lo que le aparta, en cierta medida, del modelo de revisio prioris instantiae para acercarlo al del novum iudicium.

¹⁷² **Giuseppe Chiovenda**, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. III, trad. de E. Gómez Orbaneja, (Madrid, España, Edit. Revista de Derecho Privado, 1940), p. 382. En la segunda instancia española también se ha permitido, de una manera excepcional, la formulación de nuevos hechos y la práctica de nuevas pruebas, es decir el conocimiento completo del proceso.

cuestiones jurídicas oportunamente deducidas (quaestio iuris)”¹⁷³.

El debido respeto a la inmediación judicial en el ámbito estricto del proceso civil, se encuentran numerosas resoluciones de audiencias provinciales que impiden en apelación el control de la valoración de las pruebas personales practicadas en la instancia por vulnerar la inmediación judicial. Así, se afirma que permitir dicho control se vulneraría los arts. 137 y 194 LEC reguladores, de la inmediación en sentido amplio y restrictivo, respectivamente¹⁷⁴.

La configuración de la segunda instancia como una revisio prioris instantiae, es compatible con la posibilidad de controlar la valoración judicial de las pruebas personales practicadas en la primera siempre que exista la oportuna grabación audio-visual de lo realizado en dicha instancia, no suponiendo ello una vulneración de la debida garantía procesal de la inmediación judicial.

Existe la posibilidad de permitir a las partes que puedan volver a solicitar en apelación la práctica de las pruebas personales erróneamente valoradas por el juez de instancia¹⁷⁵. Al margen de que esto implica modificar el art. 460.2

¹⁷³ La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada, y si esta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en el que pueden aducirse toda clase de hechos y argumento o formularse nuevas pretensiones sobre el caso.

¹⁷⁴ Dada la naturaleza del motivo de impugnación implícitamente formulado, debe comenzarse por recordar que la inmediación sitúa al juez de primera instancia en una posición privilegiada para valorar la prueba practicada en su presencia, lo que, unido al principio de libre valoración, motiva que sea frecuente entre las Audiencias entender que el control que puede hacerse en esta segunda instancia de la valoración efectuada por el Juez a quo debe ceñirse al respeto de las reglas relativas al onus probandi, a la legalidad de la prueba practicada y a la razonabilidad y ausencia de arbitrariedad de las apreciaciones y conclusiones que se extraen de dichas pruebas.

¹⁷⁵ **Rosa Pascual Serrats**, *El recurso de apelación civil, Facultades de las partes y poderes del tribunal ad quem*, (Valencia, España, Edit. Tirant lo Blanch 2001), pp. 359-362; y **Rosario Herrera Abián**, *La Inmediación como garantía procesal*, (Granada, España, Edit. Comares, 2006), p. 69. La naturaleza limitada del recurso no impide la existencia de prueba en el

LEC, que en apelación limita la actividad probatoria a instancia de parte, a aquella que no haya sido admitida o realizada ante el juez a quo, lo cierto es que la práctica generalizada de pruebas en segunda instancia atentaría contra la naturaleza revisora del recurso de apelación¹⁷⁶.

4.3 Legislación Procesal de Honduras

En el año 2007, se implementan reformas a su legislación procesal civil, debido a la necesidad de incorporar en ella nuevos principios e instituciones procesales que permitiesen agilizar la justicia, ya que el anterior proceso, se caracterizó por el predominio de la palabra escrita. Dentro de sus Considerandos, hace referencia a que la mayoría de los países de América Latina han innovado sus legislaciones ante las necesidades que plantea el nuevo orden mundial.

Se aprueba, el Código Procesal Civil, que tiene su precedente en el Código de Procedimientos Civiles del 8 de febrero de 1906 y tiene como punto de partida el artículo 1º de la Constitución, donde establece: "*Honduras es un Estado de derecho, soberano, constituido como república libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la Justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social*"¹⁷⁷.

mismo, si bien la prueba se puede practicar solo de manera excepcional y en los supuestos legalmente establecidos.

¹⁷⁶ **Andrés Pérez Asenjo**, *La valoración de la prueba en segunda instancia, en aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil*, (Barcelona, España, Edit. J.Ma. Bosch editor, 2008), pp. 152-153. Dicha naturaleza del recurso conlleva a que el recurrente no pueda formular peticiones distintas de las que hizo en primera instancia, y que no pueda alterar la causa de pedir de la pretensión, ni las excepciones opuestas como fundamento de su petición de no condena.

¹⁷⁷ **Constitución de la República de Honduras**, D.C. No. 131, del 11 de enero de 1982, D.O. No. 23,612, del 20 de enero de 1983. La Constitución como asidero legal, establece en

Es evidente que la Justicia se desarrolla como un valor supremo que tiene hoy su fundamento en su reconocimiento democrático como garantía y consiguiente tutela judicial que compromete al legislador y a todos los poderes públicos¹⁷⁸.

El Código Procesal Civil de 2007, supone una innovación respecto al sistema procesal vigente, pretende aprovechar las instituciones y conceptos del antiguo Código, pero establece un nuevo modo de enjuiciar, entre las principales novedades que contiene el Código Procesal, es la sustitución del actual proceso declarativo escrito por otro donde predomina la oralidad, sin abandonar en algunos casos la forma escrita. El proceso civil oral supone que el juez debe resolver el pleito, celebrado ante él y con la prueba admitida y dirigida por él, es para algunos un nuevo modo de trabajar. En materia de prueba varias líneas básicas de reforma que suponen un radical cambio y una novedosa concepción del proceso civil en relación con la anterior legislación.

El nuevo diseño del proceso basado en un proceso oral, exige que el juez que haya dirigido la audiencia probatoria con criterios de contradicción e inmediación sea el que dicte la resolución que pone fin al proceso¹⁷⁹. *Principio de oralidad, Artículo 15; principio de contradicción regulado en art.4.*

el artículo 1, que es el Estado el encargado de asegurar los derechos constitucionales como son: el goce de la justicia, libertad, entre otros derechos constitucionales protegidos.

¹⁷⁸ **José Ramón González Clavijo**, *Principios Generales en el Nuevo Código Procesal Civil*, (Tegucigalpa, Honduras, 2008), p. 2. La Justicia como valor supremo y como garantía necesita ser tutelado por los aparatos estatales a fin de garantizar que efectivamente haya un acceso a la justicia por parte de todos los ciudadanos.

¹⁷⁹ *Ibíd*em, p.6. supone una innovación, entre las cuales se encuentra la sustitución del proceso escrito por otro donde predomine la oralidad, sin abandonar en ciertos casos la escritura.

El Principio de Inmediación, regulado en el artículo 16, que establece: *“El Juez que dicte la sentencia ha de ser, el que haya presenciado y dirigido la práctica de las pruebas, salvo las excepciones previstas, so pena de nulidad desde la citación para la audiencia probatoria o equivalente. No se puede delegar o comisionar la práctica de un acto procesal oral, bajo sanción de nulidad, salvo en casos excepcionales en los que resulte absolutamente necesario realizarlo por vía de auxilio judicial”*.

El Juez como encargado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, debe tener presencia directa e inmediata en el proceso, ya que deberá en muchas ocasiones resolver de forma oral las cuestiones, así como la pertinencia o impertinencia de la prueba solicitada.

La regulación de la prueba, pretende evitar que el desarrollo de la actividad probatoria se convierta en un obstáculo dilatorio a disposición de las partes del proceso, combatido por la eficacia y la eficiencia de la administración de justicia¹⁸⁰.

Se regula por primera vez en Honduras la prueba prohibida con innovación tecnológica en el proceso civil, garantizándose el respeto a los derechos y principios constitucionales; de manera tal que quede asegurada la probidad y la lealtad (artículo 6 CPCH) en la producción de la prueba, así como la incorporación al proceso y a la práctica de la prueba de medios de grabación y documentación fundados en las nuevas tecnologías, lo que no sólo asegurará la intermediación judicial, sino que permitirá conciliar un procedimiento oral con plenas garantías y una segunda instancia dirigida al

¹⁸⁰ Se establecen reglas claras sobre la carga de la prueba, donde junto a la clásica distinción entre carga de probar los hechos constitutivos y los excluyentes se pone de manifiesto que el juez deberá de tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada parte en el proceso.

eficaz control de la valoración de la prueba obrante en la causa y de la adecuada aplicación del derecho¹⁸¹.

El Art. 467 expresa que las pruebas se practicarán en audiencia pública, salvo excepciones ya previstas en cuyo caso se adoptarán las medidas necesarias para su adecuada documentación a los efectos oportunos. Asimismo, se practicarán concentradamente, salvo que resulte imposible por la naturaleza del medio probatorio, igualmente toda la prueba se realizara en presencia judicial, es así que nos encontramos ante la figura de la Inmediación, la cual establece que todas las actuaciones se realizaran en presencia del Juez.

Cada parte podrá solicitar la celebración de las pruebas que hubiere propuesto del modo que mejor convenga, a lo que accederá el juez cuando no perjudique el desarrollo de la audiencia o menoscabe la intervención de la parte contraria¹⁸².

4.4 Legislación Procesal de Perú

El Código Procesal Civil Peruano¹⁸³, reformado en 1992 y vigente hasta la actualidad, incorpora el principio de oralidad como predominante para el

¹⁸¹ **José Ramón González Clavijo**, *Principios Generales en el Nuevo Código Procesal Civil*, (Tegucigalpa, Honduras, 2008), *Ibidem*, p. 7. El destinatario de las pruebas es el Juez. La prueba procesal más que dirigida a demostrar “la verdad” de una afirmación va dirigida a lograr el “convencimiento judicial” acerca de la exactitud de las afirmaciones realizadas.

¹⁸² *Ibidem*, p.7, es evidente que solo el juez que haya presenciado (inmediado) la realización de esas actuaciones, estará en condiciones de formar libremente su convicción o de valorar con acierto el resultado de la actividad probatoria. Por ello es inaceptable que el juez no asista personalmente a la práctica de la prueba.

¹⁸³ Aprobado mediante Resolución Ministerial N° 10-93-JUS, promulgado el 8 de enero de 1993 y publicado el 23 de abril de 1993. Resolución en la cual se aprueba el texto único ordenado del Código Procesal Civil de Perú.

desarrollo de los procesos civiles, mediante celebración de audiencias públicas, no solo para el desfile probatorio, sino también, se desarrollan audiencias de saneamiento y audiencias de conciliación¹⁸⁴.

Dentro de la legislación procesal civil, no existe disposición expresa en la cual se regule la oralidad como principio procesal, sin embargo es a lo largo del proceso civil que se desarrollan audiencias orales y públicas, tal es el caso de las audiencias de pruebas¹⁸⁵, contempladas a partir del artículo 202 al 304, dentro de dichas audiencias no solo desfila prueba documental, si no que se examinan otras pruebas de naturaleza verbal, tales como declaraciones de parte, interrogatorio de testigos y dictámenes periciales¹⁸⁶. El principio de Inmediación se encuentra regulado en el Artículo V, inciso primero establece que: *“Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión”*¹⁸⁷. El principio de

¹⁸⁴ **Juan Morales Godo**, *La Oralidad en el Código Procesal Civil de Perú*. (Lima, Perú, 1992), en este ensayo, el autor plantea al principio de oralidad como el mecanismo a través del cual se hacen efectivos otros principios procesales, tales como inmediación, concentración y publicidad; principios que no eran efectivos en el anterior proceso civil peruano, ya que al ser este predominantemente escrito, no permitía una participación activa del juez, pues este sistema considera que el proceso es un asunto privado, exclusivo de las partes, y el Juez sólo debe intervenir al final para resolver sobre la contienda que se le ha planteado. Situación que solo fue superada a través de la implementación del principio de oralidad con las reformas al código procesal civil peruano en el año 1992 y vigentes desde 1993. Véase en: http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/oralidad_en_el_codigo_proc_esal_civil_peruano.pdf.

¹⁸⁵ El artículo 206 del Código Procesal Civil peruano, establece que la audiencia de prueba es única y pública, y dentro de esta se presentan al juez las pruebas ofrecidas por las partes, para que este las examine y resuelva en base a ellas, poniéndose de manifiesto la relación entre el principio de oralidad y el resto de principios procesales, que solamente son efectivos a través de la oralidad de los procesos.

¹⁸⁶ De lo actuado en la audiencia se levanta un acta por parte del Secretario de Juzgado, con los datos consignados en el art. 204 CPCP.

¹⁸⁷ **Código Procesal Civil de Perú**, D.L 768 de 08 de abril de 1993. Publicado en el Diario Oficial Peruano el día 22 de abril de 1993. El principio de inmediación tiene por objeto que el juez, quien en definitiva va a resolver el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, tenga

inmediación tiene por objeto que el juez, quien va en definitiva a resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica, tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares, etc.) que conforman el proceso. La idea es que tal cercanía le puede proporcionar mayores o mejores elementos de convicción para expedir un fallo que se adecúe a lo que realmente ocurrió, es decir, a la obtención de un fallo justo. El Juez está en contacto directo con las partes, las pruebas, la oralidad (contacto juez y protagonista)¹⁸⁸.

Al optar por la inmediación, el código, ha privilegiado también la oralidad, el medio por el cual se produce el contacto directo entre el Juez y los protagonistas directos o indirectos del proceso¹⁸⁹. El artículo X consagra el principio de la doble instancia para todos los procesos¹⁹⁰. Actualmente en Perú los procesos transcurren por 3 instancias, siguiendo el modelo germánico de hace muchos siglos. El código procesal establece como regla general que el proceso tiene dos instancias dentro de las cuales se ventila y se resuelve el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica. La doble instancia es renunciable expresa o tácitamente.

el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares, etc.) que conforman el proceso.

¹⁸⁸ **Arturo Paredes Romero**, *Principios del Código Procesal Civil Peruano*, (Lima, Perú, 1994), p. 5, La idea es que tal cercanía le puede proporcionar mayores o mejores elementos de convicción para expedir un fallo que se adecue a lo que realmente ocurrió, es decir, la obtención de un fallo justo.

¹⁸⁹ **Alexander Rioja Bermúdez**, *Principios Procesales y El Título Preliminar Del Código Procesal Civil de Perú*, (Lima, Perú, 2009), p. 7, el juez está en contacto directo con las partes, las pruebas, lo que produce esta cercanía es la oralidad (contacto Juez y partes).

¹⁹⁰ Principio de Doble instancia. Artículo 10 CPRCP El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta. En algunos países existe la instancia única, por la demanda masiva de servicios de justicia pero son aquellos que han logrado una considerable evolución del derecho y del proceso, sin embargo en el Perú no sería oportuno concretar legítimamente procesos en instancia única.

En Perú la aplicación de los diversos sistemas procesales previstos en el Código Procesal Civil, propician la publicidad del proceso, la oralidad, la socialización y la libre valoración de la prueba y con ellos se incrementan los poderes del juzgador en la dirección y control del proceso, la inmediación, la igualdad material de las partes para que cuenten con posibilidades y medios eficaces para lograr formular sus pretensiones ante los tribunales o defenderse ante ellos; propiciar la reducción de las costas judiciales, asegurar el razonamiento jurídico accesible a todos los justiciables y la simplificación de los procedimientos, evitando así, que sea la disposición de recursos económicos o la mayor habilidad del abogado lo que incline a su favor la decisión del juez.

El sistema dispositivo sigue rigiendo el proceso civil en el Perú, con importantes limitaciones derivadas del carácter público de este, representativas del criterio inquisitivo. Ello contribuye a alcanzar la inmediación y la oralidad en el proceso civil, con un poder ordenador pero no dictatorial destinado a esclarecer la verdad jurídica¹⁹¹.

4.5 El Proceso Civil en Nicaragua

El sistema procesal civil en Nicaragua contiene las notas que caracterizan a casi a todos los sistemas procesales iberoamericanos; es un sistema de "civil law", con origen en el régimen romano-canónico de proceso común¹⁹²; Este

¹⁹¹ **Herman Figueroa Bustamante**, *Derecho Procesal Civil Doctrina: Los Sistemas Procesales en el Nuevo Código Procesal Civil*, 5ª ed., (Lima, Perú, 1995), p. 48. Será siempre indispensable que una persona ejerza su derecho de acción como punto de partida de la actividad jurisdiccional del Estado.

¹⁹² **Flavio Chiong Aurauz**, *Los principios procesales en el sistema oral civil*, (Managua, Nicaragua, 2006), p. 4, véase en www.chiongyasociados.com. El procedimiento es esencialmente escrito, la sentencia tiene que basarse únicamente en lo que consta por escrito, en lo que consta en el expediente judicial.

es un proceso que se basa principalmente en: a) La Escritura; b) La preclusión; c) La Eventualidad.

Al revisar el Código de Procedimientos civiles de la Republica de Nicaragua, no existe un apartado específico que regule los principios procesales. Es un proceso que se basa principalmente en la escritura, por tanto es desconcentrado, con ausencia de intermediación, no existe contacto directo del Juez con los sujetos principales del proceso, ni con la prueba¹⁹³. Así mismo existen diversas estructuras procesales, pues cada pretensión tiene su propio tramite¹⁹⁴. Además, se caracteriza por la importante delegación de la función jurisdiccional en técnicos auxiliares, secretarios y relatores¹⁹⁵.

Flavio Chiong Aurauz,¹⁹⁶ establece que los principios que rigen el proceso civil vigente en Nicaragua son los siguientes: el principio dispositivo, el principio de publicidad procesal¹⁹⁷, el principio de igualdad procesal, además

¹⁹³ Ejemplo de ello es que el art. 93 de Código de Procedimientos Civiles de Nicaragua establece que el proceso se formará con los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio.

¹⁹⁴ Al revisar el cuerpo normativo, se evidencia que existe una división de procesos de jurisdicción voluntaria y de jurisdicción contenciosa, los cuales están regulados en el libro segundo y tercero respectivamente, aspecto regulado en el artículo 3 del Código de Procedimientos Civiles de Nicaragua.

¹⁹⁵ **Flavio Chiong Aurauz**, *Los principios procesales en el sistema oral civil*, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, (Managua, Nicaragua, 2006), *Ibídem*, En este caso se observa totalmente la inexistencia de la intermediación del juez tanto con las partes como también con los medios de prueba.

¹⁹⁶ *Ibídem*, p. 4, el autor establece que el sistema actual ha perdurado en Nicaragua desde siempre, sin tomar en cuenta que la dinámica del mundo requiere cambios a todo nivel y que mientras este sistema se ha enraizado en Nicaragua por cientos de años, la vida social, económica, las relaciones jurídicas se han desarrollado de una forma tan dinámica, que han producido que el sistema procesal actual se vuelva caduco, lento, ineficiente, ajeno a las necesidades de los justiciables, lo que a su vez ha hecho perder la fe de todos los ciudadanos para acudir a los jueces y tribunales de justicia.

¹⁹⁷ El primero se refiere al acceso del público al juicio y el segundo refiere a la intervención

rige el principio de preclusión, combinado con un sistema de plazos perentorios, pues el proceso se divide en varias etapas preclusivas, que una vez cerradas no pueden volverse a reabrir, así mismo establece el autor que el sistema procesal funciona sobre la base del principio de la gratuidad de la justicia y el principio de buena fe.

Por ser un proceso predominantemente escrito es lento y largo, en donde no se aplican de manera efectiva y con amplitud los principios procesales de inmediación, concentración, contradicción, economía procesal, y todos aquellos principios que si tienen una aplicación práctica en los sistemas procesales en los que predomina la oralidad.

Es el 1 de enero de 1906, cuando comienza a regir el Código de Procedimiento Civil y se deroga el anterior; el Código de Procedimiento Civil. Los principios que rigen el proceso civil vigente en Nicaragua son los siguientes:

- a) Principio dispositivo, Art.56 y 193 CPCN
- b) Principio de publicidad procesal, art. 12, 1113, 1618, 9 CPCN.
- c) Principio de igualdad procesal, arts. 27 y 165 Cn. y art. 23 CPCN.
- d) Principio de adquisición procesal.
- e) No se aplican la concentración e inmediación. a pesar de que el principio de inmediación en materia probatoria se recoge en El art. 186 Pr. (que consagra un proceso escrito), al disponer que los jueces y magistrados, en su caso, recibirán por sí las declaraciones y presidirán todas las diligencias de prueba. Dicho artículo guarda relación sobre el mismo tema con los Arts. 214¹⁹⁸; 1,128¹⁹⁹ CPCN. La violación del art. 186 Pr. produce la nulidad del

de las partes en el proceso.

¹⁹⁸ El Art. 214 CPCN. Establece que: “*El Presidente del Tribunal recibirá las declaraciones y*

acto y acarrea su inexistencia, No obstante, en la práctica los secretarios reciben las pruebas sin la presencia del juez, y los litigantes no protestan ni piden la nulidad²⁰⁰

f) Funciona sobre la base del principio de la gratuidad de la justicia y el principio de buena fe²⁰¹.

demás actos de prueba; pero puede el Tribunal comisionar a otro de sus miembros para ese efecto”.

¹⁹⁹ El Art. 1128 CPCN.- *“El cotejo o comprobación de los documentos públicos con sus originales, se practicará por el Secretario, constituyéndose al efecto en el archivo o local donde se halla la matriz a presencia de las partes o defensores, si concurrieren, a cuyo fin se señalará previamente la hora en que haya de verificarse. También podrá hacerlo el Juez por sí mismo o el Tribunal, cuando lo estime conveniente”.*

²⁰⁰ **Pedro Silvio Conrado González**, *Derecho Procesal Civil I*, (Nicaragua, 2015), El art. 186 Pr., a pesar de que este cuerpo de leyes consagra un proceso escrito, recoge el principio de intermediación en materia probatoria al disponer que los jueces y magistrados, en su caso, recibirán por sí las declaraciones y presidirán todas las diligencias de prueba. <http://silvioc081180.blogspot.com/p/derecho-procesal-civil-i.html>, sitio web consultado el día diez de julio de dos mil quince.

²⁰¹ **Flavio Chiong Aurauz**, *Los Principios Procesales en el Sistema Oral Civil*, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, (Managua, Nicaragua, 2006), véase en www.chiongyasociados.com.

CAPITULO V: LA ESTRUCTURA PROBATORIA EN LA SEGUNDA INSTANCIA DEL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL

5. Derecho Procesal Civil

El Proceso es un conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del Juez competente. La Palabra proceso según Rafael de Pina es sinónimo de Juicio²⁰².

El derecho procesal civil tiene un carácter instrumental²⁰³, que sirve como instrumento para hacer valer el derecho sustantivo mediante pretensiones procesales; instrumentalidad que consiste en estar integrado por normas que regulan el proceso jurisdiccional²⁰⁴. También es una rama autónoma no subordinada a ningún área del Derecho. Posee conceptos propios (como: “debido proceso”, “jurisdicción” o la “cosa juzgada”) e instituciones propias, y también posee principios propios, los llamados principios del derecho procesal²⁰⁵.

²⁰² **Rafael de Pina**, *Diccionario de Derecho*, (México, Edit. Porrúa, 1984) p. 400. El proceso es un conjunto de actividades relacionadas, que al actuar juntas, simultaneas o sucesivamente se convierten en productos o resultados.

²⁰³ **Alejandro Abal Oliú**, *Derecho Procesal*, 3ª ed., (Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2008). El carácter instrumental no constituye un fin en si mismo, sino que sirve como un medio para hacer valer el derecho sustantivo. Este carácter lo diferencia de otras ramas del derecho positivo, la instrumentalidad consiste en estar integrado por normas que regulan el proceso jurisdiccional.

²⁰⁴ **Dante Barrios de Angelis**, *Introducción al Proceso*, 2ª ed., (Montevideo, Uruguay, Edit. Idea, 1981). Es decir, que si bien puede haber derecho sustantivo sin que exista regulación procesal, en cambio, no tiene sentido concebir la idea de un derecho compuesto únicamente por normas procesales.

²⁰⁵ **Hugo Alsina**, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo I -

El derecho procesal se caracteriza también por su unidad: no hay un derecho procesal por cada derecho sustantivo sino que hay un único derecho procesal. Y así poder aplicar a todo proceso principios, instituciones y conceptos del derecho procesal a cualquier tipo de proceso sin importar que su objeto esté vinculado a un derecho sustantivo determinado²⁰⁶.

5.1 La Demanda

Todo proceso iniciara con la interposición de una demanda la cual es un acto de procedimiento oral o escrito, La demanda es el acto material que da inicio a un proceso. En la legislación procesal la demanda siempre es de carácter escrito puesto que el artículo 276 C.P.C.M, establece cuáles serán los requisitos que debe contener la demanda. Una vez presentada la demanda, si a la misma le hiciere falta algunos requisitos de fondo o de forma el juez podrá en su caso admitirla o rechazarla, ya sea porque es improponible o por ser inadmisibile.

5.1.1 Improponibilidad de la Demanda

La demanda será improponible según el art. 277 CPCM, cuando en ella

parte general, 2ª ed., (Buenos Aires, Argentina, 1956), pp. 40-43. «Mientras las reglas de procedimiento estaban confundidas con las de fondo, participaban de su naturaleza jurídica y estaban sometidas a principios análogos. Pero, a medida que el procedimiento fue independizándose hasta constituir una legislación autónoma, se la substrajo paulatinamente a su influencia, reconociéndosele un régimen jurídico propio». «Hoy no puede negarse la autonomía del derecho procesal. Frente a la legislación de fondo, su contenido es distinto como diverso su objeto. La acción, la relación procesal, la sentencia, con sus supuestos de órgano judicial y determinación de su competencia, se rigen por normas propias e independientes».

²⁰⁶ **Enrique Tarigo**, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 6ª ed., (Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2010). Esta unidad no significa que se aplique algunas normativas especiales en determinadas materias, en el marco de un único Derecho Procesal

exista algún defecto en la pretensión, el objeto sea ilícito, imposible o absurdo o carezca de competencia objetiva o de grado, o atinente al objeto procesal, como la litispendencia, la cosa juzgada, sumisión al arbitraje, compromiso pendiente o evidencie falta de presupuestos materiales o esenciales y otros semejantes, entonces se rechazara²⁰⁷ la demanda sin necesidad de prevención por ser improponible por medio de auto, pero dicho auto admitirá recurso de apelación.

5.1.2 Inadmisibilidad de la Demanda

Según el diccionario inadmisibilidad es la excepción que el demandado opone a la acción del demandante, sin entrar a discutir el fondo de la cuestión, sino alegando otras circunstancias que impiden la prosecución de la litis²⁰⁸. En el Código se establece que la demanda será inadmisibile cuando la demanda fuese obscura o incumple con las formalidades que se encuentran establecidas para su presentación en el art. 276 CPCM., el Juez prevendrá por una sola vez para que en un plazo no mayor de 5 días puedan subsanarse dichas imperfecciones. Si el demandante no cumple con esa prevención, se dará por terminado el proceso y de esta manera se declarara inadmisibile la demanda. El auto que declara inadmisibile una demanda admite recurso de revocatoria.

²⁰⁷ El rechazo de la demanda por ser improponible debemos entenderlo en el sentido amplio y comprenderá integrado en él, las diversas figuras que actualmente existen y las cuales básicamente son: La inadmisibilidad, la improcedencia, aunque se abriguen bajo las formulas "viniendo en forma", "aclarando conceptos", conforme a derecho e ineptitud, puesto que las tres constituyen un rechazo de la demanda.

²⁰⁸ **Manuel Ossorio**, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, realizada por Data Scan, S.A, (Guatemala, 2009). Su significado estrictamente procesal, la inadmisibilidad implica la negativa de admisión del acto; pero desde el punto de vista de su aplicación práctica es una actividad positiva del tribunal por la cual impide que el acto ineficaz se introduzca entre la serie progresiva que integra el proceso

5.1.3 Admisión de la Demanda

Presentada la demanda si el juez estima que se cumplen todos los requisitos exigidos para su presentación o que habiéndose prevenido la subsanación de algunas imperfecciones y una vez realizadas y estas cumplen con los formalismos esenciales para entrar al conocimiento de la pretensión en ella contenida, y de la cual da como resultado la facultad de juzgar, se admitirá la demanda mediante auto de admisión, en este se contrae a admitir la demanda y ordenar el traslado al demandado o demandados. El auto de admisión es de trámite, por lo que se limita a imprimirle a la demanda el curso que le corresponda, y así poder iniciar el procedimiento²⁰⁹.

5.1.4 Emplazamiento

Admitida la demanda según el art. 283 CPCM., se hará saber de ella a la persona o personas contra quienes se ha entablado dicha demanda y se les emplazara para que contesten dentro de veinte días siguientes.

El emplazamiento es la fijación de un plazo o término en el proceso durante el cual se intima a las partes o a terceros vinculados para que cumplan una actividad o formulen alguna manifestación de voluntad²¹⁰.

²⁰⁹ **Código Procesal Civil y Mercantil**. D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Artículo 279. Es el trámite procesal por el que el juzgado tras examinar el cumplimiento de los requisitos legales del escrito de demanda, indica a la parte que la demanda es admitida, que reine las condiciones necesarias para la tramitación.

²¹⁰ **Manuel Ossorio**, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, realizada por Data Scan, S.A, (Guatemala 2009). Es una orden de un juez que consiste en otorgar a la parte interesada un plazo para presentarse ante el Tribunal, con el objeto de realizar un acto necesario para el proceso. Por lo general es un efecto derivado de la presentación de una demanda o recurso, que implica la notificación al demandado, recurrente o recurrido y la fijación de un plazo para que comparezca de manera personal.

5.1.5 Contestación de la Demanda

La contestación de la demanda, está basada en el derecho de defensa regulado constitucionalmente en el art. 11 de la Cn²¹¹. El Código Procesal Civil y Mercantil, lo regula en el art. 284 CPCM., al mencionar que esta, deberá redactarse con los requisitos que indica el art. 276 CPCM, el demandado expondrá las excepciones procesales y demás alegaciones referidas a lo que pueda obstar a la valida prosecución y termino del proceso mediante sentencia de fondo.

El demandado podrá allanarse a algunas de las pretensiones del demandante. La contestación de la demanda es el derecho de contradicción y a obtener la decisión justa del litigio que se plantea al demandado mediante la sentencia que debe dictarse en ese proceso, luego de tener la oportunidad de ser oído en igual de condiciones para defenderse, alegar, probar e interponer recurso que la ley procesal consagre. En la contestación, el demandado puede negar los hechos que han sido aducidos por el demandante, exponiendo fundamentos de su oposición a las pretensiones del que demanda y alegando las excepciones convenientes²¹².

5.1.5.1 Reconvención (Contrademanda) y Contestación de la Reconvención

Es la pretensión que al contestar la demanda, formula el demandado en

²¹¹ **Constitución de la República de El Salvador**, Art. 11 En la parte que expresa que “nadie puede ser privada de sus derechos sin ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes”.

²¹² *Ibíd*em. Acto procesal mediante el cual el demandado alega todas sus excepciones y defensas respecto de una demanda. La contestación de la demanda tienen la misma importancia para el demandado que la demanda para el demandante.

contra del demandante²¹³. En nuestra legislación se regula en el art. 285 CPCM., y advierte que no se admitirá la reconvención cuando el juez no sea el competente por razón de materia o de cuantía o cuando la pretensión deba conocerse en un proceso de diferente tipo.

La Contestación a la misma, se realizara en el plazo de veinte días, y está sujeta a lo establecido para la contestación de la demanda art. 286 CPCM. Su objetivo es garantizar la audiencia y siendo que este traslado no constituye un mero acto de trámite, sino una restricción conforme a los art. 11 y 12 Cn., que busca establecer un debido proceso que permita garantizar efectivamente un método de defensa material y de aportación de pruebas, con propósito de asegurar una justa decisión susceptible de cosa juzgada²¹⁴.

5.1.6 Aportación de documentos junto con los escritos iniciales

El numeral 7º del art. 276 CPCM, indica que el contenido de la demanda debe acompañarse de *“los documentos que acrediten el cumplimiento de los presupuestos procesales, los que fundamenten la pretensión y los informes periciales”*, De igual forma el art. 288 CPCM., establece que junto a la demanda, a la contestación de esta y junto a la reconvención y su contestación, deberán de aportarse los documentos que acrediten los presupuestos procesales, el poder del representante procesal, y los documentos que demuestren el valor de la cosa en litigio para establecer la

²¹³ **Manuel Ossorio**, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, realizada por Data Scan, S.A, (Guatemala, 2009). Consiste en el ejercicio por el demandado de una nueva acción contra el actor para que se sustancie en el mismo proceso.

²¹⁴ **Código Procesal Civil y Mercantil**. D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. *“el demandante reconvenido y los terceros demandados en la reconvención podrán contestar a la misma en el plazo de veinte días contados a partir de la notificación de la demanda reconvencional. Esta contestación se ajustara a lo dispuesto para la contestación de la demanda”*.

competencia y el procedimiento a realizarse.

También se aportaran los documentos probatorios en los que las partes fundamenten su derecho. Si en ese momento no se tuvieran algunos documentos se hará una descripción y referencia de donde se encuentran y de esta manera solicitar las medidas que sean necesarias para que se pueda incorporar dichos documentos al proceso.

5.2 Audiencia Preparatoria

Audiencia es aquella oportunidad procesal en donde el juez puede escuchar directamente a las partes que intervienen en el proceso, así como a los terceros que tienen injerencia (abogados, testigos o peritos), dejando constancia de las actuaciones realizadas por algún medio, ya sea electrónico o escrito. Es una reunión de las partes y juez²¹⁵.

Una vez delimitado el objeto del proceso, el juez debe señalar día y hora para la celebración de la audiencia preparatoria²¹⁶. Bien puede ocurrir que en

²¹⁵ **Cipriano Gómez Lara**, *Derecho Procesal Civil*, (México, 2002), p.85, El autor expone la razón para llamarla preliminar y no previa y puntualiza otra serie de denominaciones, como la austriaca que habla de una primera audiencia, la alemana que se refiere a una comparecencia personal de las partes o la francesa que habla de comparecencia personal; o, por otra parte, el *pre-trial procedure*. Advierte además el autor que las dificultades de traducción de los vocablos que se refieren a este tipo de instituciones les dará un grado de imprecisión y que, en todo caso, la calificación de la audiencia no es otra que la ya conocida previamente.

²¹⁶ **Adolfo Borthwick**, *Nociones Fundamentales del Proceso*, (Edit. Mave, 2001), p. 338, Este autor, en el mismo apartado, cita diversos conceptos y autores sobre la audiencia así: «Para Bacre es el acto oral celebrado ante el tribunal, dispuesto por éste, a efecto de recibir las declaraciones de las partes y de los terceros y volcadas en actas, constituyen un medio de comunicación; para Chiovenda aquellos períodos de tiempo durante los cuales el magistrado se constituye en una sala destinada para ello, y las partes comparecen ante él para las diligencias y la vista del proceso; para De Santo la oportunidad que en un proceso se concede a los litigantes para que planteen sus pretensiones, aporten pruebas o bien se reconcilien; para Gozaini las audiencias se vinculan con el modo de decepcionar el interés

esta audiencia haya conciliación, en cuyo caso el proceso terminará sin más trámite²¹⁷, o que se corrijan los defectos procesales que las partes aleguen.

En la audiencia preparatoria las partes procederán a comunicar al juez las pruebas de las que intentarán valerse en el acto de la audiencia probatoria, singularizando el medio a utilizar. Luego el juez deberá pronunciarse sobre su admisión o no²¹⁸.

5.2.1 Convocatoria de la Audiencia Preparatoria

El art. 290 CPCM señala que una vez *“evacuados los trámites correspondientes de alegaciones iniciales o transcurridos los plazos sin haberlas realizado, el juez, dentro de un plazo de tres días, convocará a las partes a una audiencia preparatoria, que se celebrará en un plazo no mayor de sesenta días contados desde la convocatoria judicial”*²¹⁹.

de las partes, caracterizándose como actos en los que el juez escucha las declaraciones de los sujetos intervinientes en el proceso, de todo lo cual se deja constancia en el expediente mediante el levantamiento de actas».

²¹⁷ **Diego Omar Gonzalez Prieto**, *La Conciliación Judicial y Extrajudicial*, (2013), si las partes logran una transacción, ésta debería requerir la homologación judicial para evitar fraude de ley o abuso del derecho. La conciliación procesal que forma parte de los llamados Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos Procesales, los mismos que se desarrollan dentro de un proceso judicial. <http://diegozpy.wordpress.com/2013/05/05/lacociliacion-judicial-y-extrajudicial/>. Sitio web consultado veintinueve de mayo de dos mil dieciséis.

²¹⁸ **Juan Luis Gómez Colomer y otros**, *El Nuevo Proceso Civil Ley 1/2000*, (España,2000), p. 445, En este sentido los diferentes autores le denominan 1- función saneadora, 2- función delimitadora de los términos del debate y 3- función delimitadora del tema de prueba.

²¹⁹ **Guillermo Alexander Parada Gámez**, *La Audiencia Preparatoria*, (2010), La búsqueda de ese camino se inicio con la Ordenan Procesal Civil austriaca de 1895, obra de Kelin. El juez, debe después de admitir la demanda, citaba a las partes a una audiencia que, por realizarse antes de la contestación a la demanda se llamo preliminar. El cual llevaba dentro algunas finalidades a fin de revisar lo que se realizaría en la siguiente etapa del proceso y evitar dilataciones. <http://www.actiweb.es/paradalaw/archivo2.pdf>, sitio web visitado el día treinta y uno de Noviembre de dos mil quince.

El día de la audiencia preparatoria según el art. 291 CPCM., pueden ocurrir tres posibilidades de comparecencia: 1) que no comparezca el demandante, 2) que no comparezca el demandado o 3) ninguno de ellos.

De no ocurrir ningún supuesto de incomparecencia, la audiencia preparatoria tendrá como fin principal buscar el avenimiento de las partes y evitar la continuidad del proceso, para permitir el saneamiento de los defectos procesales de las alegaciones iniciales, para fijar los términos de su debate, para la proposición de la prueba o incluso para generarse cualquier forma anormal de terminar el proceso, tal como lo establece el art. 292 CPCM.

Son cuatro las funciones principales de la audiencia preparatoria: a) intentar la conciliación de las partes, a fin de evitar la continuación del proceso; b) permitir el saneamiento de los defectos procesales que pudieran tener las alegaciones iniciales; c) fijar en forma precisa la pretensión y el tema de la prueba; y finalmente d) proponer y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la audiencia probatoria como fundamento de su pretensión.

Según el Art. 293 CPCM el juez instará a las partes para que concilien²²⁰. Según Montero Aroca, para que pueda ocurrir, el tribunal debe comprobar: 1) el objeto del proceso es disponible, pues si no lo es no puede terminar el proceso por conciliación, y 2) las partes o sus representantes tengan capacidad y poder de disposición²²¹.

²²⁰ El procedimiento de conciliación es competencia del Juez exclusivamente, como acto previo al proceso. La conciliación que se genera dentro del proceso es distinta en la medida que ya obra en autos una demanda.

²²¹ **Montero Aroca et al.**, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, (España, 1985), p. 452. Concurriendo estas condiciones que son necesarias, y es el juzgador quien debe facilitar el acuerdo entre las partes sin forzar la situación.

Otras formas anticipadas de terminar el proceso las regula el Art. 296 CPCM (renuncia, desistimiento o allanamiento). En cualquiera de los tres casos el tribunal tendrá la posibilidad, de dar por concluida la causa²²². Si se renuncia o se desiste con aceptación del demandado, el juez habrá de archivar el proceso; si en cambio se allana el demandado y el mismo cumple los requisitos legales, deberá procederse al dictado de la sentencia²²³.

En la fase saneadora se busca corregir los defectos de los escritos iniciales y los presupuestos procesales, todos aquellos obstáculos que puedan entorpecer, suspender o interrumpir el debate sobre lo pretendido, liberándolo de impedimentos procedimentales.

Fase delimitadora de la pretensión, en ésta el objeto del proceso está constituido por las pretensiones articuladas en la demanda, con ella se fija el objeto del proceso sin poder modificarse o alterarlo de manera esencial sino únicamente de forma accesoria o complementaria (Art. 94 CPCM).

El tribunal debe decidir respecto de los hechos que resultan ilícitos o inconducentes, quedan excluidos de toda consideración. En caso contrario de ser admitidas las nuevas pretensiones se oirá dentro de la audiencia a la parte contraria para que pueda ejercer su derecho de defensa con relación a las mismas Art. 305 CPCM.

²²² **Ali Joaquín Salgado**, *Derecho Procesal Civil, "Método de Casos"*, (San Salvador, 2011), p. 41. art. 296 CPCM.- *"si hubiera acuerdo en poner fin al proceso por renuncia, desistimiento o allanamiento el juez dictara la resolución pertinente tras aprobarlo, de acuerdo con las normas establecidas en el Código Procesal civil y mercantil para la finalización anticipada del proceso.*

²²³ El autor se refiere a un allanamiento expreso del demandado, lo cual supone que además sea total pues, de lo contrario, siendo parcial, no correspondería inmediatamente pronunciar sentencia sino solo excluir de los hechos controvertidos los asentidos y continuar al proceso bajo su curso normal.

Fase delimitadora de la prueba, La oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preparatoria, no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad posterior, salvo las excepciones establecidas en la Ley. Conforme al artículo 309 CPCM, si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Y el artículo regula dos circunstancias en las cuales las partes y el juez son los encargados de establecer o evidenciar aquellos hechos en los cuales haya disconformidad, caso en el cual se le dará la palabra a las partes para que propongan las pruebas que le convengan.

En el caso contrario, es decir que haya una conformidad con los hechos se pondrá fin a la audiencia preparatoria y se abrirá el plazo para dictar sentencia.

5.2.2 Finalización de las Alegaciones de la Audiencia Preparatoria

Llegado el momento de finalización de la audiencia preparatoria el tribunal fijará la fecha de inicio de la audiencia probatoria que estará comprendida dentro de sesenta días siguientes a la audiencia preparatoria, así también debe indicar si será necesario realizarla en varias sesiones según lo establece el artículo 311 CPCM. Una de las delegaciones dadas a las partes constituye el de hacer del conocimiento del tribunal que pruebas ameritan realizarse por medio de auxilio judicial²²⁴.

²²⁴ **Guillermo Alexander Parada Gámez**, *La Oralidad en el Proceso Civil*, (San Salvador, El Salvador, Edit. Departamento de Ciencias Jurídicas de la UCA, 2008), p.72. Art. 311 Inc. 1º *“la prueba instrumental en que las partes funden su derecho sera admitida en la audiencia preparatoria. Si las partes quisieran aportar otras pruebas instrumentales, su admisión se examinara en la audiencia probatoria”*.

5.3 La Audiencia Probatoria

En esta audiencia se lleva a cabo por medio de principios entre ellos el de inmediación²²⁵; que no se trata de una exigencia de que determinados actos procesales sean presenciados por el juzgador sino más bien que la producción de la prueba debe ser presenciada por el tribunal que ha de dictar sentencia; en segundo plano el de contradicción; que se configura como aquel en el que las partes deben tener plena participación en el desarrollo de las pruebas y para ello deben ser debidamente citadas en caso contrario supone nulidad por causar indefensión según lo dispone el Art. 232 lit. c) CPCM; y por último el principio de publicidad y oralidad²²⁶ que implica que la práctica de las pruebas debe realizarse en audiencia pública y oral. Se da inicio a la misma con la lectura de la resolución dada en la audiencia preparatoria en cuanto a:

- La fijación del objeto del proceso.
- Los hechos controvertidos.
- La prueba admitida.

5.3.1 Comparecencia de las partes a la Audiencia Probatoria.

Si las partes no asisten a la realización de esta audiencia, el juzgador procederá a ponerle fin al proceso, pero puede suceder que solo asista una

²²⁵ **Código Procesal Civil y Mercantil**. D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Art. 10 CPCM, Principio de Inmediación.

²²⁶ El principio de oralidad se apoya para algunos autores en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando dice que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente por un tribunal independiente e imparcial pues se considera que el derecho a ser oído públicamente implica la oralidad del juicio. En igual sentido el art. 11 de la Cn. de El Salvador establece que la privación de derechos solo puede tener lugar tras un juicio en el que la persona sea oída con arreglo a las leyes.

de ellas en tal caso se procederá a su realización. En lo que se refiere a la comparecencia de un testigo o perito²²⁷ que no asista, el juzgador debe resolver si continuar o suspender la audiencia, previa solicitud de la parte que lo hubiere propuesto.

5.3.2 Práctica y Producción de prueba.

Las pruebas serán admitidas en la forma establecida por el Código Procesal Civil y Mercantil²²⁸; cada parte tiene el derecho de ordenar la celebración de sus pruebas en presencia del juez de la causa de conformidad a los Arts. 403, 406 CPCM, se establece que las practicarán cada parte en su orden, que tendrán la facultad de ordenar la celebración de las pruebas que hubieren propuesto; comenzando por el demandante y así sucesivamente accediendo el juez al desarrollo de las mismas con la condición de que no perjudiquen el desarrollo de la audiencia o causen un menoscabo del derecho de defensa de la parte contraria.

Referente a la aportación de la prueba, dentro de la audiencia quedan fijados los hechos sobre los que la sentencia definitiva ha de recaer, estando, por regla general, inhibidas las partes de introducir nuevos hechos en otras etapas procesales posteriores, salvo aquellos casos de hechos nuevos

²²⁷ **Código Procesal Civil y Mercantil.** D.L. 319, del 15 de abril de 2010, D.O. N° 100, tomo N°387 con fecha de publicación del 31 de mayo de 2010. Art. 406 CPCM. La recepción de la prueba constituye durante el juicio el mecanismo que permite al estado redefinir el conflicto del objeto del debate, constituyéndose en la actividad que lleva la mayor atención de todos los intervinientes.

²²⁸ **Código Procesal Civil y Mercantil.** D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Art. 317 inc. 3° *“el juez evaluara las solicitudes de las partes, declarara cuales pruebas son admitidas y rechazara las que resulten manifiestamente impertinentes o inútiles. La decisión del juez no será recurrible, y las partes podrán solicitar que se haga constar en acta su disconformidad, efecto de interponer recurso contra sentencia definitiva”.*

(ocurridos después de la demanda o la contestación a la misma) y de hechos anteriores a dichas etapas pero desconocidos por las partes así lo dispone el Art. 307 CPCM.

Esta audiencia debe ser presenciada por el juzgador bajo pena de nulidad, y debe desarrollarse de modo tal que se propicie la concentración y unidad²²⁹, en la producción de la prueba, según estipulado en el artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil, es así que se presentan dos situaciones:

La primera que las pruebas deban verse en esta audiencia, y como toda regla general da lugar a excepciones, si no puede realizarse dentro de ella se procurará realizarla antes de dicha audiencia (Art. 386 y 392 inc. 2 CPCM) y el tribunal debe anunciar a las partes con la debida antelación el día y hora de la realización; en caso de ser fuera de la sede judicial debe indicarse el lugar, para que puedan válidamente ejercer su derecho de intervenir en la producción de las mismas²³⁰, y La segunda que las pruebas deben practicarse concentradamente, salvo que sea imposible por la naturaleza del medio probatorio (como por ejemplo el caso de interrogatorio de testigos)²³¹.

²²⁹ Desde otra perspectiva, los principios de concentración y continuidad buscan hacer efectivo que el proceso se desenvuelva sin dilaciones indebidas como se desprende del art. 182 ord. 5º de la Cn. Salvadoreña.

²³⁰ **Código Procesal Civil y Mercantil**. D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Art. 404 CPCM. En la audiencia probatoria respetando la garantía del debido proceso; como también el de contradicción e intermediación, en que las partes tienen la facultad dispositivas en orden al ofrecimiento de la prueba, ya sea en orden a sus pretensiones o ya sea en orden a la averiguación de la verdad real.

²³¹ **Código Procesal Civil y Mercantil**. D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Art. 365 CPCM. En cuanto a la concurrencia de testigos la ley regula cuando se presentan varios testigos y establece reglas con el fin de evitar que los pleitos se prolonguen innecesariamente (por economía procesal), la ley no ha expedido un número máximo de testigos que puede ofrecer cada parte, el cual varía según la clase de proceso.

Entre los medios probatorios que rige el Código Procesal Civil y Mercantil, se encuentran los siguientes: 1) Los Documentos, Arts. 331 al 343 CPCM. 2) La Declaración de Parte, Arts. 344 al 353 CPCM. 3) El Interrogatorio de Testigos, Arts. 354 al 374 CPCM 4) La Prueba Pericial, Arts. 375 al 389 CPCM. 5) El Reconocimiento judicial. Arts. 390 al 395 CPCM 6) Los Medios de Producción del Sonido, Voz o de la Imagen y Almacenamiento de Información, Arts. 396 al 401 CPCM.

5.3.3 Alegatos Finales

Las partes tienen un arma final, cuyo manejo será decisivo en el resultado final del proceso. La alegación es un acto procesal de parte que, incorpora al proceso en forma oral un dato lógico, del que se afirma o niega su existencia (dato fáctico) o determina su aplicabilidad o inaplicabilidad (dato normativo) en el proceso.

Con base al Art. 411 CPCM, el momento procesal para la realización de los alegatos finales es una vez concluido el desfile probatorio es decir, no hay prueba pendiente de actuación ni posibilidad de incorporar la actuación de una prueba, porque el momento procesal para ello ya se realizó y cerró. Corresponde, entonces, únicamente atender, en adelante, a un examen sobre la valoración probatoria de todos los medios producidos. Ocurre el momento final del debate entre las partes, en el que se entiende no hay más prueba que realizar y los fundamentos de hecho expuestos dentro del proceso, en tanto convengan, pueden ser establecidos en razón a su confirmación o no confirmación²³².

²³² **Ramiro José Podetti**, *Teoría y técnica del proceso civil*, (Buenos Aires, Edit. Ediar, 1963), p. 268. El alegato final se define como una exposición oral que se realiza en el marco de la discusión final entre las partes que han intervenido en el desarrollo de una audiencia.

Se trata de una opinión conclusiva que, según sus intereses, explicará que ciertos hechos han sido corroborados por las pruebas (hechos ciertos) y otros no (hechos inciertos), que las presunciones y las normas sobre la carga de la prueba deben aplicarse en determinado sentido, de manera que identifique la parte en la que recaerán las consecuencias favorables (hechos probados) y también las negativas (hechos no probados).

5.4 Valoración de la prueba

Constituye un conjunto de operaciones que se desarrollan en el ámbito psicológico del juez, mediante las cuales logra el convencimiento de los hechos alegados²³³. Tales operaciones se han desarrollado bajo tres sistemas los cuales son:

5.4.1 Tarifa Legal o Prueba Tasada

Es la ley la que impone el valor de la prueba con prescindencia del convencimiento del juez²³⁴. El ejemplo más claro de este sistema de valoración de la prueba lo encontramos en el Art. 321 del Código de Procedimientos Civiles que establecía —*Dos testigos mayores de toda*

Por medio del cual las partes exponen sus razones de carácter legal, factico y de carácter probatorio que le sirve de fundamento para pedirle al tribunal una resolución favorable a sus pretensiones.

²³³ **Hernando Devis Echandía**, *Compendio de Derecho Procesal*, “De las Pruebas Judiciales”, Tomo II, 5a Ed., (Bogotá, Colombia, Edit. ABC, 1977), p. 215. La valoración es el juicio de aceptabilidad de los resultados probatorios. La valoración constituye el núcleo del razonamiento que conduce a partir de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba a una afirmación sobre hechos controvertidos.

²³⁴ **Carlos Arellano García**, *Derecho Procesal Civil*, 5a Ed., (México, Edit. Porrúa, 1998), p.221. “las normas jurídicas del derecho vigente, se ocupan ampliamente de las pruebas para establecer las causas por medio de los cuales las partes y el juez deben conducirse en materia probatoria”.

excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales, hacen plena prueba. Este sistema se aplica excepcionalmente en algunos casos en materia procesal.

5.4.2 Apreciación Judicial o Libres Convicciones

Constituye la antítesis del sistema anterior, en cuanto éste implica la apreciación según el parecer del intérprete y el otorgamiento de facultades discretionales al juzgador, quien aprecia la prueba libremente, sin estar atado a criterios legalmente preestablecidos²³⁵. Este sistema se utiliza mayormente en materia penal.

5.4.3 Sana crítica

Concede al juez la facultad de apreciar libremente la prueba, respetando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, más allá del sentir que tenga el juez²³⁶. Es decir, que deben entenderse estas reglas, como aquéllas que nos conducen al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y la lógica, vale decir, el criterio racional puesto en ejercicio, ya que en la estructura esencial del fallo, deben respetarse los

²³⁵ **Ucrania Marla Daniela Claros Ramírez et al**, *La Producción de la Prueba Testimonial en el Proceso Civil Ordinario y La Garantía del Derecho a una Cumplida Justicia Consagrado en el Artículo 182 Ord. 5o de la Constitución de la República de El Salvador*, (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2006), p. 106, "quien valora no está obligado a valorar de acuerdo a reglas de Derecho sino a dictámenes de su conciencia, es decir con base al convencimiento que puede llegar al margen de la Prueba que pueda existir en el proceso".

²³⁶ **Dora Esmeralda Martínez Díaz et al**, *Aplicación de La Sana Crítica en el Proceso de Familia en la Zona Oriental 2000-2003*, (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2004), pp. 50-51, "Es un sistema amplio de valoración de pruebas aportadas a un proceso, en el que Ley le permite al Juzgador la libertad de apreciación, tomando como parámetros un conjunto de reglas y principios, que permitan un resultado certero en la convicción a la que llegue, y que deberá fundamentar en la resolución que pronuncie".

principios fundamentales del ordenamiento lógico, las leyes de la coherencia y la derivación; las reglas empíricas de la experiencia, el sentido común y la psicología, todos ellos considerados como instrumentos del intelecto humano que permiten la aproximación a la certeza. En relación al tema y siguiendo este orden de ideas el Código Procesal Civil y Mercantil introduce un gran avance al utilizar como sistema principal de valoración de la prueba la sana crítica.

5.5 La Sentencia

Es el acto procesal que pone fin al litigio, reconociendo o no la pretensión del actor. Se dicta sentencia como culminación del proceso, al término de la instancia. Es el acto procesal más importante del Juez o Tribunal, y puede definirse como la resolución que, estimando o desestimando la pretensión ejercitada por el actor, según sea o no ajustada al ordenamiento jurídico, pone fin al procedimiento en una instancia o recurso, y una vez que ha adquirido firmeza, cierra de manera definitiva la relación jurídica procesal²³⁷.

Nos encaminamos entonces al principio de motivación de la sentencia que consiste: en que el juzgador, en todas las providencias que impliquen pronunciamiento de fondo, y en particular en la sentencia, exponga los motivos o argumentos sobre los cuales basa su decisión. Es “dar la razón del porqué de la decisión” y “ser razonada en términos de Derecho”²³⁸. Este principio permite que las partes puedan conocer las razones que tiene el juez

²³⁷ Sentencia de Casación, Referencia: 85-CAC-2012 (El Salvador, 2013). Dentro de la exposición de motivos del recurso se establece que el CPCM, estima como requisitos internos de la sentencia los establecidos en los artículos 15, 218 y 514.

²³⁸ Se indica que la motivación implica expresar los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y debe contener una fundamentación en Derecho.

para tomar la decisión y así ejercer el principio de la impugnación. Se considera asimismo instancia la impugnación que se hace respecto de un argumento jurídico.

5.6 Impugnación o Recursos

La Teoría General de la Impugnación tiene por objeto el control general de la regularidad de los actos procesales y, en especial la actividad del tribunal, principalmente por medio de sus resoluciones. Trata de efectuar un control posterior de la actuación de la jurisdicción, poniendo fin a las irregularidades cometidas. Para Couture²³⁹ “por acto procesal se entiende el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aún de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales”.

Es fundamental en el procedimiento que todo acto del Juez que pueda lesionar los intereses de una de las partes, o causarle agravios, que sirva para impulsar el proceso y conducirlo a sus distintas etapas preclusivas, sea impugnabile, es decir, que exista algún recurso contra él, para que se enmienden los errores o vicios en que se haya incurrido.

Una definición de Couture, establece que “recurso quiere decir literalmente regreso al punto de partida. Es un recorrer de nuevo el camino ya hecho Jurídicamente mediante otra instancia, es decir el medio de impugnación por

²³⁹ **Lino Palacio**, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17a Ed., (Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 2003), p. 295. Dicho autor establece que “son actos procesales los hechos voluntarios que tienen por efecto directo e inmediato la constitución, el desenvolvimiento o la extinción del proceso, sea que procedan de las partes (o peticionarios) o de sus auxiliares, del órgano judicial (o arbitral) o de sus auxiliares, o de terceros vinculados a aquél con motivo de una designación, citación o requerimiento destinados al cumplimiento de una función determinada”.

virtud del cual se recorre nuevamente el proceso”.

Echandía define recurso como “la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise, con el fin de corregir los errores de juicio (in judicando) o de procedimiento (in procedendo) que en ella se hayan cometido”²⁴⁰.

Los recursos, especialmente el recurso de apelación, se considera una expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, la cual implica, concretamente, el derecho de todo actor o demandante a obtener una resolución sobre el fondo del proceso, jurídicamente motivada, a través de su formulación en los fundamentos de derecho de la resolución.

5.6.1 Recurso de Apelación

El Artículo 508²⁴¹ del CPCM refiere que el principal medio de impugnación que queda expedito en contra de la sentencia definitiva dictada en primera instancia es: el recurso de Apelación. Consecuentemente, supondrá una violación de este derecho aquella resolución que revele una evidente contradicción interna entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo.

El recurso de apelación es uno de los medios de impugnación en razón del

²⁴⁰ **Canales Cisco**, Ibidem, p. 2, al emitir una resolución, el juzgador puede incurrir en errores de forma, o referentes al procedimiento legalmente establecido, o en errores de derecho, en cuanto al derecho aplicado para determinado caso concreto.

²⁴¹ **Código Procesal Civil y Mercantil**, Reforma, D.L. No. 246, 21 de Enero de 2016, D.O. No. 29, T. 410, 11 de Febrero de 2016 Reforma al artículo 508 CPCM.- *“serán recurribles en apelación las sentencias y los autos que, en primera instancia, pongan fin al proceso, así como las resoluciones que la ley señale expresamente”*.

cual la parte recurrente pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas en una resolución no firme y que le resulta perjudicial, a fin de que sea modificada o sustituida por otra que le favorezca o sea anulada²⁴².

Este recurso es la materialización del principio de doble instancia, tanto así que los procedimientos se clasifican por instancias en virtud de la procedencia o improcedencia del recurso de apelación, distinguiendo procedimientos de única instancia (no procede apelación), de primera instancia (el fallo está sujeto a la apelación) y de segunda instancia²⁴³ (se conoce del recurso).

En el recurso de apelación contra sentencias civiles es muy frecuente que uno de los motivos de impugnación de la sentencia se concrete en el error en la valoración de la prueba realizada por el Juez que ha conocido del procedimiento.

5.6.1.1 Cuestiones Generales del Recurso de Apelación y de la valoración de la prueba por el Tribunal de apelación

De los procedimientos civiles conocen en primer lugar los Jueces de Primera Instancia. Estos son los que dictarán la sentencia, frente a la que cabrá interponer recurso de apelación, salvo en supuestos excepcionales. De este

²⁴² **Código Procesal Civil y Mercantil**, Art. 508.- Serán recurribles en apelación las sentencias y los autos que, en primera instancia, pongan fin al proceso, así como las resoluciones que la ley señale expresamente. “se entiende entonces, que el recurso de apelación procede contra las sentencias definitivas, las interlocutorias que causen daño irreparable y en los casos expresamente determinados por la ley”.

²⁴³ El artículo 29 CPCM.- establece la competencia que tendrá Las cámaras de segunda instancia conocerán: 1°. Del recurso de apelación; 2°. De las demandas contra el Estado; y 3°. De los demás asuntos que determinen las leyes.

recurso de apelación conocerá la Cámara de Segunda Instancia a la que pertenezca territorialmente el Juzgado, denominándose tribunal de segunda instancia.

Al recurso ordinario de apelación se le concibe como una simple revisión del procedimiento anterior seguido en la primera instancia, permitiendo al Tribunal de apelación que va a resolver el recurso, conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito. Es decir vuelve a revisar todo el procedimiento inicial²⁴⁴.

Por tanto, debe ser respetada la valoración probatoria de los órganos enjuiciadores en tanto no se demuestre que el juzgador de instancia incurrió en: error de hecho que sus valoraciones resultan ilógicas, que sus valoraciones son opuestas a las máximas de la experiencia o por último, opuestas a las reglas de la sana crítica.

Estos son los elementos más importantes y sobre los que habrá que hacer incidencia cuando se recurre en apelación una sentencia sustentada en una errónea valoración de la prueba.

Entre las facultades que tienen los Jueces y Tribunales de instancia se encuentra la de darle diferente valor a los medios probatorios puestos a su alcance²⁴⁵.

²⁴⁴ **Flor de María Carbajal Moreira**, *Apelación en el proceso civil: Presentación*, (2015), "El recurso de apelación es un recurso ordinario que tiene por finalidad el re-examen de infracciones procesales y sustantivas contra resoluciones dictadas en primera instancia a través de un procedimiento único con el tribunal (ad quem) competente. <http://es.slideshare.net/Asociados1dceconsultores/apelacion-proc-civil-presentacion>, sitio consultado el día quince de mayo de dos mil dieciséis.

²⁴⁵ **Flor de María Carbajal Moreira**, *Apelación en el proceso civil: Presentación*, Ibidem, las finalidades del recurso de apelación según el artículo 509 CPCM revisar normas legales y

El uso que haga el Juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas ha de respetarse al menos en principio por el Tribunal de apelación, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia.

Solo cabrá una rectificación y nueva valoración de la prueba por el Tribunal de apelación cuando después de un detenido y ponderado examen de las actuaciones, se ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador de instancia en la apreciación del material probatorio.

5.6 Instancias en el Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño

Se entiende por instancia en el proceso civil, en su acepción más simple, que es cada uno de los grados del proceso o en sentido amplio, el conjunto de actuaciones que integran la fase del proceso surtida ante un determinado funcionario y a la cual se le pone fin mediante una providencia que decide el fondo del asunto sometido a su consideración²⁴⁶.

La instancia se caracteriza porque por una parte, comprende toda la fase, grado o actuación del proceso efectuada por un funcionario judicial, y por otra parte, por corresponderle decidir en forma amplia sobre el fondo de la cuestión debatida. Se habla de primera instancia para referirse a la comprendida desde que se inicia el proceso hasta cuando se dicta la

garantías, revisar hechos probados fijados en la resolución y la valorización de la prueba, etc. Se trata de una revisión por un órgano superior, lo cual constituye una manera de efectuar un mas profundo análisis de la cuestión objeto del proceso.

²⁴⁶ Revista Judicial de Corte Suprema de Justicia, No. 21, Tomo VII, (San Salvador, El Salvador, 2011), p. 484, según la definición la Instancia (primera) comprende desde la demanda hasta la sentencia, abarcando lo que la misma ley considera como partes principales del juicio además de los incidentes que en ella ocurran, y quedando fuera lo que se llama ejecución de la sentencia.

correspondiente sentencia. En el Art. 30 CPCM., encontramos regulada la competencia que tendrá la Primera Instancia, la cual será competente para conocer del proceso común y los procesos especiales que están regulados en el Código además de la ejecución forzosa y de los demás asuntos que determinen las leyes de la República.

La segunda instancia se surte ante el superior jerárquico en virtud del recurso de apelación y va desde que este se admite hasta que se decide mediante la correspondiente sentencia. Según el art.29CPCM²⁴⁷, las cámaras de segunda instancia conocerán: del recurso de apelación, de las demandas contra el estado y de los demás asuntos que determinen las leyes.

En una y otra sentencia, esto es, tanto la que decide la primera como la segunda instancia, el juzgador goza de autonomía para decidir en el marco señalado o establecido por la ley. Este principio hace referencia a que las partes podrán acudir ante un tribunal jerárquicamente superior cuando la petición sea rechazada por un tribunal jerárquicamente menor en grado y cuyo rechazo se encuentre apegado a derecho.

5.7.1 Relaciones entre la Primera Instancia y la Segunda Instancia

El material de conocimiento reunido en primera instancia pertenece sin más a la segunda. Las situaciones procesales, en particular las preclusiones que se

²⁴⁷ **Código Procesal Civil y Mercantil.** D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Normalmente la competencia de este tribunal se concreta a conocer en segunda instancia de las resoluciones pronunciadas en primera instancia, viabilizadas por medio del recurso de apelación. Excepcionalmente, una cámara de lo civil conoce en primera instancia en los procesos civiles cuando el demandado posee una calidad especial y sea de carácter temporal o permanente.

hayan verificado en primera instancia, valen para la segunda. Todo aquello que hubiera podido hacerse en primera instancia, hasta el momento de la conclusión para sentencia puede hacerse en la segunda.

En el juicio de apelación no pueden proponerse demandas nuevas; si se propusiesen deben ser rechazadas, incluso de oficio.

Si hay o no demanda nueva, determinase por las reglas sobre la identificación de las acciones; en consecuencia, se prohíbe en la apelación modificar la causa pretendida a sentencia en segunda instancia está destinada a sustituir a lo establecido en primer grado, y la nueva declaración debe tener en cuenta el momento en que se dicta, como si se dictase en instancia única.

El juez de apelación se encuentra frente a la demanda en la misma posición que el juez de primer grado en el momento de ir a fallar; le corresponden los mismos poderes y deberes. Puede ocurrir que el acuerdo o desacuerdo entre el primero y el segundo juez se refiera a la resolución de un incidente.

Respecto de las relaciones entre el conocimiento sobre la relación procesal y la cuestión de fondo, debe observarse lo siguiente: Si el juez de primera instancia declara no poder pronunciarse en el fondo, por falta de un presupuesto procesal, y se confirma esta sentencia de apelación, queda la causa fallada.

También en apelación; si la sentencia es reformada, la autoridad judicial de apelación debe devolver los autos al primer juez, como consecuencia necesaria del principio de doble grado. En el caso inverso, cuando en primera instancia se hubiese fallado también en el fondo, y el juez de apelación aprecia y declara la falta de un presupuesto procesal, no puede

este segundo juez, pronunciarse sobre el fondo; pues el juicio de apelación no es sino una fase de la relación procesal, y si ésta falta, no puede haber ni juicio de primer grado ni juicio de apelación.

La finalidad del recurso de apelación es depurar un resultado procesal obtenido con anterioridad en primera instancia, mostrando el desacierto de la resolución que se recurre y los motivos que se tienen para considerarla errónea.

El art. 510²⁴⁸ CPCM establece de manera específica, que el recurso de apelación tendrá como finalidad revisar la aplicación de las normas que rigen los actos y garantías del proceso.

5.8 Segunda Instancia

Regulado en el Art. 29 CPCM, En el sistema de doble instancia, la segunda instancia la integran los órganos jurisdiccionales superiores al que hubiere dictado sentencia en primera instancia, a quienes les corresponde revisión de la decisión judicial adoptada por los órganos inferiores, constituyendo el recurso de apelación el medio de impugnación tipo²⁴⁹.

En el Derecho Procesal el segundo grado de jurisdicción que permite a un

²⁴⁸ **Código Procesal Civil y Mercantil**, Art. 510 CPCM.- El recurso de apelación tendrá como finalidad revisar: 1º. La aplicación de las normas que rigen los actos y garantías del proceso. 2º. Los hechos probados que se fijan en la resolución, así como la valoración de la prueba. 3º. El derecho aplicado para resolver las cuestiones objeto de debate. 4º. La prueba que no hubiera sido admitida.

²⁴⁹ **Piero Calamandrei**, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, (Buenos Aires, Argentina, Edit. Porrúa, 1949), p.254, En el derecho de doble instancia, la segunda instancia la integran órganos jurisdiccionales superiores a los que dictaron la sentencia en primera instancia, a quienes les corresponde la revisión de la decisión judicial adoptada por los órganos inferiores constituyendo el recurso de apelación el medio de impugnación.

órgano judicial superior conocer, por vía de recurso, una cuestión que ya ha sido resuelta por un órgano inferior²⁵⁰.

Es el conocimiento judicial de un asunto ya decidido en primera instancia por otro órgano jerárquicamente inferior. De ahí se habla de doble instancia o conocimiento o examen de un mismo asunto por dos órganos de distinto grado y por orden sucesivo. Aunque la regla general es la doble instancia,²⁵¹ en el orden procesal civil hay algunos casos de juicios de instancia única. El recurso de apelación es la instrumentación típica de la doble instancia. En el tribunal de segundo grado no se puede revisar los extremos consentidos por las partes porque quedan amparados por la fuerza de la cosa juzgada.

La segunda instancia solo podrá examinar las pretensiones oportunamente planteadas o deducidas en la primera instancia, por lo que no cabe plantear en el recurso cuestiones nuevas.

5.8.1 Ventajas y Desventajas en la Segunda Instancia

Se señala como ventajas las siguientes:

a) Mediante el recurso de apelación las partes tienen la posibilidad de recurrir ante un tribunal superior, quien podrá corregir los errores o defectos en los cuales haya incurrido el tribunal inferior;

²⁵⁰ *Enciclopedia Jurídica*, (2014), el segundo grado de jurisdicción permite a un órgano judicial superior conocer, por vía de recurso. http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/segunda-instancia/segunda_instancia.html. Sitio web consultado el día diez de mayo de dos mil dieciséis.

²⁵¹ **Hugo Ramiro Sanchez**, *Los principios en el proceso civil*, (La Paz, Bolivia, 2014), Las partes pueden acudir ante un tribunal jerárquicamente superior cuando la petición sea rechazada por un tribunal jerárquicamente menor en grado y cuyo rechazo se encuentre apegado a derecho. <http://principiosdelprocesocivil.es.tl/Principio-de-Doble-Instancia.htm>. Sitio web consultado el día diecinueve de mayo de dos mil dieciséis.

b) La existencia de la segunda instancia hace saber a priori al juez, que él debe esmerarse en resolver el asunto sometido a su decisión con el mayor esmero posible y en la forma más justa que la ley le permita, su decisión será objeto de revisión por parte de sus superiores.

Por otra parte, se señalan como desventajas las siguientes:

a) Tanto el juez de primera instancia como el tribunal de segunda pueden cometer errores o injusticias: esto se opone señalando que el tribunal de segunda instancia estará conformado por un magistrado, con mayor experiencia, lo que hace más difícil que sea el tribunal de segunda instancia quien se equivoque;

b) Se señala también que si el magistrado de segunda instancia ofrece más garantía que los jueces de primera sería conveniente transformarlos a ellos en jueces de única instancia y en esta forma evitar la demora que significa la existencia de dos instancias²⁵².

5.8.2 Trámite del Recurso de Apelación en Segunda Instancia

Recibido en el Tribunal superior, el expediente y el escrito de la apelación procedente del tribunal de primera instancia según el plazo establecido²⁵³, se da inicio el trámite en la segunda instancia. Inmediatamente a su recepción, el tribunal debe admitir el recurso o rechazarlo, es decir, a calificar su

²⁵² **Doctor Arrieta Gallegos**, *Impugnación de las Resoluciones Judiciales*, (San Salvador, El Salvador, Edit. Jurídica Salvadoreña, 2010), *Ibidem*, p. 34, "No todas las resoluciones son apelables", solo son apelables aquellas que expresamente estable la ley.

²⁵³ **Código Procesal Civil y Mercantil**. D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Artículo 511. El plazo es de 5 días en los procesos ordinarios y de tres días en los sumarios. El plazo es perentorio, sin embargo las partes pueden extenderlo de común acuerdo. El plazo no se interrumpe con motivo de la interposición de recurso de aclaratoria. El plazo corre separadamente para cada una de las partes y desde el siguiente al día de la notificación.

procedencia, verificar si cumple con los requisitos exigidos por la ley, debe verificar que se haya presentado dentro del plazo correspondiente, y que el sujeto posee la legitimación para interponerlo; a efectos de acordar o no su admisión. En caso positivo, se pronunciará también respecto de la prueba pedida o de los documentos aportados de conformidad al Art. 513 CPCM. La ley no establece término para calificar el recurso, solamente determina que se realice inmediatamente, mas no impone un plazo exacto.

Si luego de la calificación, el recurso fuera inadmisibile, se rechazará motivando dicha resolución, y establece una sanción por abuso del derecho, al pago de una multa de entre dos y cinco salarios mínimos urbanos vigente, contra esta resolución procede recurso de revocatoria. Si el recurso es admitido, el tribunal ya se encuentra sujeto a un plazo, y es que dentro de tres días debe convocar a las partes a audiencia, la cual debe realizarse a más tardar dentro de un mes contado a partir de la convocatoria referida. En este caso, por tratarse de un mes, el plazo se contará en días continuos o calendario, de conformidad al Art. 145 CPCM.

5.8.3 Audiencia y Prueba en Segunda Instancia

Para que la adhesión a la apelación sea tomada en cuenta, es necesario que la sentencia impugnada contenga dos o más partes y que una le sea gravosa para la parte que se adhiera. Tanto el recurrente como el recurrido podrán proponer la práctica de la prueba. No se debe pasar por alto el principio constitucional de igualdad jurídica²⁵⁴, la cual comprende una garantía

²⁵⁴ La propia generalidad de la ley (pues, si no, constituye excepción o privilegio) lleva a equipar a todos los ciudadanos, e incluso a todos los habitantes de un país, siempre que concurra identidad de circunstancias; porque, en caso contrario, los propios sujetos o los hechos imponen diferente trato: ambos son poseedores, pero ningún legislador se ha decidido a tratar lo mismo al de buena fe que al de mala fe, ni para adquirir, ni en cuanto al

fundamental para las partes, con el afán de ser oídos y de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales. También debe tomarse en cuenta el principio de “inviolabilidad de la defensa”²⁵⁵, que es una manifestación de que debe existir en todo momento una oportunidad razonable de defensa, conforme al Art. 11 de la Constitución de la República.

La prueba en segunda instancia es de carácter excepcional, y solo procede en los casos enumerados, y con la prueba documental detallada en el Art. 514 CPCM. Los supuestos de proposición de prueba son:

1°. Cuando la prueba hubiera sido denegada indebidamente en primera instancia.

2°. La prueba propuesta en primera instancia pero que por causa no imputable al solicitante, no se hubiera podido practicar en todo o en parte.

3°. Cuando los medios probatorios se basen en hechos relevantes para el interés discutido, pero acontecidos después de iniciado el plazo para dictar la sentencia en primera instancia.

La apelación en la legislación procesal civil y mercantil salvadoreña, constituye una fase del juicio, no un juicio nuevo, en ese sentido, el legislador estableció la prueba como carácter excepcional, determinando en forma taxativa los casos en que procede. Se admiten ciertas pruebas y la probanza de ciertas excepciones, de ciertos puntos, con excesiva limitación, sin poder alegarse nuevos hechos, y procurando no alterar la naturaleza de la causa principal.

resarcimiento por gastos, mejoras y otras causas.

²⁵⁵ Sentencia, Referencia: P0141-12-2008 (El Salvador, Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador, 2008). La inviolabilidad de la defensa, es una garantía que funciona desde el momento que el imputado es sospechoso de ser el autor o partícipe de un hecho punible, en ese sentido, no se refiere únicamente al juicio, sino que comprende al ejercicio en todos los actos de investigación o procedimientos previos, tanto pre procesales como procesales.

Luego de la proposición, el tribunal resolverá y solamente admitirá los que sean procedentes, la resolución que rechace algún medio probatorio ofrecido es inimpugnable. Después de realizada la prueba, las partes podrán realizar sus alegatos finales, con lo cual el recurso quedará en estado de dictar sentencia.

Sobre el juicio de apelación existen dos posturas: la que considera que es un nuevo juicio y, por ende, autónomo y especial, que posibilitaría que en la alzada se produzcan nuevas pruebas y se instruyan hechos (tesis renovadora), y la tesis opuesta (revisora), que sostiene que la segunda instancia es una continuación de la anterior, por lo que el ad quem solo puede reexaminar la decisión del aquo, sobre la base del material ya reunido y que este ya tuvo a su consideración, por lo que resulta imposible revisar el trámite anterior como el área de conocimiento que tuvo en miras el inferior.

5.8.3.1 Actividad de prueba en segunda instancia

El juicio probatorio puede examinarse en apelación por dos motivos: Para subsanar la ausencia de un medio de prueba por alguna de las circunstancias a que se refiere la ley, o a la inversa excluir alguna prueba previamente admitida; Para revisar el juicio intelectual de valoración de la prueba realizado por el órgano inferior.

Se trata de dos situaciones que no deben confundirse entre sí, en la primera de ellas el problema se basa en la prueba objeto de valoración, que debe ampliarse o incorporarse como prueba nueva o excluirse de acuerdo a lo que se haya tenido en cuenta en primera instancia, en función de motivos legales. En el segundo caso las fuentes de convicción manejadas por el Juzgado son intocables y lo que se censura es el juicio de éste para extraer,

en sentido positivo o negativo, un resultado cierto de hechos probados.

No se cuestiona en el primer supuesto, la capacidad del juzgado a quo para valorar correctamente la prueba, sino que se pide que el juicio probatorio se elabore de nuevo por el tribunal de apelación, pero por haber variado a su vez el material de convicción disponible al principio (esta variación, quizá, pueda ser imputable a un mal actuar del juzgado por una denegación indebida de la prueba o por una falta de cuidado en su práctica). Dado que la apelación es un recurso ordinario y el legislador no desea más dilaciones, no se devuelve en estos casos el expediente a la instancia de procedencia una vez detectado el déficit o el exceso de medios, sino que el tribunal ad quem provee sobre la solicitud de ampliación o exclusión de prueba que efectúe la parte interesada en la segunda instancia y luego, al dictar sentencia, valora de nuevo todo el material que se considere válido a tales efectos, con el desenlace que corresponda en Derecho.

Al final, es posible que la alteración de los medios de prueba disponibles traiga consigo, un diferente resultado en la valoración probatoria, aunque éste resulta un aspecto contingente de la garantía de prueba en la segunda instancia, satisfecha ya con aquellas decisiones de admisión o exclusión de medios.

No necesariamente, la segunda valoración traerá un distinto resultado de hechos probados, pero se necesitaría, que se tratase de un medio de prueba nuevo, y que resulte decisorio para el tribunal de apelación, o que tratándose de la exclusión de un medio de prueba que tenía tal carácter para el Juzgado a quo, no existan otros medios de prueba válidos que sostengan el mismo hecho, con lo que éste ya no se puede dar por cierto. Si nada de ello ocurre, la admisión de la prueba nueva en apelación, o la exclusión de la prueba

ilícita tenida en cuenta en primera instancia, ciertamente habrá permitido satisfacer las garantías procesales de la parte, pero no servirá para cambiar el resultado de la decisión definitiva, que volverá a emitirse con las propias palabras del tribunal de apelación, pero del mismo tenor al menos en el aspecto fáctico que la sentencia recurrida.

5.8.3.2 Prueba Nueva y Revaloración de la ya practicada.

Cuando solo se solicita una revaloración de la prueba ya apreciada en primera instancia, no se hace preciso que la vista de apelación se dedique a repetir, la práctica de los medios de prueba ya tratados en autos, basta que los Magistrados accedan a la lectura del expediente y en su caso, a la reproducción audiovisual de la grabación de la vista de primera instancia cuando ésta se haya implementado por el Juzgado, de tenerse los medios técnicos. Ni el CPCM ni los ordenamientos procesales civiles de nuestro entorno obligan a una nueva vista con contenido probatorio cuando el apelante impugna la sentencia sólo para que se revaloren pruebas personales (testigos, peritos, interrogatorio de parte) de la primera instancia. Ello es necesario, únicamente, cuando se solicita la práctica de prueba nueva en apelación.

5.8.3.3 Determinación de los Supuestos Legales.

Los casos en que procede la admisión, y con ella la aportación (documentos) o práctica (pruebas personales) de un medio de prueba en apelación, por no haber podido disponerse de él en la primera instancia y concurrir causa justificada no imputable a la parte proponente, que puede ser a su vez tanto el apelante como el apelado, pues el derecho a la prueba en segunda instancia no se circunscribe a aquélla. Las circunstancias que determinan

dicha posibilidad de prueba ex novo²⁵⁶ están tasadas en el art. 514 CPCM; la primera de ellas es atribuible a un error o arbitrariedad del órgano judicial de primera instancia; la segunda quizá también a una negligencia de éste; y la última a motivos de fuerza mayor.

Denegación indebida de un medio de prueba en primera instancia. Presupone el cumplimiento por el proponente ante el órgano judicial a quo, de todos los requisitos exigidos por ley para que dicha prueba se hubiere admitido, es decir, tanto el haberla solicitado en tiempo y forma adecuados, como el resultar dicha prueba no ilícita a los efectos del art. 316 CPCM; además de posible (no una testifical sobre personas fallecidas o ilocalizables, o periciales o reconocimientos judiciales inejecutables, etc.); necesaria (para fijar los hechos); pertinente (relacionada con los hechos) y útil (relevante) para su defensa.

En virtud del efecto devolutivo del recurso, ya no es el Juzgado sino la Cámara el órgano que ha de resolver sobre estos extremos. No obstante, aunque la Cámara ha de reformular el juicio de pertinencia y utilidad de la prueba inicialmente inadmitida, no puede ni debe hacerlo con base de la sentencia recurrida, esto es, porque considere que la prueba va a servir para reforzarla o al contrario para debilitarla. No es la prueba de la sentencia, es la prueba de la parte. La sentencia impugnada tendrá que anularse si se comprueba que debió dictarse contando con una prueba que no estaba. La pertinencia y utilidad de la prueba en apelación, lo constituye la pretensión de la parte proponente deducida en la primera instancia, sobre la cual alegó e

²⁵⁶ **Victor Santamaría**, *Ex Novo legal*, (2011). La locución latina "ex Novo" significa "de nuevo", indica que algo (un proceso, una investigación, una carrera) se ha de retomar desde el principio. <http://www.exnovolegal.com/nuestro-compromiso/blog/84-ipor-que-ex-novo-legal.html>, sitio web consultado el día diecisiete de mayo de dos mil dieciséis.

intentó probar lo que a su derecho convenía.

El objeto del recurso²⁵⁷ sigue siendo ante todo la sentencia de primera instancia, no reproducir sin más el debate sustanciado ante el Juzgado. Uno de los motivos para atacar la sentencia, es que se halle viciada en cuanto al material de convicción sobre el que se pronunció, por faltar una o más pruebas que de manera probable habrían podido conducir a un resultado distinto; es por eso que se pide su admisión y/o práctica en segunda instancia, material de convicción que gira siempre sobre las pretensiones deducidas al inicio.

Imposibilidad de práctica de un medio de prueba propuesto. Desde el punto de vista práctico resulta tan lesivo del derecho de probar (art. 312 CPCM) del justiciable, el que ésta no se haya admitido, a que habiéndolo admitido el órgano judicial no haga lo necesario para procurar que la misma se practique y acceda al proceso la información que contenía, a fin de ser valorada en sentencia. A su vez, desde el punto de vista jurídico, y de competencia funcional, el medio de prueba ya ha pasado por un filtro previo, que fue justamente el de su admisibilidad en primera instancia, el cual superó. Por ello, cuando se plantea por la parte ante el tribunal de apelación el ordenar la práctica del medio previamente propuesto, dada la naturaleza ordinaria de la apelación, a falta de limitaciones en los poderes de enjuiciamiento otorgados por la ley al tribunal ad quem (cámara de segunda instancia) en cuanto al objeto de conocimiento atribuido, y ya que en estos casos dicho tribunal es el que ha de juzgar sobre el fondo, debe entenderse que por todo ello posee la

²⁵⁷ **Juan Montero Aroca y José Flors Maties**, *Los Recursos en el Proceso Civil*, (Valencia, España, Edit. Tirant lo Blanch, 2001), p. 182. El fin original de la apelación era únicamente revisar los errores in iudicando, pero admite que se va produciendo una evolución de la apelación, cuyo objeto se amplía también a la revisión de los errores in procedendo, así según este autor el fin original del recurso de apelación es revisar los errores in iudicando, sean los de hecho como los de derecho.

potestad para formular nuevo juicio de legalidad, pertinencia y utilidad de la prueba, pudiendo denegarla no solamente cuando persistan las causas que impidieron hacerlo en la primera instancia, sino también cuando perciba que el medio de prueba carece de alguno de sus requisitos necesarios, que no debió ser admitida o que carece de sentido permitirlo en la segunda instancia.

No es un simple problema procesal de cosa juzgada formal²⁵⁸ de la decisión del a quo admitiendo la prueba: se trata de determinar a quién va dirigida ésta si se practicase, quién en definitiva va a valorarla y qué decisión es la que va a cerrar la instancia judicial. Es el tribunal de apelación, no el Juzgado, el que tiene sobre sí esa responsabilidad y por ende resultaría erróneo negarle potestad para resolver sobre la entrada de esa prueba, con los mismos poderes que tuvo el juez de primera instancia, como si se trata de prueba no admitida. De allí no se deriva ninguna discrecionalidad de la Cámara para negar la solicitud, sin un razonamiento adecuado del porque no estima que la prueba resulte pertinente o útil: todo lo contrario, su decisión al respecto debe ser apegada a la legalidad y puede desembocar en un recurso de casación.

Cuando la ley habla de no haberse podido practicar la prueba propuesta, “en todo o en parte” (art. 514 Ord. 2º in fine CPCM), se está haciendo referencia

²⁵⁸ Sentencia, Referencia: 129-IM-11 de las nueve horas cinco minutos de treinta y uno del mes de octubre del año dos mil once (San Salvador, Cámara Tercera de lo Civil de la primera sección del centro, 2011). El cual establece que en nuestro ordenamiento jurídico procedimental no existe exactamente una definición legal de cosa juzgada, por lo que nos atendremos a lo que nuestra jurisprudencia ha subrayado al efecto, o sea al concepto en el sentido en que lo definen los expositores del derecho y en esa virtud tenemos, que según Guasp "La cosa juzgada en sentido amplio es, pues, la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales. El proceso, en virtud de la figura de la cosa juzgada, se hace inaplicable y una cosa juzgada no quiere decir, en sustancia, sino inaplicabilidad de lo que en el proceso se ha corregido (**Guasp**, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, p. 548).

a una pluralidad de medios de prueba del mismo tipo, de tal manera que varios de ellos han quedado sin practicar (caso típico de un grupo de testigos); o bien de un solo medio de prueba respecto del cual la obtención de la información litigiosa sea posible fraccionar (un interrogatorio cumplido en parte; un cuerpo de documentos compuesto por varios folios, etc).

Los casos en que un medio de prueba, concretamente un documento, no ha podido ser propuesto durante la primera instancia porque no se había redactado a la fecha en que se cerró el plazo para formular proposición de prueba ante el Juzgado. Los arts. 511 cuarto inciso y 514 numeral tercero CPCM, sólo hablan de “documentos relativos al fondo”, descartando cualquier otro medio de prueba, por la presunción del legislador de que los demás medios de convicción y sobre todo los de carácter personal no puede decirse que existan antes o después de una instancia; en todo caso lo que puede ocurrir es que se ignore que el testigo o el perito poseen un conocimiento de los hechos controvertidos o de máximas de experiencia²⁵⁹ útiles, que podrían aportar ante el juez, pero entonces la hipótesis aplicable será la siguiente a ésta, la de la prueba desconocida. Con todo, debemos recordar que conforme al art. 343 CPCM serán tratados procesalmente como documentos, ciertos medios de prueba gráficos (dibujos, fotografías, planos, mapas, croquis “u otros instrumentos similares”). Distintamente, sin embargo, estarían excluidos de esta posibilidad de entrada en apelación, los medios audiovisuales de reproducción del sonido, voz e imagen (arts. 396-397 CPCM), a pesar de su utilidad práctica, para haber podido captar hechos con relevancia en el caso, en una fecha posterior a finalizar la proposición de

²⁵⁹ *Enciclopedia Jurídica 2011*. Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/maximas-deexperiencia.htm>, sitio web consultado el día veinte de mayo de dos mil dieciséis.

prueba en primera instancia. Sin embargo, el artículo 514 párrafo segundo CPCM, no daría cobertura a su acceso en apelación. Volviendo a los documentos, la ley se refiere no a los de contenido procesal, sino a los que guardan relación con la cuestión controvertida (“relativos al fondo”), y que además sean pertinentes y útiles (arts. 318 y 319 CPCM), que operan en toda instancia del proceso.

De esta manera, se escalonan tres niveles de acceso al proceso de los documentos de fecha tardía:

- 1- como regla general, su aportación con la demanda o la contestación – actor y demandado, respectivamente- (art. 288CPCM);
- 2- dispensa para hacerlo después, en este caso por ser el documento “posterior” a los actos de alegación (art. 289 CPCM), y con el límite temporal que traza el citado art. 514²⁶⁰; y
- 3- siendo de fecha posterior a tal Audiencia probatoria, su análisis queda relegado a la segunda instancia siempre que obviamente se promueva recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado y se pida la admisión del documento, por apelante o por apelado. Para el primero de ellos, el momento de solicitarlo será con el escrito de interposición del recurso (art. 511 último párrafo), al que se acompañará el documento en cuestión, salvo que llegue a su poder en un momento ulterior, en cuyo caso, podrá hacer la aportación en el acto de la audiencia (art. 514 párrafo segundo). El apelado, por su parte, dispondrá del acto de la

²⁶⁰ **Código Procesal Civil y Mercantil Reformado.** D.L. No. 319, 15 DE ABRIL DE 2010, D.O. No. 100, T. 387, 31 de Mayo de 2010. Art. 514 Inc. 2 CPCM.- *“tanto el recurrente como el recurrido podrán proponer la práctica de prueba solo serán proponibles los documentos relativos al fondo del asunto que contuviesen elementos de juicios necesarios para la decisión de la causa, pero solo en los casos que sean posteriores a la audiencia probatoria o a la audiencia probatoria o a la audiencia del proceso abreviado; los documentos anteriores a dicho momento se admitirán cuando la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad a aquel. También podrá proponer prueba documental en el caso de que la parte no aportara los documentos en primera instancia por alguna causa justa”.*

audiencia para hacer la aportación (mismo art. 514 CPCM). que es el trámite procesal en el que alega y prueba.

- 4- Prueba desconocida (nova deducta). El Código autoriza a solicitar en apelación aquel medio de convicción, documental o no, que no hubiere podido proponerse en forma durante la primera instancia, por ignorarse su existencia o en todo caso su pertinencia y utilidad a los efectos de debate procesal concreto. Esto puede suceder en los casos siguientes:

Cuando sucedan hechos que guarden relevancia con el asunto controvertido, en fecha ulterior a aquella en que se ha terminado de instruir la causa en primera instancia y se ha abierto ya el plazo para dictar sentencia (aunque ésta no se haya dictado): art. 514, 3º CPCM. En este primer supuesto, lo nuevo no es tanto la prueba en sí misma, sino los hechos sobre los que ésta va a proyectarse. Puede que esos hechos, a su vez, lleguen a acreditarse incluso por medios probatorios que ya fueron practicados por el Juzgado pero a otros efectos, por ejemplo solicitando una ampliación de las testimoniales previas o del interrogatorio a un perito ya traído a juicio, o bien que lo sean por medios hasta entonces inéditos.

Cuando tratándose específicamente de documentos y prescindiendo de cuándo se crearon, la parte tenga noticia en todo caso de su existencia con posterioridad al acto de la audiencia probatoria –si era proceso común- o a la audiencia del abreviado –si fue éste- en primera instancia (arts. 511 último párrafo y 514 párrafo segundo CPCM).

Lo único que distingue este supuesto del anterior, es que aquí se exige a la parte que “justifique que ha tenido conocimiento” de la existencia del documento con posterioridad a aquel acto procesal, algo en sí innecesario claro ésta cuando el documento ni siquiera estaba redactado. Esa

justificación, implica ante todo la carga de alegar las circunstancias en que se ha descubierto el documento y de las que puede inferirse, con arreglo a la experiencia y el sentido común, que la parte ignoraba o bien su existencia como tal, o bien su concreto contenido.

5- Documentos indisponibles.

Finalmente podrá instarse inclusive la admisión de un documento en apelación cuando éste no hubiera podido ser aportado en primera instancia “por alguna causa justa” (art. 514, párrafo segundo in fine CPCM). A fin de no cubrir situaciones, ha de entenderse que el problema no será ni de aparición tardía ni de inexistencia, sino de imposibilidad material de hacerse con el documento o de poder señalar el archivo o registro donde se encontraba a fin de que el Juzgado hubiera proveído a su entrega judicial (art. 288²⁶¹ segundo párrafo CPCM): bien porque conociendo su existencia y utilidad se ignora su paradero; bien porque se halla en posesión de la contraparte o de un tercero que se negaba a entregarlo (esto, con independencia de las sanciones procesales que tal manifestación de mala fe pudiera acarrear al sujeto responsable de tal conducta); en fin porque se había extraviado y apareció después. En esta última modalidad, el momento más temprano de disponibilidad del documento ha de ser cualquier posterior a la audiencia probatoria de la primera instancia, que es el regulado por ese párrafo segundo del art. 514 CPCM. Y aunque no lo precisa también para él, ha de entenderse que también aquí la parte proponente del documento deberá brindar cumplida “justificación” de las razones que le llevaron a aquella imposibilidad material desde que tuvo conocimiento de la existencia y

²⁶¹ **Código Procesal Civil y Mercantil.** D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Art. 288 inc. 2°.- *“Con los escritos iniciales se habrán de aportar en todo caso los documentos probatorios en que las partes fundamenten su derecho. Si no se dispusiera de alguno de estos, se describirá su contenido, indicándose con precisión el lugar en que se encuentran y solicitándose las medidas pertinentes para su incorporación al proceso”.*

contenido del documento; así como también deberá preservarse el derecho de la contraparte a demostrar su extemporaneidad.

El Código establece la tramitación del recurso de apelación de manera articulada sobre dos criterios fundamentales: en lo orgánico, casi todo el recurso se sustancia ante el tribunal ad quem (la Cámara de Segunda Instancia), con apenas una primera actuación “instructora” del Juzgado a quo; En lo estrictamente procedimental, se sigue un modelo mixto de escritura (interposición) y oralidad de las actuaciones, con el que se espera alcanzar la concentración, rapidez e inmediación en los trámites, haciendo girar buena parte de la actividad procesal de las partes en torno al acto de la audiencia:

1. Interposición.

El recurso debe formalizarse a través de un escrito que se consignará ante el propio órgano judicial que ha dictado la resolución impugnada, disponiendo el apelante para ello del plazo de cinco días (siempre cómputo procesal: días hábiles), contados desde el siguiente a la notificación de la resolución (art. 511 CPCM). Este mismo plazo deberá observarse para el condenado en rebeldía, tal como señala el art. 287 inciso 4º CPCM. El rebelde dispone de la prerrogativa de instar el proceso de revisión de sentencia firme, siempre que la resolución llegue a su conocimiento con posterioridad a vencerse los plazos para recurrirla. Sin embargo, si tal conocimiento se produce dentro del mencionado plazo de cinco días, contados desde el siguiente a la notificación de la sentencia, tendrá necesariamente la carga de interponer el recurso, en este caso el de apelación, si es que pretende que se declare su nulidad y se revoque. De lo contrario, no sólo perderá la oportunidad de recurrirla sino que, tras consumarse la firmeza, no podrá alegar tampoco su condición de

rebelde para instar contra ella el proceso de revisión.

El art. 287 inciso cuarto habla de interponer recurso dentro del plazo legal “sin perjuicio de que pueda plantear la revisión de la sentencia firme”. Sin embargo, el precepto debe interpretarse siempre como el ejercicio de dos derechos impugnativos excluyentes entre sí; únicamente cuando el rebelde no ha podido promover recurso le quedará la vía de la revisión de sentencia firme, no de otra manera. Lo que no tendría sentido es pensar en un derecho acumulativo del que aquél puede prescindir libremente, es decir, dejar de apelar o de recurrir en casación- a pesar de poder hacerlo, simplemente porque prefiere ir a la revisión, poniéndole así en mejor posición procesal que al litigante común²⁶².

El problema radicará en si puede probarse que la persona tuvo o no conocimiento de la sentencia dentro del plazo para recurrir, tal cosa no será problema si se le notifica personalmente (hipótesis a la que se refiere el art. 287 inciso cuarto).

Más complejo resultará si la notificación ha de verificarse por tablero, art. 171 CPCM, pues entonces será necesario un elemento externo que demuestre ese conocimiento de facto: quizá los datos que el propio interesado explique en su escrito de revisión de sentencia firme²⁶³, quizá algún otro escrito

²⁶² Algo que no guarda justificación porque lo que persigue la ley en estos casos, es contrarrestar una situación inicial de indefensión padecida por el sujeto por razones ajenas a su voluntad, pero no dotarle por su mera condición de rebelde en una posición superior. La cual incluye además la prerrogativa de ejercitar un mecanismo ciertamente perturbador de la seguridad jurídica, como es el proceso de revisión de sentencia firme, tolerado sólo en atención a una ponderación extraordinaria de intereses, que deja sin embargo de existir cuando se acredita que la persona pudo recurrir en plazo la sentencia y no lo hizo.

²⁶³ *Enciclopedia Jurídica*, hay sentencia firme cuando la resolución de primera instancia ha sido consentida por las partes expresa o tácitamente, o cuando se trata de una sentencia

introducido en esas fechas ante el órgano judicial con otro objeto, etc.

2.- Condiciones del recurrente.

Toda persona que interponga recurso de apelación deberá tener la legitimación necesaria y el perjuicio, derivado del contenido y efectos de la resolución impugnada, así como referirse a un sujeto que ha intervenido como parte en la primera instancia, o que no lo ha hecho a virtud de razones ajenas a su voluntad y conectadas con una situación de indefensión.

3.- Contenido del escrito.

El escrito de interposición ha de agotar toda la carga argumentativa necesaria, pues el apelante no dispondrá de otro momento para formular sus pretensiones. Por tanto, tras identificar la resolución objeto del recurso, la parte apelante—actor o demandado en la primera instancia- deberá articular de manera clara y separada, cada uno de los motivos que fundamenta su impugnación.

Cada motivo contendrá: a) la especificación de que se trata (si infracción procesal o de fondo, y en este último caso, si inherente a la prueba o a la aplicación del derecho material); b) el párrafo de la resolución que se considera afectada por cada motivo; c) la descripción de los hechos que originan cada infracción; y d) los razonamientos estrictamente jurídicos que sustentan la censura de la resolución impugnada, con análisis del precepto infringido (procesales o sustantivos) por inaplicación o aplicación errónea.

inapelable, o se ha dado el fallo del último tribunal que puede entender en la causa. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/sentencia-firme/sentencia-firme.htm>, sitio web consultado el día veinte de mayo de dos mil dieciséis.

En el caso de indefensiones procesales, habrá de explicarse por qué se considera cometida la misma, es decir, no sólo la infracción en sí del precepto regulador de la actuación que le ha sido prohibida judicialmente, sino por qué ello le ha impedido alegar o en su caso probar en juicio y la trascendencia de esa privación, dada la relevancia del material de alegación o prueba que se tenía previsto aportar al proceso. A esta exigencia alude el art. 511²⁶⁴ CPCM, en cuanto a distinguir en tal escrito cuál de las siguientes causas determina el motivo: “la revisión e interpretación del derecho aplicado y las que afecten a la revisión de la fijación de los hechos y la valoración de las pruebas. Si se alegare infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia se deberán citar en el escrito las que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida”.

Por el contrario, el Código no condiciona la procedencia del recurso basado en infracciones procesales, como el Código no lo exige, no cabe pedirlo judicialmente puesto que comportaría un óbice de procedibilidad que como tal ha de venir previsto por ley. El escrito no necesita contener mención de las pruebas nuevas que en su caso quiera el recurrente que se practiquen en segunda instancia, pues la ley remite todo lo relativo a la proposición y práctica de prueba al ulterior acto de la vista oral. Sin embargo, de querer aportarse un documento para su valoración sobre alguno de los supuestos ya mencionados (art. 511, párrafo último) y quiera y pueda hacerse esa aportación con el escrito de interposición, es lógico que se incluya alguna consideración en el escrito para justificar el porqué de esa aportación documental.

²⁶⁴ **Código Procesal Civil y Mercantil.** D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008, D.O. N° 224, tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008. Art. 511 CPCM.- dicho artículo establece que el escrito deberá presentarse en un plazo de 5 días contados a partir del siguiente, al de la comunicación de la resolución, ante el juez que dicto dicha resolución.

En cualquier caso, el escrito terminará solicitando aparte la admisión a trámite del recurso (aunque si no se formula carece de consecuencia práctica pues se sobreentiende efectuada) y sobre todo la de que el recurso sea estimado, con los efectos que se concreten y los que derivan de la naturaleza del vicio detectado.

4. Interposición de Escrito de Apelación.

Recibido el escrito, el Juzgado a quo realiza una función de mero control formal del recurso, debiendo limitarse a comprobar que el escrito, es de apelación, que se ha presentado dentro del plazo y que se afirme el tener legitimación para promoverlo (por haber sido parte, o tener derecho a serlo), sin efectuar el Juzgado valoraciones al respecto en uno u otro sentido.

Tampoco se ha de extender su examen al requisito del gravamen, que comporta prácticamente siempre una valoración de fondo, a veces en efecto este es fácil de cotejar porque deriva de una estimación parcial de lo pretendido, pero el perjuicio también podría estar causado no en el fallo de la resolución, sino por los razonamientos efectuados por el Juzgado en alguno de sus fundamentos jurídicos, de tal modo que impute al apelante hechos o situaciones jurídicas que le resultan objetivamente perjudiciales. Quien debe revisar eso ha de ser el Tribunal ad quem.

No podrá el órgano a quo obstaculizar su continuación por cuestiones ligadas en uno u otro grado a los argumentos de los motivos de cuyo análisis queda ya a la jurisdicción del tribunal ad quem.

A este último se remitirá entonces lo actuado, notificando el Juzgado de ello a la parte recurrida (es decir, a todas las partes personadas en la primera

instancia que no han apelado), para que pueda constituirse en el proceso de apelación ante la Cámara. La competencia funcional del Juzgado en orden a la tramitación del recurso finaliza aquí, pero se mantiene en lo que concierne a la posible solicitud de ejecución provisional de la resolución impugnada (art. 512 último inc. CPCM).

5. Admisión o rechazo del Recurso.

Una vez recibidas las actuaciones y designado Ponente, el tribunal de apelación estudiará la procedencia del recurso interpuesto, a efectos de acordar o no su admisión, así como, en caso positivo, se pronunciará también respecto de la prueba pedida o de los documentos aportados (art. 513²⁶⁵ CPCM).

En esta fase del recurso el control sigue siendo esencialmente el de defectos formales (interposición en plazo, ser el órgano judicial incompetente, la posible falta de representación procesal del recurrente, no haber afirmado su legitimación; no así el gravamen, que implica una valoración), y por ende resulta análogo al cumplido por el Juzgado anteriormente, bien que a éste ha podido pasársele por alto algún defecto de esta índole que la Cámara sin embargo sí detecta, impidiendo así que se tramite un recurso inútil.

Al contrario, cualquier aspecto que se halle conectado con alguno de los motivos en que se articula el recurso, deberá posponer su examen y decisión a la sentencia definitiva que haya de dictarse y la apelación por ende

²⁶⁵ **Código Procesal Civil y Mercantil Reformado** D.L. No. 319, 15 DE ABRIL DE 2010, D.O. No. 100, T. 387, 31 de Mayo de 2010. Art. 513 reformado. *“inmediatamente después de recibido el recurso por el tribunal superior este examinará su admisibilidad, si fuese inadmisibile, lo rechazara, expresando los fundamentos de su decisión y condenando al que hubiere abusado de su derecho, al pago de una multa de entre dos y cinco salarios mínimos urbanos, mas altos, vigentes.*

deberá admitirse a trámite. No porque no sea el Tribunal ad quem el competente para resolverlo, sino porque no es éste el momento procesal para ello. La eventual concurrencia entonces de alguno de aquellos defectos propiciará la inadmisión del recurso, que se decretará por medio de un auto impidiendo así su continuación, deviniendo recurrible tal auto en revocatoria (art. 513 CPCM). El auto, además, podrá imponer una multa de entre dos y cinco salarios mínimos “al que hubiere abusado de su derecho”, expresión esta última que deberá utilizarse con moderación tanto en cuanto a su propio uso, como al importe de condena.

6. Vista oral.

6.1 Finalidades. Admitido el recurso, y proveyendo en su caso sobre la solicitud de aportación de documentos o práctica de prueba, se convocará a las partes “dentro de los tres días siguientes” a producirse la admisión, para que asistan a una vista oral en la sede del órgano judicial, la cual deberá celebrarse en el mes contado a partir del día siguiente a esa notificación (art. 513 tercer inciso). La inasistencia al acto del apelante se tomará como desistimiento tácito del recurso, lo que llevará a los Magistrados en ese mismo momento y constatada su ausencia, a declararlo desierto.

La inasistencia del apelado no impide desde luego la continuación del acto, pero habrá dejado de aprovechar la oportunidad de la que disponía para defender la validez de la resolución impugnada y cuestionar los argumentos del recurso. Si ambos litigantes han acudido, la ley prevé que la audiencia tenga un doble contenido: alegaciones de las partes empezando por el apelado -quien hasta ese momento no había sido oído-, y provisión sobre prueba de las partes en apelación (la presentada en ese mismo acto por el apelante, y la que promueva el apelado). Si sólo acude el apelante quedará

reservada la sesión a este segundo cometido, salvo que éste no hubiere pedido prueba, en cuyo caso se dejaría lista la causa para sentencia.

6.2.- Turno de alegaciones: Si ambas partes asistieran, toca la oportunidad de intervención oral a la parte apelada para defenderse, a cuyos efectos podrá asumir alguna de las dos estrategias siguientes: a) Oposición al recurso: En este caso la parte recurrida alegará en primer lugar, si las tiene, las excepciones procesales que conducirían a la inadmisibilidad o archivo del recurso, y de no prosperar éstas o no invocarlas, planteará sus objeciones a los motivos de fondo deducidos por el apelante. b) O distintamente, la adhesión al recurso.

6.3.- Prueba y alegaciones finales (conclusiones): Solicitada la admisión de documentos en este acto, el tribunal proveerá dentro de la misma audiencia, así como también la prueba a constituir con intermediación del Magistrado de la Cámara, la cual de admitirse en el acto se lleva a cabo de acuerdo a los requisitos y formas establecidos en el Código. El art. 514 inc 4^o²⁶⁶ CPCM, establece que la resolución que se emita en ese momento rechazando una o más pruebas pedidas, devendrá inimpugnable. Tras la práctica de la prueba, que podría según su complejidad y número requerir de más de una sesión, se abrirá un nuevo turno de intervención oral de las partes (art. 514 inc.último) para que ambas puedan recapitular, sobre la relevancia de sus argumentos y el resultado de la prueba recabada en apelación, cada parte apoyará la postura que le interesa.

²⁶⁶ **Código Procesal Civil y Mercantil** Reformado el D.L. No. 246, 21 DE ENERO DE 2016, D.O. No. 29, T. 410, 11 de Febrero de 2016. Art. 514 Inc. 4to. *“El tribunal fijara el tiempo prudencial para efectuar los alegatos finales, conforme la complejidad del caso, sin que este pueda ser menor de una hora, ni mayor de tres horas, para cada una de las partes, bajo pena de nulidad. No obstante, cada parte podrá utilizar un periodo menor del que se ha asignado, si así lo estimare conveniente. Las decisiones judiciales sobre el tiempo de los alegatos admitirán recurso de revocatoria en audiencia”.*

CONCLUSIONES

En el Derecho Romano se encuentran los principios esenciales que informan el sistema probatorio de la civilización occidental.

Se puede afirmar que la oralidad a través del tiempo y la experiencia ha demostrado mediante su práctica, que simplifica los procedimientos, ya que resulta más fácil conocer los hechos cuando se discuten verbalmente.

Los tres Códigos procesales declarados ley de la República, como lo son: el de Procedimientos Judiciales de 1857; y los dos de Procedimientos Civiles de 1863 y 1881. El Código de 1878 es segunda edición del de 1863; así como los de 1893, 1904, 1916 y 1926, son respectivamente, segunda; tercera, cuarta y quinta del Código de 1881.

Todas las reformas que han tenido Los tres Códigos procesales, declarados Ley de la República su objeto principal fue acortar los términos para la tramitación de los negocios jurídicos, reducir el número de las nulidades, y poner la legislación procesal al máximo nivel que la ciencia jurídica ha señalado. El legislador salvadoreño ha tratado de abreviar el orden de proceder, y obligar a los jueces a trabajar, sin que el código pierda en buena formulación, y respetando la uniformidad de los procedimientos.

El problema de los principios contenidos en los códigos y legislaciones radica en la aplicabilidad y sobre todo en el respeto que se les dé; y de no ser así, tampoco se respeta la Constitución de la República que es la base de todo proceso. Es importante conocer, aplicar y respetar los principios procesales, con el objetivo de dar credibilidad al sistema judicial, proveyendo agilidad al proceso en aras de obtener una pronta, real y justa administración de justicia.

Se afirma, que dependiendo de la función que realiza la prueba en cada caso, así se determinará si la naturaleza jurídica de la prueba es de derecho material o de derecho procesal.

La naturaleza jurídica del principio de Inmediación, proviene del Derecho a la protección jurisdiccional regulado en el artículo 1CPCM, este derecho tiene su base constitucional en el artículo 11Cn., y en consecuencia debemos considerarlo parte al Derecho al Debido Proceso.

El principio de Inmediación no está expresamente regulado en la Constitución, pero se deduce del Art. 175 Cn. en el que se establece la existencia de las Cámaras de Segunda Instancia. Es de considerar que éste principio es un requisito imprescindible para que exista una justicia cumplida, por lo que el legislador prevé la necesidad de que las partes tengan acceso a los recursos ordinarios, con el objetivo de que la sentencia definitiva pronunciada por los Juzgados de Primera Instancia pueda ser derribada mediante la interposición del correspondiente recurso de apelación por las Cámaras de Segunda Instancia; por eso, fundamentalmente la Constitución busca la resolución de los conflictos entre sujetos, una vez resuelto por la primera instancia, pueda ser revisada por la segunda instancia si la partes entienden que la primera resolución vulnera sus derechos

Este Principio constitucional no está sujeto a la disponibilidad de las partes, es decir que toda cláusula contractual en la que se pacte que en caso de conflicto se renuncia a interponer recurso de apelación, ha de ser tenida por no escrita, por causar indefensión atentando contra los principios básicos fundamentales constitucionales, al ser un derecho indisponible y atentar contra la obligación del Estado a garantizar con independencia de la voluntad de las partes una justicia cumplida.

La inmediación debe exigirse no solo respecto a la actividad probatoria sino también en relación con la actividad alegatoria oral de los contendientes por cuanto la decisión judicial se nutre de ambas.

La inmediación obliga al juez o, en su caso, al tribunal en su conjunto que ha de decidir la controversia, ya que de otra manera se frustrarían los fines que tienen asignados, particularmente, contribuir decisivamente a la decisión de la causa.

La mayoría de los sistemas judiciales se estructuran a un sistema de doble instancia, es decir es el conocimiento judicial de un asunto ya decidido en primera instancia por otro órgano jurisdiccional jerárquicamente inferior. De ahí que se hable de la doble instancia o conocimiento y examen de un mismo asunto por dos órganos jurisdiccionales de grado distinto y por orden sucesivo.

En El Salvador, se da el sistema a doble instancia que se ve impulsado por el recurso de apelación, interpuesto ante el Órgano Inferior para ser resuelto por el superior en grado, en donde se encuentra manifiesto los principios procesales y como principio primordial de nuestra investigación se encuentra el Principio de Inmediación cuya naturaleza jurídica, proviene del Derecho a la protección jurisdiccional regulada en los artículos 11 Cn. y 1 CPCM.

Se debe considerar este principio parte del Derecho al Debido proceso. Es así, que el principio de Inmediación es consustancial a la oralidad dentro del proceso y precisamente es la que rige actualmente el proceso civil y mercantil. Por tanto en el sistema actual de justicia se ve aplicado al momento en el que se resuelva sobre el Recurso de Apelación, específicamente en la Vista de Apelación que es aquella en donde el Juez tiene contacto directo con las partes y la prueba.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Abal Oliú, Alejandro. **“Derecho Procesal”**. 3ª edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. 2008

Acosta, Hermógenes y Otros. **“Constitucionalización del Proceso Civil”**. Primera Edición. Escuela Nacional de la Judicatura. Editorial Búho. Santo Domingo, República Dominicana. 2005

Almagro Nosete, José. **“Códigos Procesal Civil y Procesal Penal. Modelos para Iberoamérica”**. Ministerio de Justicia. Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, España. 1990

Alsina, Hugo. **“Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial”**. Tomo I. 2ª edición. Edición Ediar, Sociedad Anónima de Editores. Buenos Aires, Argentina. 1963

Anaya, Salvador Enrique. **“Teoría de la Constitución Salvadoreña”**. 1ª Edición, Editorial Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y de la Cultura Constitucional en la Republica de El Salvador, Unión Europea. Corte Suprema de Justicia. San Salvador, El Salvador. 2000

Arazi R. y Otros. **“Debido proceso”**. 1ª Edición. Editorial Rubinzal-Cuilzoni. Argentina. 2003

Ardon Acosta, Víctor. **“La prueba en materia laboral”**. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José, Costa Rica. 1999.

Arguello, Luis Rodolfo. **“Manual de Derecho Romano”**. 3ª Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1998

Arellano García, Carlos. **“Derecho procesal Civil”**. 2ª Edición. Editorial Porrúa. México. 1998.

Berrios de Ángeles, Dante. **“Introducción al Proceso”**. 2ª Edición. Editorial Idea. Montevideo, Uruguay. 1981

Beceña Gonzales Francisco. **“Notas de Derecho Procesal Civil”**. Tomadas por Perales y Enciso. Lit. Madrid, España. 1932

Bentham, Jeremías. **“Tratado de las Pruebas Judiciales”**. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. 1959

Berizonte, Roberto Omar. **“El Código Procesal Civil y la Armonización Progresiva de los Sistemas de Justicia en América Latina”**. Universidad Nacional de la Plata, Argentina. 2001

Bravo García, A. Bizancio. **“Perfiles de un Imperio”**. Madrid, España. 1997

Borthwick, Adolfo E. C. **“Nociones Fundamentales del Proceso”**. Editorial Mave. 2001.

Cabezudo Rodríguez, Nicolás. **“Del Principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos”**. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2010.

Cafferata Nores, José I. **“La Prueba en el Proceso Penal”**. Editorial

Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1988.

Calderón Cuadrado, Pilar. **“El proceso civil y su estructuración en dos instancias”**. Problemática que plantea, en “Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra”, T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, España. 2004.

Calamandrei, Piero. **“Ensayos de Derecho procesal Civil”**. Editorial Porrúa. Buenos Aires, Argentina. 1949.

Canales Cisco, Oscar Antonio. **“Derecho Procesal Civil Salvadoreño”**. Tomo I. Impresos Gráficos UCA. San Salvador, El Salvador. 2003.

Cappelletti, Mauro. **“La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil”**. Traducción de Santiago Melendo. 1ª Edición. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, Argentina. 1972.

Carnelutti, Francisco. **“Trattado del Processo Civile, Diritto e proceso”**. Nápoli. Italia. 1958.

Carnelutti, Francisco. **“La Prueba Civil”**. Ediciones Depalma. 2ª edición. Buenos Aires. 1982.

Casado Pérez, José María. **“La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño”**. Imprenta Nacional, Corte Suprema de Justicia. República de El Salvador. 2000.

Chiovenda, José. **“Ensayos de Derecho Procesal Civil”**. traducción de S. Sentís Melendo. vol. II. Editorial Ejea. 1949.

Chiovenda, Giuseppe. **“Instituciones de Derecho Procesal Civil”**. traducción de E. Gómez Orbaneja. vol. III. 1ª edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1940.

Chiovenda, Giuseppe. **“Principios de Derecho Procesal Civil”**. Tomo I. Madrid, España. 1922.

Chiong Aurauz, Flavio. **“Los principios procesales en el sistema oral civil”**. Managua, Nicaragua. 2006.

Clariá Olmedo, Jorge A. **“Derecho Procesal Penal”**. Tomo III. 1ª Edición. Buenos Aires, Argentina, 1985.

Cortés Domínguez, Valentín y Otros. **“Introducción al Derecho Procesal”**. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2004.

Couture, Eduardo J. **“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”**. Tercera Edición (Póstuma). Ediciones De Palma. Buenos Aires, Argentina.

Couture, Eduardo. **“El Recurso Ordinario de Apelación en el proceso civil”**. Buenos Aires, Argentina. 1950.

De Vicente Y Caravantes, José. **“Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la Nueva Ley de Enjuiciamiento”**. Gaspar y Roig Editores. Tomo II. Madrid, España, 1856.

Duce, Mauricio; et al. **“Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información”**. en Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina. Santiago,

Chile. Editorial Centro de Estudios de Justicia de las Américas. 2008.

Echandía, Hernando Devis. **“Nociones Generales de Derecho Procesal Civil”**. Editorial Aguilar. Madrid, España. 1964.

Echandía, Hernando Devis. **“Compendio de Derecho procesal. Teoría general del proceso”**. Tomo 1. 6ª edición. Bogotá, Colombia. Editorial ABC. 1978.

Eisner, Isidoro. **“La Inmediación en el proceso”**. Buenos Aires, Argentina Ediciones Depalma. 1963.

Escribano Mora, Fernando. **“La prueba en el proceso civil”**. Consejo nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. 1ª Edición. Tomo VIII-X. San Salvador, El Salvador. 2002.

Fairén Guillén, Víctor, **“El razonamiento de los tribunales de apelación”**. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, España. 1990.

Fairén Guillén, Víctor. **“Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento legal en Estudio del Derecho Procesal”**. Madrid, España. 1958.

Falcón, Enrique M. **“Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado, concordado y comentado”**. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. 1983.

Fenech Navarro, Miguel. **“Derecho Procesal Penal”**. 2ª Edición. tomo I. Barcelona, España.

Figuerola Bustamante, Herman. **“Derecho Procesal Civil Doctrina: Los Sistemas Procesales en el Nuevo Código Procesal Civil”**. 5ª edición. Lima, Perú. 1995.

Francoz Rigalt, Antonio. **“La Oralidad en el Proceso Civil”**. Escuela de Derecho de la Universidad de Anahuac. México.1952.

García Tolsá, Jesús. **“Grandes Procesos de la Historia”**. Editorial Mateo. Barcelona, España.

Gimeno Sendra, José Vicente. **“Fundamentos del Derecho Procesal. Jurisdicción, Acción y Proceso”**. 1ª edición, Madrid, España. Editorial Civitas, S.A.1981.

Goldschmidt, James. **“Derecho Procesal Civil”**. traducción de Prieto Castro. Barcelona, España. ediciones de Alcalá-Zamora y Castillo. 1936.

Goldschmidt, James. **“Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal”**. Barcelona, España. 1935.

Gómez Lara, Cipriano, **“Derecho Procesal Civil”**. 6a Edición. Colección Textos Jurídicos. México. 1998

Gómez Colomer, Juan Luis y Otros. **“El Nuevo Proceso Civil Ley 1/2000”**. España. 2000

Gómez Orbaneja, Hercé Quemada. **“Derecho Procesal”**. 2ª edición. tomo I. Madrid, España. 1949.

González Clavijo, José Ramón. **“Principios Generales en el Nuevo Código Procesal Civil”**. 1ª Edición. Tegucigalpa, Honduras.

Grenet, Paul Bernard. **“Historia de la Filosofía Antigua”**. Barcelona, España. Editorial Herder. 1980.

Guasp, Jaime. **“Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”**. 2ª Edición. tomo I. Madrid, España. 1948.

Guasp, Jaime. **“Derecho Procesal Civil”**. Tomo I, Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, España, 1968.

Gutiérrez Alviz, Faustino. **“Una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil para una mejor Justicia”**. Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2001.

Herrera Abián, Rosario. **“La Inmediación como garantía procesal en el proceso civil y en el proceso penal”**. S. Ed. Granada, España. Editorial Comares. 2006.

Hernández Valle, Rubén. **“Derecho Parlamentario Costarricense”**. Editorial Investigaciones Jurídicas. San Jose, Costa Rica. 1991.

Igartua Salaverría, Juan. **“La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional”**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. 2003.

Kielmanovich, Jorge Luis. **“Teoría de la prueba y medios probatorios”**. 2ª Edición. Editores Rubinzal-Culzoni. Argentina. 2001.

Liebman, Enrico Tulio. **“El nuevo Código de Procedimiento Civil italiano, en La Ley”**. tomo XXIII.

Mendoza Orantes, Ricardo. **“Comentarios sobre los Antecedentes del Código de Procedimientos Civiles”**. Expuestos en la Recopilación de Leyes Civiles. Editorial Jurídica Salvadoreña. 26ª Edición. San Salvador, El Salvador. 2006.

Montero Acora, Juan. **“La Nueva LEC Española y la Oralidad”**. Academia de Derecho y Altos Estudios Superiores. Valencia, España. 2000.

Montero Aroca, Juan. **“La prueba el proceso civil”**. 2ª edición. Editorial Civitas. Madrid, España. 1998.

Montero Aroca, Juan y Otros. **“El nuevo Proceso Civil”. Ley 1/2000”**. 2ª edición, Valencia, España. editorial tirant lo blanch. 2001.

Montero Aroca, Juan y Otros. **“Derecho Jurisdiccional”**. Tomo I parte general, 12ª edición. editorial tirant lo blanch. Valencia, España. 2003.

Montero Aroca, Juan y José, Flor maties. **“Los Recursos en el Proceso Civil”**. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2001.

Núñez Rivero, Cayetano et al. **“El Estado y la Constitución Salvadoreña”**. 1ª edición. editorial proyecto para el fortalecimiento de la Justicia y de la cultura constitucional en la República de El Salvador. San Salvador, El Salvador, 2000.

Olaso, Jorge. **“La prueba en materia civil”**. San José, Costa Rica. Editorama. 2006.

Ortells Ramos, Manuel. **“Derecho Procesal Civil”**. 3ª edición. editorial Aranzadi. Navarra, España. 2002.

Palacio, Lino Enrique. **“Manual de Derecho Procesal Civil” Nociones Generales**. Tomo II. 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. editorial Abeledo Perrot. 1990.

Palacio, Lino Enrique. **“Manual de Derecho Procesal Civil”**. Tomo V. Buenos Aires, Argentina.

Parody, Alberto. **“Comentarios al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe”**. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. editorial J. Lajouane y Cía. 1912.

Paredes Romero, Arturo. **“Principios del Código Procesal Civil Peruano”**. 1ª edición. Lima, Perú.

Parada Gámez, Guillermo Alexander. **“La Oralidad en el Proceso Civil”**. Editorial Departamento de Ciencias Jurídicas de la UCA. 2008.

Pascual Serrats, Rosa. **“El recurso de apelación civil”**. Valencia, España. editorial tirant lo blanch. 2001.

Pérez Asenjo, A. **“La valoración de la prueba en segunda instancia, en aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil”**. Barcelona, España. editorial J.Ma. Bosch editor. 2008.

Petit, Eugene. **“Tratado elemental de Derecho Romano”**. México. Cárdenas editor y distribuidor. 1989.

Podetti, Ramiro José. **“Teoría y técnica del proceso civil”**. Buenos Aires. Editorial Ediar. 1963.

Prieto Castro, Leonardo. **“Derecho Procesal Civil”**. Tomo I. Zaragoza, España. 1946.

Rioja Bermúdez, Alexander. **“Principios procesales y el título preliminar del Código Procesal Civil de Perú”**. 1ª edición. Lima, Perú. 2009.

Rosenberg, Leo. **“Tratado de Derecho procesal civil”**. Tomo I. Editorial Ejea. 1955.

Rocco, Ugo. **“Teoría General del Proceso Civil”**. 1ª edición. editorial Porrúa S. A. México. 1959.

Salgado, Ali Joaquín. **“Derecho Procesal Civil”**. *Método de Casos*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. 1993.

Sánchez Vásquez, Juan José. **“Estudio sobre los medios de Prueba y algunas consideraciones sobre el error de derecho en la apreciación de las pruebas”**. Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador.

Sentís Melendo, Santiago. **“La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio”**. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ejea. 1978.

Tarigo, Enrique. **“Lecciones de Derecho Procesal Civil”**. Tomo I. 6ª

edición. fundación de cultura universitaria. Montevideo, Uruguay. 2010.

Vargas, Ricardo. “**Celeridad de los Juicios Laborales**”. Ponencia de Costa Rica en “Encuentro Iberoamericano de Justicia Laboral”. San José, Costa Rica. 1999.

Velazco Zelaya, Mauricio et al. “**La Oralidad en la Reforma Legal de El Salvador**”. 1ª edición. San Salvador, El Salvador. editorial de la comisión coordinadora del sector justicia. 2006.

Veloso Chávez, Rafael. “**Manual del Juicio Ejecutivo**”. Santiago, Chile. Editorial Nacimiento. 1928.

Vescovi, Enrique. “**Teoría General del Proceso**”. 2ª Edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis S. A. 1999.

Vescovi, Enrique. “**Derecho Procesal Civil**”. Tomo I. Montevideo, Uruguay. Ediciones Idea. 1974.

Wyness Millar, Robert. “**Los principios formativos del procedimiento civil**” traducido del inglés por Catalina Grossmann, Buenos Aires. Editorial Ediar S.A. 1945.

Consejo general del poder judicial. “**Libro Blanco de la Justicia**”. Madrid, España. 1997.

TESIS

Alvarado Rodríguez, Silvia Lissette, Alvarado Araujo, Sigfredo Edmundo. “**La**

improponibilidad de la demanda según el Código de Procedimientos Civiles y específicamente el artículo 197". Tesis de Grado. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador. San Salvador, El Salvador. 1999.

Aguirre, Leonor Silvia y Otros. **"Incidencia del Cambio de un Sistema Escrito a un Sistema Oral el Proceso Civil Salvadoreño"**. Universidad de El Salvador, San Salvador. 2008.

Brizuela Romero, Ana Carolina y Otros. **"La Falta del Principio de Oralidad en el Proceso Civil y su Incidencia en la Retardación de Justicia"**. Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador. 2003.

Claros Ramírez, Ucrania María Daniela et al, **"La producción de la prueba testimonial en el proceso civil ordinario y la garantía del derecho a una cumplida justicia consagrado en el artículo 182 ord. 5o de la Constitución de la República de El Salvador"**. Tesis UES. San Salvador, El Salvador. 2006.

García, Jesús Eberto. **"La prueba testimonial en materia civil"**. Tesis de Grado. Universidad De El Salvador, San Salvador, El Salvador. 1976.

Meléndez, Ana. **"Como incide el principio de oralidad al incorporar los medios probatorios en el proceso común que regula el anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil"**. Tesis de grado. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador. 2008.

Martínez Díaz, Dora Esmeralda et al, **"Aplicación de la sana crítica en el**

proceso de familia en la zona oriental 2000-2003”. Tesis de grado. Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador. 2004.

LEGISLACIÓN

Constitución de la República de El Salvador, D.L 38, de fecha quince de diciembre de mil novecientos ochenta y tres. D.O No 234. Tomo No 281, con fecha de publicación 16 de diciembre de 1983.

Código procesal civil y mercantil. D.L. 712, del 18 de septiembre de 2008. D.O. N° 224. Tomo N°381 con fecha de publicación del 27 de diciembre de 2008.

Constitución de la República de Honduras, D.C. No. 131, del 11 de enero de 1982. D.O. No. 23,612, del 20 de enero de 1983.

Código procesal civil de Perú, D.L 768 de 08 de abril de 1993. Publicado en el Diario Oficial Peruano el día 22 de abril de 1993.

Constitución de 1880, promulgada bajo la presidencia provisional del Doctor Rafael Zaldívar desde el 1 de Mayo de 1876.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de proceso de Hábeas Corpus. Referencia N°126-2005 de fecha 20 de marzo de 2006. (Sala de lo constitucional, San Salvador, El Salvador).

Sentencia en el proceso de Habeas Corpus. Referencia: 87-99CSJ del 23 de Abril de 1999 (Sala de lo constitucional, San Salvador, El Salvador).

STC de 8 de marzo de 2004, (EDJ 2004/6834)

STC de 23 de marzo de 2004, (EDJ 2004/10852)

STC de 20 de febrero de 2013. (Ref: 85-CAC-2012)

Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador (Ref. P0141-12-2008)

Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro (Ref. 129-IM-11)
de las nueve horas cinco minutos de doce de octubre de dos mil once.

Sentencia Definitiva del 25 de Agosto de 2003. Cámara de la Segunda
Sección de Occidente. Sonsonate.

DICCIONARIOS

Cabanellas De Torres, Guillermo. **“Diccionario Jurídico Elemental”**.
Editorial Heliasta. Edición. 2006.

“Diccionario de la Lengua Española”. 19ª edición. Madrid, España.
editorial España-Calpe, S.A.1970.

De Pina, Rafael. **“Diccionario de Derecho”**. editorial porrúa. México. 1984.

Ossorio, Manuel. **“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y
Sociales”**. 1ª edición. realizada por data scan, S.A. Guatemala.

Pallares, Eduardo, **“Diccionario de Derecho Procesal Civil”**. 18a edición.
México. editorial porrúa. 1988.

SITIOS WEB

Velasco, Mauricio Ernesto. Magistrado de la Sala de lo Civil de la CSJ “Ponencia en la presentación y entrega oficial del Código Procesal Civil y Mercantil a la Asamblea Legislativa”. en <http://www.csj.gob.sv/comunicaciones>.

Chiong Aurauz, Flavio. Conferencia denominada “Los Principios Procesales en el Sistema Oral Civil”. Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, Managua. 25 de Mayo de 2006. en www.chiongyasociados.com.

Morales Godo, Juan. Ensayo: “La Oralidad en el Código Procesal Civil Peruano”. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/Laoralidad_en_el_codigo_procesal_civil_peruano.pdf.

Parada Gámez, Guillermo Alexander. <http://www.actiweb.es/paradalaw/archivo2.pdf>, sitio web consultado el día quince de Noviembre de dos mil quince.

Conrado González, Pedro Silvio. <http://silvioc081180.blogspot.com/p/derecho-procesal-civil-i.html>, sitio web consultado el diez de julio de dos mil quince.

Arburola Valverde, Allan. <http://www.mailxmail.com/curso-valoracionjuridica/prueba/definicion>. Sitio web consultado el día veintiuno de enero de 2015.

Machicado, Jorge Alberto. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/apelacion.html>, sitio web consultado el Nueve de Febrero de dos mil quince.

Villa Olmedo, Miguel. <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/ocumen>

to/segundainstancia. Sitio web consultado el día veinticinco de Febrero de dos mil quince.

<http://gregoog.wikispaces.com/>, Sitio web consultado el día diecinueve de Mayo de dos mil dieciséis.

Fernández, Tomas. <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/t/tales.htm>, sitio web visitado el día diecinueve de Mayo de dos mil dieciséis.

Ortiz José, Barcelona, España. <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/t/tales.htm>, sitio web visitado el día diecinueve de Mayo de dos mil dieciséis.

González Prieto, Diego Omar, “*La Conciliación Judicial y Extrajudicial*”, <http://diegozpy.wordpress.com/2013/05/05/la-cociliacion-judicial-y-extrajudicia/>. Sitio web consultado 29 de mayo de 2016.

Meler, Dave. <http://www.ihistoriarte.com/2015/10/el-origen-de-roma-iii-de-lamonarquia-etrusca-a-la-republica/>, sitio web visitado el día diecinueve de Mayo de dos mil dieciséis.

Fundación Wikipedia <https://es.wikipedia.org/wiki/Decenvirato>, sitio web visitado el día diecinueve de Mayo de dos mil dieciséis.

Aportes voluntarios “Diccionario Jurídico online”. https://www.drleyes.com/page/diccionario_maximas/significado/C/1829/CONNUBIUM/, sitio web visitado el día dieciocho de Mayo de dos mil dieciséis.

Fundación Wikipedia <https://es.wikipedia.org/wiki/Centuria>, sitio web visitado el día diecisiete de Mayo de dos mil dieciséis.

Valdez, Rene. "Ordalías y Juicios en la edad media europea". http://revista-redes.rediris.es/recerca/rvaldes/presen_archivo_s/ordalias.htm, Sitio web visitado el día diecisiete de Mayo de dos mil dieciséis.

Fundación Wikipedia <https://es.wikipedia.org/wiki/Escabino>, sitio web visitado el día dieciocho de Mayo de dos mil dieciséis.

Cortez Morato, Jordi y Martínez Riu, Antoni. "Diccionario de Filosofía Herber" http://www.filosofia.net/materiales/sofiafilia/hf/soff_em_9.html, sitio web visitado el día dieciocho de Mayo de dos mil dieciséis.

Abrego González, Valentín. "Fuero Juzgo". http://enciclopedia.us.es/index.php/Fuero_Juzgo, sitio web consultado el día dieciocho de Mayo de dos mil dieciséis.

Gabriela García Paíz. <http://universojus.com/definicion/novisima-recopilacion>, sitio web consultado el día dieciocho de Mayo de dos mil dieciséis.

Leonardo Mazzini. <http://portal-local.es/patrimonio/historia-de-alcala/hechos-y-personajes/item/6722-el-ordenamiento-de-alcal%C3%A1.html>, sitio web consultado el día diecisiete de Mayo de dos mil dieciséis.

Sandra Saavedra Pinto. <http://www.expansion.com/2014/08/07/juridico/1407411257.html>, sitio web consultado el día diecisiete de Mayo de dos mil dieciséis.

Fundación Wikipedia. <https://es.wikipedia.org/wiki/ludex>, sitio web consultado el día dieciséis de Mayo de dos mil dieciséis.

Carbajal Moreira, Flor de María. <http://es.slideshare.net/asociados1dceconsultores/apelacion-proc-civil-presentacion>. Sitio web consultado el día quince de mayo de dos mil dieciséis.

Calamandrei, Piero. [http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com /d/segunda-instancia/segunda instancia htm](http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/segunda-instancia/segunda%20instancia.htm). Sitio web consultado el día diez de mayo de dos mil dieciséis.

Sánchez, Hugo Ramiro. <http://principiosdelprocesocivil.es.tl/Principio-de-Doble-Instancia.htm>“. Sitio web consultado el día diecinueve de Mayo de dos mil dieciséis.

Santamaria, Victor. <http://www.exnovolegal.com/nuestro-compromiso/blog/84-ipur-que-ex-novo-legal.html> sitio web consultado el día Diecisiete de mayo de dos mil dieciséis.

Avalos Jessica, Cambios por nuevo Código Civil y Mercantil. [www.laprensagrafica.com/ cambios-por-nuevo-codigo-civil-y-mercantil](http://www.laprensagrafica.com/cambios-por-nuevo-codigo-civil-y-mercantil), sitio web consultado el día Veinte de Mayo de dos mil dieciséis

Morales Godo, Juan. “La Oralidad en el Código Procesal Civil de Perú”. [http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/Laoralidad _ en el_ codigo_ proc esal_ civil_ peruano.pdf](http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/Laoralidad_en_el_codigo_proc_esal_civil_peruano.pdf).

REVISTAS

Arrieta Gallegos, Francisco. “**Folleto de Procesal Civil**”. San Salvador, El Salvador.

Benítez Ramírez, Eugenio. **“Principios Procesales Relativos a las Partes”**. Ensayos y Crónicas. Revista Chilena de Derecho. Vol. 34. Nº 3. Chile. 2007.

Alonso, Carlos Miguel. **“El principio de la inmediación dentro del sistema formal de la oralidad”**. en Boletín Mexicano de Derecho comparado. Nº 24. de Septiembre a Diciembre de 1975.

Chamorro Ladrón de Cegama, José Ángel. **“Algunas Reflexiones sobre el Principio de Inmediación en el Proceso Civil y su Mejor Cumplimiento en la Práctica Judicial”**. Artículo anuario de la facultad de derecho. Nº 2. 1983.

De la Fuente, A. Mario. **“La oralidad en el nuevo Código Procesal Civil de La Rioja”**. en "Revista de Derecho Procesal". año XI-1953. 1º trimestre.

Revista Judicial No. 21. Tomo VII. San Salvador, El Salvador.

La Gaceta Oficial. Tomo VI-Año 1857. Nº 84.

La Gaceta Oficial. Tomo IX- Nº 83. 1861.

La Gaceta Oficial. Tomo X.- Nº 55. 1862.

La Gaceta Oficial Nº 3. Tomo XI. 1863.

Revista Judicial. Tomo III. No. 21. San Salvador, El Salvador. 1991.