

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**



**LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA APLICACIÓN DE DERECHO
EXTRANJERO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE EL
SALVADOR**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

ABREGO BOLAÑOS MELANIA CONCEPCION

VELIZ LAINEZ ATILIO

DOCENTE ASESOR:

LIC. WILFREDO ESTRADA MONTERROSA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, AGOSTO 2017.

TRIBUNAL CALIFICADOR

GILBERTO RAMÍREZ MELARA

(PRESIDENTE)

LIC. JOSÉ REINERIO CARRANZA

(SECRETARIO)

LIC. WILFREDO ESTRADA MONTERROSA

(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

Dr. Manuel De Jesús Joya
VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Nelson Bernabé Granados Alvarado
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Maestro Cristóbal Ríos
SECRETARIO GENERAL

Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio
VICEDECANO

Lic. Juan José Castro Galdámez
SECRETARIO

Lic. Rene Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

Lic. Wilfredo Estrada Monterrosa
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

Lic. Miguel Ángel Paredes Bermúdez
DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACION

Lic. María Magdalena Morales
**COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS.**

DEDICATORIA

*A mi hermosa hija Luna,
El eterno amor de mi vida.*

Atilio velis Laínez

AGRADECIMIENTOS:

*A mi esposa Yesica Torres y a mi madre Ana Laínez por apoyarme siempre y confiar
en mí.*

ATILIO VELIS LAINEZ

*“Nunca consideres el estudio como
Una obligación, sino como una
Oportunidad para penetrar en el bello
Y maravilloso mundo del saber”
Albert Einstein*

A NUESTRO PADRE CELESTIAL, primeramente por darme la oportunidad de vivir, por estar a mi lado en cada una de las etapas de mi vida, por ser la luz de mi camino y mí fuerza en las batallas.

A MIS PADRES por estar siempre a mi lado apoyándome en todas y cada una de las maneras posibles, por enseñarme que la única herencia más importante que un padre le puede dejar a un hijo es el estudio; por ser mi soporte y ejemplo a seguir y por incentivarme a seguir adelante siempre a pesar de las adversidades de la vida.

A MI HIJO Y MI ESPOSO por todo el apoyo permanente, ayuda y comprensión que a lo largo de mi carrera he recibido de su parte, por incentivarme cada día a no desmayar y seguir a delante, mil gracias por ser mi apoyo y compañía incondicional durante toda mi carrera.

A MIS HERMANOS Y PRIMA (Jasmin Abrego) que de alguna u otra forma me apoyaron en todo el transcurso de mis estudios.

A NUESTRO ASESOR DE TESIS Lic. Wilfredo Estrada Monterrosa por su comprensión con nosotros apoyándonos y orientándonos durante todo el transcurso de nuestro trabajo de investigación.

A TODOS MIS MAESTROS Y COMPAÑEROS que conocí desde el inicio de mi carrera, gracias por su amistad apoyos y consejos que de su parte recibí, y gracias a todas a aquellas personas que de alguna u otra forma me apoyaron.

MELANIA CONCEPCION ABREGO BOLAÑOS

INDICE

RESUMEN

ABREVIATURAS Y SIGLAS

INTRODUCCIÓN.....i

CAPITULO I

GENERALIDADES LA PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

1.0	Concepto y naturaleza de prueba.....	2
1.1	Fundamento constitucional.....	3
1.2	Proposición Y Admisión De La Prueba.....	4
1.3	Requisitos para la aportación de prueba.....	5
1.3.1	Licitud de la prueba.....	5
1.3.2	Pertinencia De La Prueba.....	7
1.3.3	Utilidad De La Prueba.....	8
1.4	Objeto de prueba.....	8
1.4.1	Alegaciones De Hechos.....	10
1.4.2	Hechos admitidos.....	11
1.4.3	Hechos Notorios.....	12
1.4.4	Hechos Evidentes.....	14
1.4.5	La Costumbre.....	15
1.4.6	El Derecho Extranjero.....	16
1.5	La carga de la prueba.....	18
1.6	Los medios de prueba.....	21

1.6.1	Prueba Documental.....	21
1.6.2	Documentos e Instrumentos.....	22
1.6.3	Instrumentos Públicos Y Privados.....	24
1.7	Declaración de parte.....	25
1.8	Sujetos Declarantes.....	26
1.9	Prueba Testimonial.....	28
1.10	Requisitos para ser Testigo.....	29
1.11	El Interrogatorio.....	32
1.12	Prueba Pericial.....	32
1.13	El Reconocimiento Judicial.....	35
1.14	Objeto de Reconocimiento.....	36
1.15	Otros Medios de Prueba.....	37
1.16	Sistemas de Valoración de la Prueba.....	39
1.16.1	Prueba Legal o Tasada.....	40
1.16.2	Íntima convicción.....	42
1.16.3	Sana Critica.....	44

CAPITULO II

SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO EXTRANJERO

Y SU TRATAMIENTO PROCESAL

2.0	Teoría Realista o del Hecho.....	49
2.1	Tesis de los Derechos Adquiridos.....	51
2.2	Tesis de los VestedRights.....	51
2.3	Teoría de la Ley Local.....	52

2.4	Teoría del Uso Jurídico.....	53
2.5	Teoría Normativista o de Derecho.....	56
2.6	Tesis de la Nacionalización del Derecho Extranjero.....	56
2.7	Tesis de la Incorporación Material.....	57
2.8	Tesis De La Incorporación Formal.....	59
2.9	Tesis De La Extranjería Del Derecho Extranjero.....	60
2.10	Tesis De La Integración Formal.....	60
2.11	Breves Comentarios sobre el Contexto Socio-Histórico.....	63
2.12	Efectos procesales de la consideración como hecho o derecho.....	64

CAPITULO III

REGULACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL Y EL PAPEL DEL JUEZ FRENTE A LA APLICACIÓN JUDICIAL

3.1	Constitucionalidad o Inconstitucionalidad de la Aplicación del Derecho Extranjero.....	68
3.2	Aplicación de Oficio o Alegación de Parte.....	71
3.2.1	Como Hecho.....	72
3.2.2	Falta de prueba del Derecho Extranjero por las partes.....	74
3.3	Aplicación del Derecho Extranjero en el Código Procesal Civil y Mercantil.....	76
3.4	Regulación De La Aplicación Del Derecho Extranjero En El Código Procesal Civil y Mercantil.....	80

3.5	Objeto de Información Prueba del Derecho Extranjero.....	83
3.6	Objeto De Información Del Derecho Extranjero.....	85
3.7	La Aparente Incongruencia del Art. 313 Ord. 3° y el Art. 315 del Código Procesal Mercantil.....	89
3.8	Criterios Jurisprudenciales.....	92
3.9	Cooperación Judicial Internacional en Materia Civil para la Información del Derecho Extranjero.....	97
3.10	Procedimiento y Normativa Aplicable para Acreditar el Derecho Extranjero Mediante la CJI.....	99
3.11	Tramitación Del Exhorto O Carta Rogatoria.....	104
3.12	Acreditación del Derecho Extranjero a Instancia de Parte.....	110
3.13	Procedimiento mediante el cual se acredita la vigencia y contenido del Derecho Extranjero.....	111
3.14	Derecho Comparado sobre la Regulación del Tratamiento Procesal del Derecho Extranjero (Ver Anexos).....	116
	CONCLUSIONES.....	117
	BIBLIOGRAFIA.....	121
	ANEXOS.....	127

RESUMEN

Para una mejor comprensión sobre la carga de la prueba en la aplicación del derecho extranjero en el código procesal civil y mercantil de el salvador, se vuelve necesario iniciar desde las generalidades hasta lo particular, en lo relativo al capítulo uno, se encuentran desarrollados los temas más fundamentales en lo que respecta a la prueba, del mismo modo a las instituciones, y el punto de partida lo constituye la definición de prueba, así como el fundamento constitucional, se exponen además los requisitos para la proposición de la prueba, en esa línea de ideas se hace un estudio sobre los medios de prueba regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil , y se decide finalizar con los sistemas de valoración de la prueba que es el punto final del desarrollo del proceso.

En el segundo apartado, se hace una exposición predominantemente teórica, sobre la naturaleza del derecho extranjero, todo el capítulo es dedicado a este apartado, en él se exponen las corrientes de pensamiento más predominantes en la doctrina jurídica del derecho internacional privado, a grandes rasgos abarca las dos teorías más destacadas, la teoría fáctica o del hecho y la teoría normativista o del derecho, dentro de cada una se exponen las tesis que sustentan cada una. La comprensión de ambas teorías es fundamental para entrar en conocimiento del capítulo posterior, ya que en este capítulo se sienta la posición teoría asumida de los autores y la consiguiente corriente que inspira la normativa del CPCM al respecto del Derecho Extranjero.

En el capítulo tres se adentra en el análisis de la regulación del CPCM, otras leyes secundarias y tratados internacionales, así como se hacen mención a los procedimientos a utilizar para obtener la información del derecho extranjero y el mecanismo para acreditarlo, en el proceso exponiéndose la acreditación judicial y a instancia de parte.

ABREVIATURAS Y SIGLAS.

Art.	Artículo.
CC	Código Civil
CPCM	Código Procesal Civil y Mercantil
CSJ	Corte Suprema De Justicia
CIDIP I	Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado
CIECR	Convención Interamericana Sobre Exhortos O Cartas Rogatorias
CJI	Cooperación Judicial Internacional
DE	Derecho Extranjero
LEC	Ley De Enjuiciamiento Civil
LEPINA	Ley De Protección Integral De La Niñez Y La Adolescencia
DIPr	Derecho Internacional Privado
Inc.	Inciso.
Ord.	Ordinal.

INTRODUCCIÓN

En la lectura del presente documento el lector se encontrará con un estudio realizado a un apartado del código procesal civil y mercantil, sobre el cual de la lectura de su regulación en su articulado se podría concluir fácilmente que no necesita mayor estudio ni investigación, lo cual desde un punto de vista meramente superficial podría ser una conclusión razonable, pero al observarlo y analizarlo con más detenimiento y ver más allá del sentido literal de la norma se encontrará con un mundo jurídico complejo contenido en ese pequeño fragmento.

A la aplicación del derecho extranjero regulado en el código procesal civil y mercantil, para lo cual el Código procesal civil y mercantil, expresamente ha dedicado dos artículos los cuales son el art. 313 Ord. 3º y el 315 ambos regulados en el acápite del objeto de prueba, pero el contenido de la temática ahora citada no se reduce al texto de esos dos artículos, por dos razones fundamentales, la primera, el derecho no se limita a la norma jurídica, por lo tanto la aplicación del derecho extranjero, y dos, la poca regulación normativa no es sinónimo de incompletes del tema.

Para la ejecución de la investigación se dispuso dividirlo en tres grandes apartados o capítulos, para los cuales se dispuso de un orden temático, utilizando la deducción como método principal, así partimos de lo general hacia lo particular, dado que al lector que va dirigida principalmente la investigación es a estudiantes de derecho, jueces y abogados en general para los cuales se espera que la presente investigación sea de utilidad. Así, el capítulo Uno se

titula *generalidades la prueba en el código procesal civil y mercantil*. En el cual se desarrollan temas muy específicos de lo que componen el proceso civil y mercantil los cuales son fundamentales para poder entrar en conocimiento del tema principal de esta investigación que es lo concerniente a la aplicación del derecho extranjero, para ello se retoman apartados de importante tratamiento en la doctrina así como en la práctica jurídica.

Un punto de partida que se consideró importante- el cual fue puesto de manifiesto en la consecución de la investigación- es lo relativo al fundamento constitucional de, tanto de la prueba, del proceso etc. Así del mismo modo se desarrollaron apartados específicos del CPCM, tales como lo que debe de entenderse como, objeto de prueba, carga de la prueba, la aportación, licitud, pertinencia, y legalidad, los medios de prueba y se finaliza con los sistemas de valoración de la prueba.

El objetivo principal de este capítulo es sentar las bases para una mejor comprensión de lo que es la aplicación del derecho extranjero conforme las reglas del CPCM, ya que para un mejor entendimiento de ello necesario será entender las instituciones básicas de la prueba y el proceso.

En el capítulo dos se estudia el corazón-metafóricamente hablando- de la investigación ya que se estudia la naturaleza jurídica del derecho extranjero, para ello se recurre a las grandes construcciones teóricas, las cuales se reducen a esencialmente dos, la teoría normativista o del derecho y la teoría fáctica del hecho o realista; para el sustento o desarrollo de estas teorías se vierten diferentes tesis, las cuales se ponen de manifiesto en este capítulo. La naturaleza de una institución jurídica, nos permitirá por un lado sentar una posición teórica y por otro tener claridad sobre el contenido de las normas que desarrollan dicha institución jurídica, que en este caso en específico se trata

del tratamiento procesal del Derecho Extranjero. Desarrollar la naturaleza jurídica del Derecho Extranjero es tratar de resolver al menos dos preguntas, ¿cuál es el tratamiento procesal que se le debe de dar al Derecho Extranjero? Y ¿cuáles son las consecuencias jurídicas procesales, para las partes y el juez en lo que respecta a la carga de la prueba?, a las cuales se confía se le da respuesta en el capítulo lo cual además cumple con la función de sentar las bases para la orientación teórica que los autores asumen en acerca del tratamiento procesal del derecho extranjero.

En ese sentido en el capítulo tres se adentra en el análisis de la regulación del derecho extranjero en el CPCM, en este capítulo los autores ponen de manifiesto la posición teórica a la cual se adhieren. Aspectos importantes a resaltar son los roles que desempeñan las partes y el juez, en el cual se determina la carga probatoria para las partes y las potestades oficiosas del juez para recabar información sobre el derecho extranjero cuando es objeto de prueba en el proceso, las novedades a encontrar en dicho capítulo lo constituye la construcción ordenada de los pasos a seguir para acreditar el derecho extranjero en el proceso, ya sea por las partes o mediante las potestades oficiosas que otorga la cooperación judicial internacional al juez; para ello el análisis se hace extensivo del CPCM se analizan normas constitucionales, tratados internacionales, leyes secundarias e incluso reglamentos, haciendo una integración normativa lo cual concluye en un paso a paso a seguir para aplicación y acreditación del derecho extranjero en los procesos regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil.

CAPITULO I. GENERALIDADES LA PRUEBA EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

La importancia de dar inicio al estudio de la prueba identificando su concepto no es otro que mediante este, se establecerán todos los elementos que la componen, dicha labor no resulta ser simple, por el contrario, es de gran dificultad por la razón de su contenido, ya que, lo que debe de entenderse por prueba deberá de ser lo mismo en cualquier área del derecho ya sea, penal, laboral, administrativo, constitucional civil etc. ya que la prueba es una institución independiente y no es posible ligarla a una área del derecho en específico por lo que las características, principios y elementos son aplicables en todo tipo de proceso y deben de ponerse de manifiesto; ello no obsta a que en cada proceso determinado existan regímenes de prueba particulares por así demandarlo cada uno de ellos.

Las normas materiales establecen consecuencias jurídicas partiendo de supuestos de hecho que contemplan de modo abstracto y general. Cuando, por ejemplo, el Art. 1673 CC dice que el comprador está obligado a pagar el precio de la cosa comprada, está estableciendo un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; la aplicación de ésta por un tribunal y en un proceso concreto exige que en el mismo se haya probado un hecho que pueda integrarse en el supuesto de la norma.

Sobre hechos, que contemplan consecuencias jurídicas, acaecen una sola vez en la realidad y sobre estos hechos ante el juez se formulan proposiciones fácticas, a las cuales el juez no se les puede otorgar certeza, por si solas, es necesario que existan aquellos elementos que logren una convicción en este para que les confiera certeza de existencia o no, es ese el papel de la prueba,

esta sirve para sustentar o demostrar la existencia de una proposición fáctica.

1. Concepto y naturaleza de prueba

La doctrina procesalista se muestra, acorde en que se trata de un concepto multiquívoco, que designa diversas significaciones de acuerdo a la finalidad que se le atribuye en el proceso. Montero Aroca define la prueba: *“la actividad procesal por la que se tiende, bien a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso, bien a fijarlos conforme a una norma legal.”*¹

Gimeno Sendra nos dice que por prueba debemos entender, “la actividad procesal que desarrollan las partes con el tribunal para llevar al juez a la convicción de la verdad de una afirmación para fijarla a los efectos del proceso”². Deteniéndose a hacer una diferenciación entre el planteamiento de Sendra y Aroca en cuanto a establecer cuál es la finalidad de la prueba.

Aunque si bien es cierto, lo relativo a la prueba está regulado en el CPCM en las disposiciones comunes a los Procesos Declarativos, (desde el Art. 312 hasta el 401 CPCM), no significa que sea aplicable solo para los procesos declarativos (común y abreviado), sino en todos los procesos que el código regula incluso conforme al Art. 20 las reglas de prueba pueden ser aplicadas de forma supletoria a otros procesos que no sean civiles y mercantiles, siempre y cuando no exista regulación expresa para los mismos.

¹Juan Montero Aroca, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 10ª ED, (España: Tirant lo Blanch, 2001), 243.

²Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Civil I, El Proceso de Declaración*,(España: Castillo de luna 2005),184.

1.1. Fundamento Constitucional

Uno de los principios constitucionales es el de la fundamentalidad constitucional, de forma sencilla podemos decir que significa que, todas las normas de las cuales se constituye un sistema jurídico determinado, debe estar fundado en normas constitucionales es decir que dichas normas o leyes deben de tener como primer fuente, la constitución, es por esta razón que la misma constitución ha diseñado el proceso de inconstitucionalidad, donde una norma que no sea acorde a la constitución debe de ser expulsada del sistema normativo ya que, a raíz de la fundamentalidad toda norma debe de tener su base en las disposiciones constitucionales.

Ahora bien, el derecho a la prueba como derecho constitucional no está reconocido expresamente en la Constitución de El Salvador, pero existen disposiciones de las cuales podemos inferir que está ámbito, a diferencia de la Constitución Española en el Art. 24.2³ dónde expresamente se regula como derecho fundamental a probar⁴.

El derecho a la utilización de los medios de prueba, fue retomado en nuestra Constitución, como parte del derecho a un juicio justo, retomado en el Art. 11 Cn., este derecho generalmente es asociado únicamente a los procesos penales, y por la redacción de este artículo el cual dispone *“Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y*

³ Dispone el artículo 24.2 *“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”*

⁴ Constitución de España publicada en el Boletín Oficial del Estado al número 311 el día veintinueve de diciembre del año 1978.

posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciados veces por la misma causa.” Pareciera que el derecho a la prueba asiste únicamente a quien, ostenta una posición pasiva en el proceso, es decir ya sea imputado o demandado, lo cual, no es así.

El derecho a probar no se encuentra regulado de forma expresa en la Constitución, pero es parte de lo dispuesto en el Art. 11 Cn. En ese orden de ideas, cabe señalar que en el Art. 312 Código Procesal Civil Mercantil, se encuentra regulado el derecho de probar, el derecho a la prueba, tal y como se menciona doctrinariamente.⁵ El derecho a la prueba, no puede ser visto únicamente como la utilización de los medios pertinentes de prueba, este debe ir más allá, debe de ser visto como el derecho que las partes tiene al acceso a la prueba.

1.2. Proposición y Admisión de la Prueba

La proposición es un acto de la parte (de cada una de ellas) por el que precisa que medios de prueba desea practicar en el proceso. Conforme el CPCM la prueba debe de ser propuesta y ofertada en las alegaciones iniciales, siendo estas la demanda estableciendo el Art. 276: *Todo proceso judicial principiara por demanda escrita, en la que el demandante interpondrá la pretensión. Toda demanda debe de contener: Ord.9 El ofrecimiento y de terminación de la prueba.* Nótese que el Código establece más adelante en el Art.317 que: *la prueba debe de ser propuesta por las partes en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado.* Como se puede observar el Código

⁵ Margarita Romagoza Beltrán de López, “*El Principio De Inmediación En La Producción De La Prueba Con El Uso De Tic En El Código Procesal Civil Y Mercantil Salvadoreño*” (Tesis para obtener el grado de Maestro Judicial, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2012), P.13.

otorga dos momentos distintos para proposición de la prueba tanto con la demanda y en audiencia, no obstante con respecto a la prueba documental esta, si, debe de ser propuesta y ofertada únicamente con la presentación de la demanda so pena de preclusión de la oportunidad de poder proponerlos ello conforme al art. 288 y 289 del CPCM.

Cumplido con los requisitos que dispone el Art.276 CPCM el juez, procederá a dictar auto de admisión, pero en caso que la demanda, posea defectos de forma el juez, no podrá admitir y dictará auto realizando prevenciones para que el demandante puede subsanarlos y habiéndolo hecho se podrá admitir, pero, en caso que la demanda presentase defectos de fondo, como defectos en la pretensión, como que este tenga objeto ilícito, el juez la rechazará *in limine litis* poniendo fin al proceso, por así, disponerlo el Art. 277 7 78 CPCM.

1.3 Requisitos para la aportación de prueba

1.3.1 Licitud de la prueba

Este tema ha sido abordado por regla general desde una óptica del proceso penal, pero no debería de distinguirse entre las diversas clases de proceso, ya que las características de la prueba y sus principios son de aplicación general y en todo proceso, igual que la licitud. Sin embargo en esta ocasión nos ceñiremos a las reglas del proceso civil, para ello partiremos del Art. 2 inc. 3 del CPCM el cual establece que “las pruebas que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, con infracción de los derechos o libertades fundamentales, no surtirá efecto.” Montero Aroca⁶ al respecto hace una clasificación de los derechos fundamentales y establece:

⁶Aroca. *Derecho Jurisdiccional II*. 266

Derechos fundamentales absolutos, los que no tienen limitación alguna: Cualquier vulneración de los mismos conduce a la no admisión de la prueba. Nos referimos a los derechos a la vida y a la integridad física y a sus violaciones consistentes en la violencia física o psíquica o en la amenaza de utilizarlas.

Derechos fundamentales relativos, que son limitados: En principio las fuentes de prueba obtenidas vulnerándolos no son admisibles, pero hay que tener en cuenta que la ley ha de compatibilizar estos derechos con otros, también fundamentales, e incluso con intereses prevalentes. Tomemos el caso de la inviolabilidad del domicilio, que no puede oponerse a la efectividad del proceso y que no impedirá la prueba de reconocimiento judicial; lo importante aquí será el respecto de las garantías constitucionales en la actividad probatoria, en cuanto éstas sirven de garantía.

La ilicitud de la prueba, puede darse tanto desde su obtención, lo cual es extraprocesal ya que esta se verifica con anterioridad a la presentación de la demanda, y por tanto el juez no tiene forma de conocer la ilicitud de esta y por tanto, es al demandado a quien corresponde impugnar ese medio probatorio y solicitar su exclusión. Art. 316 CPCM.

Por el contrario, la prueba puede ser obtenida de forma lícita, pero su producción se realiza vulnerando derechos o se produce sin la observancia de las reglas que para ello ha dispuesto la ley, como que se oferte como perito (Art. 375 CPCM) para que emita juicios especialidades y este no tiene ni la acreditación ni el conocimiento de ello, otro caso puede ser en la declaración de un testigo donde no se siguen las reglas de la técnica de la oralidad para ello y a la contra parte realiza objeciones (derecho de objetar Art. 368 CPCM) y sin embargo el juez las declara sin lugar, ello permite que al juicio se filtre

información la cual ha sido obtenida de quebrantando las formas esenciales del interrogatorio, ante ello el proceso se verá viciado por la producción ilegal de prueba, lo cual se debe alegar en segunda instancia por medio del recurso de apelación conforme al Art.510 Ord. 1°, además, conforme el Art. 523 Ord 12° es “practicarse un medio de prueba ilícito”

Entonces cuando las fuentes de prueba se han obtenido ilícitamente, infringiendo derechos no fundamentales, deben ser admitidas en el proceso, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda surgir de la ilicitud.⁷

1.3.2 Pertinencia de la Prueba

Establece el Art.318 CPCM “*No deberá admitirse ninguna prueba que no guarde relación con el objeto de la misma*” Viene referida, no tanto al medio de prueba en sí mismo considerado y entendido como actividad, sino cuanto al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto, y exige que ese hecho tenga relación con el objeto del proceso o, por lo menos, con el objeto del debate. Son también inadmisibles por impertinentes los medios de prueba que se propongan con el fin de probar hechos que no afectan al posible contenido del fallo de la sentencia, los hechos objeto de la prueba han de ser fundamentales, esenciales, relevantes, influyentes.

Para que un medio de prueba sea pertinente, debe de guardar relación, con el tema de prueba y dicha prueba debe de estar encaminada a comprobar uno o más elementos facticos de los cuales se compone el tema probandi, del proceso. Es impertinente la prueba que tiende a demostrar la buena conducta de un sujeto procesal, cuando lo que está tratando de demostrar es la cuantía

⁷ Sebastián Marcelo Midon, *Pruebas Ilícitas, análisis doctrinario y jurisprudencial*, 2ª ED. (Argentina: Ediciones jurídicas Cuyo 2002), 30-31.

de un presunto daño patrimonial.

1.3.3 Utilidad de la Prueba

La finalidad principal de la prueba es lograr el convencimiento en el juez sobre los hechos controvertidos, entonces la prueba útil será aquella que servirá para probar determinados hechos los cuales son objeto de debate en el proceso⁸. A contrario sensu, prueba es inútil cuando sobra, cuando no es idónea no en si misma si no que no presta ningún servicio al proceso pues solo se debe recaudar pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo, aquí se puede señalar que no se puede dar el lujo de recaudar pruebas que sobren, que sean redundantes o corroborantes.

La prueba sobre abundante puede ser también inútil, en algunos casos, si bien es cierto el juez no puede limitar el número de testigos ofertados por las partes, si puede limitar la declaración de estos cuando se encuentre suficientemente ilustrado sobre un punto, así lo dispone el Art. 361 CPCM la razón que la ley limite las declaraciones es atendiendo a la inutilidad de que se declare en repetidas ocasiones sobre el mismo hecho y además atendiendo al principio de economía procesal en lo que respecta a no dilatar innecesariamente el proceso. La prueba sobre hechos que la contraparte ha aceptado es inútil, pues, estos ya se tienen como verdaderos y sería inútil verter prueba sobre ellos.

1.4 Objeto de prueba

Una vez determinado qué es la prueba el paso siguiente consiste en

⁸Aroca. *Derecho Jurisdiccional II*. 270

preguntarse sobre en qué recae la prueba. Para obtener un resultado positivo en un proceso (desde el punto de vista del actor lo que se espera es una sentencia estimatoria de su pretensión y desde el punto de vista del demandado generalmente lo que se busca es una sentencia desestimatoria), son tres los elementos más importantes, 1- proposición fáctica lógica o simplemente los hechos 2- el derecho que donde se deben de sustentar los hechos, es decir que los hechos sean jurídicamente relevantes 3- la prueba, que sin esta los hechos no serían más que simples afirmaciones.

Es común confundir lo que se debe de entender por objeto de prueba y lo que es el tema de prueba. El objeto de prueba serán: las realidades que en general pueden ser probadas, con lo que se incluye todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva una consecuencia también jurídica⁹. Y más concretamente lo constituyen todas las afirmaciones realizadas por las partes sobre los hechos controvertidos y excepcionalmente, sobre las normas jurídicas. Todos los elementos contenidos en esta definición se encuentran integrados en el Art. 313 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Tema de prueba: es lo que debe de probarse en un proceso concreto para que el tribunal declare la consecuencia jurídica solicitada por una de las partes. Lo que debe probarse dependerá del tipo de pretensión que se establezca en la demanda, (en una demanda solicitando la reivindicación debe de probarse al menos tres cosas: primero que el demandante es el propietario, segundo que ha sido desposeído del pleno dominio de la cosa y tercero singularizar esa cosa, estos elementos constituirán el tema de prueba dentro del proceso).

⁹ Javier Larena Beldarrian, *“El Proceso Civil, Parte General El Juicio Verbal, y Ordinario”*, 2ª ED, (España: Dikynson, 2007) ,219.

A continuación realizaremos breves comentarios sobre los ordinales del Art. 313, CPCM los cuales constituyen el objeto de prueba en los procesos civiles y mercantiles dando mayor desarrollo al Ord. 3 ya que este es sobre el cual recae el objeto de esta investigación.

1.4.1. Alegaciones de Hechos

Los hechos constituyen uno de los elementos más importantes de la pretensión (*causa petendi*), ya que estos son los constituyen extractos de la realidad socio jurídica (ello porque son hechos que son producidos por la sociedad pero que tienen repercusión jurídica ya que por su acaecimiento u omisión hace que se produzcan consecuencias de derecho), de los cuales se ha generado un conflicto jurídico del cual se acude al juez para que dicte una resolución conforme a derecho¹⁰.

Es de aclarar que no todos los hechos serán objeto de prueba en un proceso civil. Conforme al principio dispositivo (Art. 6 CPCM) el proceso civil corresponde su iniciación a las partes, las cuales son las titulares de la pretensión que se funda, además el principio de aportación regulado en el Art. 7CPCM. *“Los hechos en que se fundamente la pretensión y la oposición que se conoce en el proceso sólo podrán ser introducidos al debate por las partes.”* Entonces conforme al Art. 313 Ord. 1° CPCM serán objeto de prueba, aquellos hechos que ha sido introducido por las partes al proceso por medio de la demanda o reconvención, sobre los cuales existe controversia.

De lo anteriormente dicho se puede concluir que, por un lado los hechos son introducidos al proceso por las partes lo que significa que bajo ningún

¹⁰ Beldarrian, *El Proceso Civil*. 222

concepto lo puede hacer el juez y por el otro que existen hechos de los cuales, que si bien es cierto han sido introducidos al proceso por las partes y son relevantes no es necesario que sean objeto de prueba, los cuales son:

1.4.2 Hechos Admitidos

Ya se hizo mención al principio del trabajo sobre la aportación que rige el proceso civil, y que bajo este principio es que opera la exclusión de prueba sobre hechos que han sido afirmados por una de las partes y admitidos por la contraria; por razones de utilidad de la prueba no serán objeto de prueba ya que al ser admitidos por una de las partes se ha quedado fija la conformidad de tenerlos como ciertos por ambas partes.

Los hechos son introducidos exclusivamente por las partes, son extractos de la realidad, los hechos deben de demostrarse ya sea en la demanda o en la contestación de la demanda, que es la primer oportunidad del demandado de participar en el proceso este debe de pronunciarse sobre los hechos que se formulan en su contra (Art.284 inc. 2° del CPCM,), ya sea admitiéndolos o negándolos.

Si el demandado admitiera todos los hechos no será necesario una audiencia probatoria y el juez y el juez, pasara a dictar sentencia, conforme al Art.131 CPCM, puesto que estaríamos en presencia de una de las formas anormales de terminación del proceso, el cual es el allanamiento. Respecto de los hechos no controvertidos debe de entenderse que no cabe la realización de la actividad probatoria; la prueba referida a los hechos no controvertidos es siempre inútil al igual que a los hechos que no sean relevantes al proceso (en un proceso de prescripción adquisitiva el demandante quiere probar que por ser hermano del demandado tiene derecho y quiere probar el vínculo filial, en

proceso de prescripción, esas afirmaciones fácticas no son para nada relevantes)¹¹.

En la misma situación debe entenderse que se encuentran los hechos admitidos tácitamente, es decir sobre aquellos hechos que el demandado no se pronunció de ningún modo, ya sea admitiéndolos o negándolos en la contestación de la demanda, el silencio o respuestas evasivas sobre hechos que le sean perjudiciales se tendrán como admitidos tácitamente y exentos de prueba por quedar establecidos como verdaderos. A ello se refiere el Art. 284 Inc. 3° del CPCM.

1.4.3. Hechos Notorios

La figura del hecho notorio ha sido introducido en el Art. 314 Inc. 2°, la determinación conceptual de dicha figura no resulta ser sencilla, se ha llegado a sostener que el hecho notorio o como el código lo establece hechos de notoriedad general, es un concepto jurídico indeterminado, siendo este el que usa la ley pero que no se especifica su alcance siendo imprecisos los supuestos de hechos. Y que de forma abstracta no es posible establecer con claridad su significado, es pues que para lograr su precisión es necesario encontrarse en un caso concreto, en el cual la determinación sea necesaria¹².

Si bien, es cierto los conceptos jurídicos indeterminados son más comunes en las leyes administrativas, existen en distintas disposiciones de diferentes normas, por regla general los conceptos jurídicos indeterminados son inconstitucionales ya que atentan contra el principio de legalidad y de

¹¹Aroca, *Derecho Jurisdiccional II*. 255.

¹² Acerca del tema "Los conceptos jurídicos indeterminados", puede consultarse a Dr. Henry Alexander Mejía en, *Manual de Derecho Administrativo*, primera edición, editorial cuscatleca, 2014 Pág. 289.

seguridad jurídica ya que dan libertad al aplicador de justicia interpretar y otorgar un alcance, que la ley no le ha dado, sin embargo la constitucionalidad de estos conceptos es aceptada siempre y cuando dicho concepto pueda ser determinable al encontrarse en un caso concreto.

Los hechos notorios serán aquellos que por gozar de consenso y conocimiento de una población determinada se tienen aceptados como existentes, y de notoriedad general, o ya sea porque la ley le ha otorgado a ciertos hechos la categoría de notoriedad. Esta definición será de utilidad para poder establecer una diferenciación entre el hecho notorio y el hecho evidente que se encuentra regulado en ordinal 3° del Art. 314 CPCM.

Un ejemplo de un hecho notorio, al cual la ley le ha dado dicha calidad lo encontramos en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, al referirse a los signos distintivos notoriamente conocidos en el Art. 2 lit. b, dicha ley lo define:

Signo distintivo notoriamente conocido: un signo distintivo conocido por el sector idóneo del público o en los círculos empresariales afines al mismo, como perteneciente a un tercero, que ha adquirido dicha calidad por su uso en el país o como consecuencia de la promoción del mismo.

Signo distintivo famoso: es aquel signo distintivo que es conocido por el público en general, en el país o fuera de él¹³. Hay que tener en cuenta que: el hecho notorio está exento de prueba no porque se tenga como verdad sino porque un grupo de personas que representa un concertaje importante en la población lo tiene como verdadero.

¹³Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, D.L. N° 868, Del 16 de junio del 2002, D.O. N° 125 tomo 356.

Los hechos notorios tienden a serlo por razones históricas o por ser hechos que se han gozado de aceptación por la población pero eso no significa que estos sean inmutables en el tiempo y se establezcan como una verdad universal, estos con el tiempo y por razones de avances científicos pueden perder esa notoriedad.

Los hechos notorios son establecidos en lugares determinados geográficamente y el juez solo puede eximir de prueba un hecho que sea notorio en donde ejerce jurisdicción.

1.4.4 Hechos Evidentes.

Son aquel conjunto de hechos, que por tener permanencia en el tiempo se vuelven conocidos por toda la población o una gran mayoría de ella, y además se consideran como verdaderos. Los hechos evidentes se caracterizan por pertenecer al conocimiento cultural de una colectividad ya sea a nivel nacional o internacional, en cuyo caso no es necesario que dichos hechos sean probados pues el juez por formar parte de esa colectividad lo conoce; así como aquellos hechos que son de conocimiento de un grupo de personas en virtud de su profesión u oficio.

La utilidad de identificar este concepto procesal, aparte de excluirlo como objeto de prueba, radica sobre todo en que este tipo de juicios, son los que sirven para guiar al juez en el proceso valorativo de la prueba practicada a otorgar más o menos credibilidad al resultado que arrojan los distintos medios de prueba, siendo que tales máximas enlazan con el principio de normalidad de las cosas. Una de las diferencias del hecho notorio y el evidente es el nivel de asunción y conocimiento que dicho hecho goza en un espacio territorial

determinado, es pues que los hechos notorios se circunscriben generalmente a un territorio reducido siendo por regla general donde el juez ejerce su jurisdicción además por una población reducida en un país determinado¹⁴.

No siendo así los hechos evidentes aquellos que gozan de un conocimiento general y aceptado en población que va más allá de un país determinado, siendo así que la aceptación como verdad de ese hecho es más universal los cuales llegan a conocimiento de las personas generalmente por los diferentes medios de comunicación que son los difusores de estos acontecimientos. Por ejemplo de un hecho evidente es que el presidente de los Estados Unidos es Barack Obama, así como es evidente que en El Salvador el idioma oficial que se habla es el español. Al texto del Art. 2 Lit. C de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos la marca famosa es un hecho evidente, que está exento de prueba, pero es distinto si lo que se disputa es la titularidad de esa marca, entonces, lo que deberá probarse es que dicha marca si es conocida por el conglomerado social.

1.4.5 La Costumbre

Se puede decir que la costumbre es el conjunto de actos realizados por los seres humanos, que permanecen en el tiempo los cuales se vuelven repetitivos y constantes. Por regla general la costumbre es objeto de prueba máxime cuando la ley le ha otorgado el grado de fuente de derecho, tal como lo hace el Código de Comercio en el Art. 1. Además conforme el Art. 313 Ord. 3° la costumbre será objeto de prueba siempre y cuando las partes no se pongan de acuerdo a su existencia y contenido, entonces no será objeto de

¹⁴Tanya Guadalupe Solano Melara “*Necesaria Incorporación De Procedimientos Especiales De Reconocimiento Y Declaración De Marcas Notorias En La Ley De Marcas Y Otros Signos Distintivos*” (Tesis para obtener el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2011) 60-61.

prueba, siempre y cuando las partes acepten su existencia y sus normas no afecten el orden público, a ello básicamente se refiere el Art 314 Ord. 3° del CPCM, el cual debe de ser entendido como la excepción a la regla general que la costumbre es objeto de prueba.

Difícilmente, la costumbre, constituirá el objeto principal de debate en un proceso, pero si puede ser importante probarla cuando la determinación de esta influya en la pretensión principal. Por ejemplo, las conductas de personas muchas veces dependen en relación a aspectos culturales, en un caso que la realización de un acto u otro responda a aspectos culturales, para lograr una eximente de responsabilidad será necesario que se pruebe la cultura.

1.4.6 El Derecho Extranjero.

Una de las máximas procesales que se le impone al juez es que el juez conoce el derecho “iura novit curia”,¹⁵ entonces si la ley presume que el juez conoce el derecho, al establecer en el Art. 218 CPCM *“El juzgador podrá emplear los fundamentos de derecho o las normas jurídicas que considere más adecuadas al caso, aunque no hubieran sido invocados por las partes.”* El Art. 536 del CPCM impone al juzgador la obligación de conocer las normas jurídicas al establecer *“el tribunal de casación está vinculado al fallar por los motivos invocados en razón de los argumentos jurídicos que hubiera presentado el recurrente; no obstante, dentro de los anteriores, podrá resolver con la aplicación de otras normas y fundamentos que estime pertinentes, aunque no coincida con los del recurrente”* se suele pensar que las normas a las cuales el juzgador está obligado a conocer son las nacionales que forman

¹⁵ Iura novit curia es una aforismo latino, que significa literalmente "el juez conoce el derecho"

parte del sistema normativo desde la constitución, pasando por los tratados internacionales, las leyes secundarias reglamentos, ordenanzas, circulares etc. y no las de otros Estados.

Entonces cuando en un proceso que sea necesaria la aplicación no solo del derecho nacional sino el extranjero, por tener estas normas íntimas relación con la pretensión, es necesario que la vigencia y contenidos de esas normas queden fijados dentro del proceso lo cual únicamente se puede lograr por medio de pruebas. Entonces cabe preguntarse qué prueba será la idónea (principio de pertinencia de la prueba) para probar el Derecho Extranjero, y a quien debe de corresponder la carga de la prueba.

Conforme al Ord. 3° del Art. 313 CPCM el tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para asegurar su conocimiento. Y el Art. 315 CPCM establece que las partes que sustente su pretensión en nomas de Derecho Extranjero deberán de probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación.

A raíz de lo que los artículos antes mencionados establecen, surgen dos dudas, primero ¿cuál es el medio de prueba pertinente para probar el derecho extranjero? Y ¿A quién corresponde probar el Derecho Extranjero, a las partes exclusivamente o el juez puede hacerlo de forma oficiosa? No es simple responder dichas interrogantes, doctrinariamente ha surgido distintas posiciones, han surgido teorías.

Una de las teorías es la llamada teoría realista, la cual considera que el Derecho Extranjero es asimilable a los hechos y conforme el principio de aportación es exclusivamente a las partes que corresponde la prueba. En

contraposición a la teoría realista o del hecho surge la teoría normativista, la cual propugna que el Derecho Extranjero, es derecho como tal, y que su prueba puede ser diligenciada aun de forma oficiosa por el juez, utilizando los medios de prueba que este considere pertinentes.

No se profundizará más en estas dos teorías ya que estas constituyen el contenido del capítulo II de este trabajo, las cuales en su momento analizaremos a más profundidad.

1.5 La carga de la prueba

Establecido lo que se debe de probar es decir el objeto de la prueba es lógico ahora preguntarse a quien corresponde probar. La respuesta a ello, de forma genérica no plantea un gran dilema ya que el principio de aportación de parte Art.7 CPCM, es categórico en mencionar que es a las partes las que les corresponde aportar los hechos al proceso y la prueba que ha de recaer sobre esos hechos¹⁶. Aportación de Parte y Adquisición Procesal, la carga de la prueba no es, determinar a quién corresponde probar, sino más bien las consecuencias jurídicas en el proceso sobre la falta de prueba a quien correspondía probar. Para Montero Aroca la teoría de la carga de la prueba adquiere su verdadero sentido cuando se la contempla desde el punto de vista final del proceso. No trata de determinar a priori que hechos deben ser probados por cada parte, cuando de establecer la falta de prueba de los hechos.¹⁷

¹⁶ En materia penal esta institución tiene un tratamiento muy distinto ya que el ejercicio de la acción penal le corresponde a la fiscalía general de la república.

¹⁷Thema Esperanza Alfaro Perdido, "*Los Límites Constitucionales del Juez con Competencia en Materia Civil y Mercantil en la Iniciativa Probatoria*", (Tesis para obtener el grado de Maestra Judicial, universidad de El Salvador, San Salvador, 2013), 177-174.

Las partes aportan al Juez los hechos en que basan sus pretensiones, o sus excepciones, referidos a acontecimientos pasados. El Juez, es un historiador, ya que sus sentencias deben basarse en los relatos que le hacen las partes y en las pruebas que éstos aportan. La regla sigue siendo, dentro de nuestro proceso, que son las partes quienes tienen que aportar la prueba de los hechos que solo ellos conocen. Lo que nos remite a la noción de la carga de la prueba, cuyo estudio pertenece a la teoría general del derecho y a la teoría general de la prueba, según la cual ella integra una de las situaciones jurídicas.¹⁸

El principio de aportación de parte según nuestro derecho procesal sirve para determinar que son estas las partes, las que tienen la carga de probar los hechos introducidos al proceso, pero el principio de aportación no nos dice cómo debe distribuirse la carga de la prueba, entre las partes. Es decir que el principio de aportación únicamente lo que hace es fijar una limitante para el juez para que no pueda introducir prueba de forma oficiosa.

El juez al final del proceso, al momento de dictar una sentencia se encontrará con 3 posibles resultados.

- i. Los hechos, alegados por una de las partes existió, ya sea porque la prueba aportada por el demandante lo confirma, o porque la prueba de descargo del demandado lejos de desvirtuar los hechos los confirma-ello porque rige el principio de comunidad de la prueba (se alegó la nulidad de un contrato y se ha probado por el demandante que existieron casusas de nulidad).
- ii. El hecho alegado no existió, la parte demandante no fue capaz de

¹⁸Cámara Tercera De Lo Civil De La Primera Sección Del Centro (28 de enero de 2011, REF-187-SMQM-10)

probar la existencia de los hechos alegados (no se pudo demostrar que el contrato adoleciera de una causa de nulidad).

- iii. El hecho no ha llegado a ser probado, poniendo al juez en un estado de duda. (Tanto el demandante no pudo probar la existencia de una causal de nulidad y el demandado no pudo desvirtuar la falta de nulidad alegada).

Se encuentra el juez en un verdadero problema en este último caso, ya que, tiene que dictar sentencia, es en este caso donde, podemos ver que la importancia de la carga de la prueba no es determinar si les corresponde a las partes sino determinar las consecuencias ante la falta de prueba de un hecho. Ya que el juez no puede dejar de resolver y ante la falta de prueba deberá determinar a quién le afectará, es decir, decidir si absuelve o condena.

Se comparte la posición de Montero Aroca, en la cual se dice que la carga de la prueba se resuelve en quien debió probar, una teoría que cobra mayor fuerza es la que dispone que la carga de la prueba deba de ser dinámica y deben de aportar aquellas que tengan la disponibilidad de la prueba. Resulta así dice Aroca, pues, que la doctrina de la carga de la prueba produce efectos en dos momentos distintos y con referencia a diferentes sujetos:

1° En relación al tribunal sirve para que, en el momento de dictar sentencia y ante un hecho no probado, decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba. En principio la sentencia será desfavorable a aquella parte que pidió un efecto jurídico establecido en la norma cuyo supuesto de hecho no se probó.

2° Respecto de las partes la doctrina sirve, y en la fase probatoria del proceso, para que sepan quién debe probar un hecho determinado.¹⁹

¹⁹Aroca, *Derecho Jurisdiccional II*. 263-264

1.6 Los Medios de Prueba.

De entre los medios de prueba, el de mayor importancia en consideración a la frecuencia y magnitud de su uso en el proceso civil y mercantil, es el relativo a los documentos. Ello obedece a que en el tráfico jurídico se siente la necesidad de fijar, normalmente por escrito, los términos precisos del negocio jurídico celebrado, con objeto de dejar constancia de su existencia y de asegurar su exacto cumplimiento. Por eso decía Carnelutti que el proceso civil es el reino del documento, mientras que el proceso penal lo es del testigo.

1.6.1 Prueba Documental

Sobre el tema de prueba pre constituida, ciertamente se refiere a la prueba documental, ya que esta, existe antes de la concurrencia del proceso mismo, y los documentos, que serán muchas veces presentados al proceso, no nacen precisamente con el fin de ser prueba, sino para darle validez a actos jurídicos materiales y no procesales, así por ejemplo, un testimonio de escritura pública de compraventa de inmueble, del mismo modo un testamento es la última manifestación de voluntad de una persona, y no se formaliza en razón de ser prueba en proceso.

El documento puede referirse a una declaración de ciencia o de voluntad. En el primer caso conlleva una declaración de conocimientos y en el segundo de voluntad. Igualmente puede ser constitutivo cuando se exige para que surja el Derecho, y en este caso, es contemporáneo de él, o meramente probatorio, si la forma escrita es exigida como medio de prueba.

Siendo este un acto revestido de solemnidades para su validez es necesario que se otorgue este en un documento público. En ese sentido documento es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento²⁰. La prueba documental no se limita a los instrumentos (públicos y privados), que son las formas de representación del pensamiento mediante la escritura, sino que incluye también las de las demás cosas que sirven para representar hechos²¹.

1.6.2 Documentos e Instrumentos

Dentro de los medios de prueba que se establecen en el Código Procesal Civil y Mercantil la documental es la primera la cual se regula en la sección primera del capítulo cuarto, cuya regulación está comprendida desde el Art. 331 hasta el 343. Necesario es realizar una diferenciación entre el documento y el instrumento dada la errónea regulación que el código les ha otorgado, es pues que la sección esta titulada “documentos” y el acápite del Art. 331 CPCM inicia diciendo “instrumentos”. En el Código Civil, la clasificación de los instrumentos era tripartita, se tiene instrumentos privados, públicos y fehacientes, así lo dispone el Art. 1570 CC. No obstante esta clasificación ya no es aceptada y ha sido superada con la postura que asume el Código Procesal Civil y Mercantil de clasificarlos, únicamente en públicos y privados.

²⁰ Así el artículo 1605 inciso segundo del código civil literalmente dispone: *La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se hayan otorgado en escritura pública.* Del mismo modo la ley ha dispuesto que tipos de actos o negocios jurídicos deben de constar siempre por escrito, y, de no hacerlo, procesalmente existe una sanción, se refiere a aquellos actos que el valor de la cosa entregada o prometida sea mayor a doscientos colones y de adolecer de esa característica se sanciona que en un proceso no se le será admitida la prueba testimonial. Ello por así disponerlo el Art. 1579, 1580 y 1582 todos del código civil.

²¹Aroca, *Derecho Jurisdiccional II* .290.

Montero Aroca, define al documento como el objeto material susceptible de ser aportado a un proceso, en el que consta por escrito una declaración de voluntad o de conocimiento, o la expresión de una idea o pensamiento, o la exposición de una experiencia, efectuadas por una o varias personas. Por instrumento podemos entender aquel tipo de documento, en el que mediante textos se ha estampado un hecho o acto.

Podemos decir que el documento es el género y el instrumento la especie en el Art. 343 CPCM cuando debió referirse a documentos. De tal modo que un instrumento siempre en su contenido existirá una declaración ²²en texto en escritura, por el contrario en un documento no necesariamente, un documento puede ser una imagen, fotografías recortes de periódicos, planos mapas etc.²³.

La importancia de la diferenciación no es meramente académica, sino también práctica, ya que el valor probatorio de los instrumentos no es mismo que el que se le otorga a los demás documentos, debe recordarse que el CPCM ha optado por una dualidad de sistemas de valoración de la prueba, como lo es la sana crítica y la prueba tasada. Conforme al Art. 416 CPCM *“el juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme las reglas de la sana crítica.”*

No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado el Art. 341 CPCM estipula el valor probatorio únicamente de los instrumentos, nada dijo el artículo sobre aquellos documentos que no fuesen instrumentos, es así que a los instrumentos públicos hacen prueba

²² la utilización de instrumento y documento indistintamente es criticado por la doctrina.

²³ Saúl Ernesto Morales, “Los Medios Probatorios” (El Salvador: Universidad de El Salvador, San Salvador 2008). P 77

fehaciente y en el inciso segundo se refiere a los documentos privados y hacen plena prueba siempre y cuando no sean impugnados de falsedad y se valoraran conforme las reglas de la sana critica si se impugnaron pero no se demostró la falsedad.

Nada se dijo sobre aquellos otros instrumentos a los que se ha referido el Art. 343 CPCM como los dibujos, fotografías, mapas etc. Estos documentos se valoraran bajo el mismo criterio del que se les ha otorgado a los instrumentos privados y no como el Art. 416 lo ha establecido que conforme a la prueba tasada.

La duda puede surgir cuando estos documentos han sido expedidos por funcionario público, como por ejemplo un mapa o plano expedido por la OPAMSS o catastro, ya que conforme al Art. 331 y 341 solo los documentos se valoraran conforme la prueba tasada.

Los procesalistas son del criterio que cuando un documento haya sido expedido por funcionario público en el ejercicio de su función y su autenticidad no sea impugnada debe de valorarse conforme las reglas de la prueba tasada, puesto que el Art. 341 CPCM por el error sobre la diferenciación entre documento e instrumento solo se refiere a instrumentos cuando es aplicable perfectamente a los documentos también.

1.6.3 Instrumentos Públicos y Privados

Según el Código Procesal Civil y Mercantil, los documentos pueden ser de dos tipos: públicos y privados. Los instrumentos públicos son los expedidos por notario, que da fe; y por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Y los instrumentos privados son aquellos cuya autoría es

atribuida a los particulares. También se considerarán instrumentos privados los expedidos en los que no se han cumplido las formalidades que la ley prevé para los instrumentos públicos. Conforme al Art.332 Inc.2° CPCM.

La diferencia existente entre el Código y la antigua regulación que constaba en el Código de Procedimientos Civiles es que éste último dividía los instrumentos en públicos, auténticos y privados, en todo caso dicha clasificación no solo depende de lo dispuesto en el Código, sino de lo que se establezca en la Legislación Civil y Administrativa. La importancia de esta diferenciación radica en el valor probatorio de uno u otro, dado que, los documentos privados se valoran conforme las reglas de la sana crítica si han sido impugnada su autenticidad, en cambio los documentos públicos hacen plena prueba y se valoran conforme las reglas de la prueba legal o tasada, puede verse el art. 341 CPCM.²⁴

1.7 Declaración de parte

El interrogatorio es una de las etapas más importantes, comprendidas en la audiencia probatoria, este constituye la producción de la prueba de las declaraciones tanto de las partes como de los testigos sobre estos últimos nos referiremos más adelante. A la actividad procesal, mediante la cual se realizan preguntas formuladas conforme la ley lo ordena, a una de las partes para que esta responda, para lograr la acreditación de existencia sobre determinados hechos de los cuales se cree que ella tiene conocimiento es a lo que se le llama declaración de parte. Una de las características de esta prueba es que, quien declara debe de ostentar la calidad de parte en el proceso, no necesariamente que esta persona haya estado físicamente presente en todas

²⁴ En muchas legislaciones viene cobrando fuerza una teoría diferente en virtud de la cual tendrá la carga de probar algún hecho, aquella de las partes que se encuentre en un situación más favorable con respecto a la prueba o a la situación que se desea comprobar.

la actividad procesal puesto que, la función del abogado es representar en el proceso y actúa en nombre de esta, pero en la declaración de parte es uno de los casos donde el abogado no puede actuar en nombre de su representado.

1.8 Sujetos Declarantes

Personas físicas en este caso se está en presencia de un sujeto de la especie humana, para ello se debe de realizar la distinción:

Declaración de propia parte: Lo constituye el actor, o demandante, o en caso de existir reconvenión el desconveniente, la declaración de parte, surge el problema que si no se tiene cuidado con la información que se espera introducir al proceso, por culpa del mismo actor se puede perder un caso ya que, frente al contra interrogatorio este está obligado a responder y es ahí donde se puede filtrar información que perjudica al mismo actor.²⁵

Declaración de parte contraria: Será la declaración, que se solicita de la parte contraria al proceso, es decir del demandado o en caso de reconvenión, el reconvenido. Un aspecto importante a resaltar, son las presunciones que la ley realiza en torno a ello, dice el “Art. 351CPCM.- *“La negativa del interrogado a responder podrá ser considerada como reconocimiento de los hechos n que hubiera intervenido y que fueran perjudiciales para aquéllos a los que se refieran las preguntas”*”.

Otro caso es lo que dispone el Art. 347 CPCM en la segunda parte del inc. 1° el cual dispone *“Si la parte citad para ser sometida al interrogatorio en*

²⁵Kevin Allein Alfaro Gaitán, *“La Declaración de Parte Como Novedad del Código Procesal Civil y Mercantil”* (trabajo De grado para obtener el grado de Licenciado en ciencias jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2011), 72

audiencia, no comparece sin justa causa, se tendrán por aceptados los hechos personales atribuidos por la contraparte, salvo prueba en contrario”.

Personas jurídicas estas son una ficción jurídica, materialmente no es posible que estas tengan existencia, es por ello que se hacen representar por una persona física, la cual es su representante legal, es quien debe de comparecer para responder las preguntas que se le formulen.

Quien comparezca como parte representando a una persona jurídica debe de estarse a lo dispuesto en el Art. 346 Ord. 2°, es decir que será parte otra persona distinta del representante legal actual de una persona jurídica cuando, se deseen acreditar hechos cuando era otra la representante legal.

La parte declarante tiene dos cargas, la primera es la de comparecer. La parte debe comparecer personalmente ante el órgano jurisdiccional para responder a las preguntas que se le formulen. Caso no lo haga opera la presunción del Art. 351 CPCM a la que ya nos hemos referido²⁶.

La segunda es la de contestar. Salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, o responder preguntas que auto incriminen sobre la concurrencia de un delito la parte llamada a declarar debe responder las preguntas pertinentes que se le formulen, y si se negare a hacerlo, se consideraran como reconocimiento de los hechos. Conforme al Art. 351 CPCM.

Lo relativo a la producción de la prueba en caso de declaración de parte es decir a todo lo relativo a la forma de las preguntas, se tratará cuando se

²⁶ En el proceso penal se establecen otros requisitos, y obligaciones.

desarrolle la prueba testimonial, lo cual es aplicable tanto para el interrogatorio de las partes como para testigos.

1.9 Prueba Testimonial

Se puede definir siguiendo a Motero Aroca²⁷ como: *La prueba de interrogatorio de testigos consiste en la declaración que una persona ajena al proceso realiza dentro del mismo, respondiendo a las preguntas que se le formulen por las partes y por el tribunal sobre hechos relevantes para lo que sea objeto del juicio, de los que haya tenido conocimiento previo, bien por haberlos presenciado, bien por saberlos de referencia, dando la razón de ciencia de sus dichos.* Sobre la forma de las preguntas a pesar de ser uno de los temas de mayor importancia dentro de las técnicas de oralidad y de las etapas más determinantes del proceso, no podemos en este momento realizar un desarrollo exhaustivo, nos referiremos a aspectos generales:

1- las preguntas deben de realizarse de forma oral, y de forma espontánea²⁸, (Art.348 CPCM) en la práctica no se les permite a los litigantes que tengan un guion o preguntas escritas, las cuales vayan leyendo, una excepción a lo anterior lo puede constituir en el caso que se realiza un interrogatorio domiciliar en el cual se debe de entregar por escrito las preguntas que se realizaran, ello de conformidad con el Art. 342 inc. 2°.

2- Las preguntas deben de formularse acorde lo ordena la ley. La forma de realizar las preguntas no es libre, la ley de forma negativa regula aquellas preguntas que no se pueden formular. Así dice el Art. 348 que se evitaren las preguntas que contengan valoraciones, sugerencias, calificaciones o

²⁷ Aroca. *Derecho Jurisdiccional II*. P 75

²⁸ Por regla general no es permitido que las preguntas sean leídas.

cualquier otra clase de indicación o comentario que pueda dirigirla contestación.

Entre tantas, las preguntas que deben de evitarse son; las compuestas, narrativas, las impertinentes, las negativas, sugestivas, las que hacen al testigo a emitir opinión, etc.²⁹.

Cuando se trató el tema de la licitud de la prueba se dijo la ilicitud no se puede dar únicamente en su obtención sino en la forma de producción de la prueba, ante la formulación de preguntas incorrectas el derecho que se le asiste a la contraparte es la de objetar, lo cual es una forma de impedir que se filtre información al juicio, ello de conformidad al Art. 407. CPCM.

La diferencia fundamental entre la declaración de un testigo y la de propia parte, radicará en el interés que estas tengan en el resultado en el proceso, y eso pone en duda la imparcialidad con que las declaraciones que en la audiencia se viertan, puesto que, el interés de la parte en el proceso siempre será obtener una sentencia favorable, en cambio.

El único interés (al menos eso presume la ley), del testigo es declarar de los hechos que tiene conocimiento y en nada le afectan los resultados del proceso.

1.10 Requisitos para ser Testigo

Capacidad jurídica: A este requisito se refiere el Art. 355 CPCM, cuando dice que podrá ser testigo cualquier persona, salvo los que estén permanente

²⁹ Alfaro. *La declaración de parte*. P. 78

privados de la razón, o del sentido indispensable para tener conocimiento de los hechos que son objeto de prueba³⁰.

Sobre la incapacidad legal, ha establecido el Código Civil en artículo 1,318 que son absolutamente incapaces, los dementes, los impúberes y los sordos que no puedan darse a entender de manera ineludible, este artículo se refiere a la incapacidad por motivos de condición mental, física y por la edad, a pesar que el código civil ha establecido que la incapacidad es absoluta, debe de entenderse que el Art. 354 del CPCM constituye una excepción y podría existir un conflicto entre el Código Civil y el CPCM pero, debe de recordarse que el Código Procesal Civil y Mercantil es ley especial y jerárquicamente prevalece sobre el Código Civil y este debe ser aplicado preferentemente.

Lo anterior es porque, existen personas con problemas mentales que tienen momentos de lucidez mental, y si se encontrasen en un estado de lucidez al momento de presenciar hechos y al momento de declarar dicho testimonio es totalmente permitido. Distinto es cuando una persona ya ha sido declarada judicialmente interdicto en ese caso, no es posible que declare, ya que no tiene la capacidad para ejercitar ningún acto jurídico.

El segundo aspecto es lo relativo a la edad, el Art. 26 del CC. hace distinciones legales, en niño adulto, menor adulto e impúber, dicho artículo debe de entenderse derogado tácitamente (conforme al Art. 50 del CC), por el art. 3 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (LEPINA) en cual se establecen únicamente dos n categorías, niño o niña y adolescentes siendo los primeros los comprendidos entre los doce años hasta la concepción y los

³⁰ Javier Antonio Flores Orellana et al, "*Aplicación Supletoria en el Proceso de Familia del Medio de Prueba Denominado Interrogatorio de Testigos, Regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil*".(Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador- 2012), 68-69.

adolescentes desde los trece años hasta antes de cumplir dieciocho, pudiendo tener capacidad para declarar.

Conforme el Art. 355 inc. 2° los menores de doce años siempre que se demuestre que tengan el suficiente discernimiento, lo cual, a nuestro juicio puede quedar establecido para el juez, cuando este realiza un interrogatorio de identificación del testigo, conforme el Art.364 CPCM, pudiendo el menor responder, lo cual queda excluido un testigo que por su corta edad no pueda darse a entender por no haber desarrollado el lenguaje, entonces lo que debe de tenerse en cuenta al momento de declarar un niño o niña es su desarrollo mental determinando su nivel de discernimiento, para poder declarar.

Lo afirmado, es valioso por que un juez, a priori no puede rechazar un testigo por su minoría de edad, la prueba de ser admisible y luego después del previo examen que obliga el Art. 364 del código al juez se puede determinar si el testigo

Otro aspecto importante a resaltar, en caso de declaraciones de menores de edad, es el cuidado que deben de tener los litigantes al momento de formular las preguntas del contra interrogatorio, evitando intimidar o causar miedo al menor, para ello la doctrina recomienda que la declaración se haga bajo el auxilio de un psicólogo. A diferencia del proceso penal, en el proceso civil está totalmente prohibido el testigo de referencia, el Art. 357 CPCM lo prohíbe categóricamente entonces, cuando se ofrezca un testigo que no tiene conocimiento de los hechos por no haberlos percibidos personalmente no podrá ser admitido. Así, el juez debe de rechazar dicha proposición probatoria en la audiencia inicial, Art. 317Codigo Procesal Civil y Mercantil.

1.11 El Interrogatorio

El interrogatorio, quizá constituye una de las etapas más importantes para en la audiencia probatoria, ya que es el momento en el cual el litigante puede lograr un convencimiento al juez de la concurrencia de los hechos o no. Pasado el interrogatorio de identificación al testigo realizado por el juez (Art. 364 CPCM), se procede a la formulación de las preguntas, las cuales no están a la libre formulación por el litigante, sino que la ley ha dispuesto la forma en que deben de hacerse.

1.12 Prueba Pericial

La Prueba Pericial o Prueba por Peritos “es el medio de prueba consistente en la actividad procesal desarrollada a instancia de las partes en virtud de la cual una o varias personas expertas en materias no jurídicas elaboran y transmiten al tribunal un dictamen o exposición ordenada de información especial dirigida a permitir a éste el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes en el proceso”.

Según Canales Cisco, la Prueba Pericial es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen 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 los mismos, a fin de formar la convicción del Magistrado, siempre que para ello se requieran esos conocimientos. La prueba pericial tiene por finalidad la obtención de un juicio de experiencia especializado con el cual se pretende el conocimiento o interpretación de los datos de la realidad, necesarios para

resolver la pretensión deducida³¹, con base a la sana crítica. Cabe destacar la importante innovación implementada por el Código Procesal Civil y Mercantil con respecto a la prueba pericial, la cual puede ser extrajudicial o judicial, equiparándolas a ambas en un plano de igualdad, destacándose la clara voluntad de la ley de reducir en principio, la intervención de los peritos a uno solo, siendo la designación de más de un perito un caso de excepción.

Así mismo retoma de la anterior legislación, la figura de la recusación del perito en caso dado exista sospechas fundadas y comprobables de la falta de imparcialidad o idoneidad del perito, como poner de manifiesto si existe alguna relación de parentesco o de amistad o de enemistad con alguna de las partes entre otros, pues no parece lógico que baste con la mera denuncia del motivo.

Con relación a la valoración de este medio de prueba, el Art. 389 CPCM., claramente expone que el informe pericial será valorado con base a las reglas de la sana crítica, es decir, como una valoración libre pero racional y motivada de la prueba, tomándose en cuenta desde luego, la solidez intrínseca del dictamen, la seriedad de la exposición, la metodología empleada y de sus resultados.

Mediante el Peritaje se verifican hechos y se establecen sus características y modalidades, sus calidades, sus relaciones con otros hechos, las causas que lo produjeron y sus efectos. Necesario es que para que reconsidere peritaje se debe de contar con una persona con conocimientos especializados.

En las cuestiones técnicas el criterio o dictamen del Perito no puede y normativamente no debe, sustituir ni vincular la valoración del Juez, quién será

³¹Oscar Antonio Canales Cisco, *Derecho Procesal Civil Salvadoreño*, (Unidad técnica del sector Justicia. 2009),145.

siempre libre de decidir según su convicción, con la sola obligación de dar a la decisión una adecuada motivación. En cualquier caso, el nivel de competencia del Perito termina donde comienza la valoración del material propiamente jurídico de la causa, siendo esta materia atributo exclusivo del Juez.

Algunos juristas consideran que la Peritación no es un Medio de Prueba, sino una forma de completar la cultura y los conocimientos del Juez, de suministrarle un elemento o instrumento de juicio que consiste en las reglas técnicas de la experiencia, que integran su concepto. Dicha tesis se considera equivocada, porque equivale a olvidar que el perito generalmente verifica hechos y le suministra al Juez el conocimiento de éstos, bien sea, con su solo concepto o en concurrencia con otras pruebas.

Además, así como el carácter de Auxiliar de la Justicia y del Juez, que tienen los Testigos y los Funcionarios Administrativos que suministran certificaciones o informes, de indudable valor probatorio no impide considerar como pruebas al Testimonio, al Certificado o al Informe que rindan o expidan, tampoco la naturaleza jurídica de auxiliar o colaborador del Juez y de la Justicia, que la doctrina moderna le reconoce al perito, puede ser impedimento para que el dictamen que rinda, es decir, la peritación, sea un Medio de Prueba.

Lessona³² afirma que el objeto de la prueba pericial como el de las pruebas simples es el hecho no el derecho afirma que el objeto de la Prueba Pericial, como el de las pruebas simples, es el hecho, no el derecho. Las partes pueden producir y alegar en los autos opiniones de jurisconsultos, abonando la tesis que defienden; mas no podría nunca el Juez recurrir a los Peritos para oír su

³²Carlo Lessona, *Teoría general de la prueba en el derecho civil. (Argentina: Reus Sa :2003)*, 467.

opinión en una cuestión de Derecho. Solo en caso de que el derecho controvertido fuese extranjero o consuetudinario, se podrá recurrir a dicho Peritaje.

Schiaffino establece que, “lo que se obtiene a través de la Pericia no es el objeto sobre el cual se opera, sino la explicación de éste. Explica que, la fuente de prueba está dada por la materia sujeta a peritación, el medio de prueba por el perito y su dictamen.” A demás de referirse que son las conclusiones que el experto obtiene con la práctica del acto pericial los que se introducen al proceso como elementos probatorios todos por medio de su informe³³.

En cuanto a la clasificación de este medio de prueba Echandia³⁴ realiza una clasificación, la más aceptada y aplicable al Derecho Procesal Salvadoreño. El cual sostiene que la clasificación de las peritaciones y de los peritos depende del punto de vista que se adopte para considerarlos, y para ello este autor hace una clasificación bastante amplia referente al tema.

1.13 El Reconocimiento Judicial

Por regla general las afirmaciones de hecho que realizan las partes en el proceso suelen estar referidas al pasado, y la prueba que en él se practica tiende a verificar si esas afirmaciones se corresponden con los hechos tal y como ocurrieron. Nada impide, sin embargo, que los hechos afirmados por las partes sean presentes, esto es, que, permanezcan en el momento de su afirmación (los hechos que se consignan en la demanda Art. 276 Ord. 5°).

Entonces si las causas que motivaron la demanda son percibibles en el

³³Schiaffino Machado; *El perito Y la prueba* (Argentina: La Rocca 1988), 87.

³⁴ Hernando Devis Echeandia, *Compendio de la Prueba Judicial*. (Argentina: Rubinzal-Culsoni editores 1984),305.

presente, una de las formas de llevar el convencimiento al juez es haciendo que el juez personalmente los identifique.

No siempre es posible llevar la fuente de prueba al juez, por su imposibilidad de movilización, costos, distancia de la cosa con el tribunal etc. entonces se debe de disponer que el juez se constituya en un lugar determinado para que por sus propios sentidos obtenga la información sobre una cosa, un lugar o una persona, de lo cual debe de dejarse registro en acta. (Art.395CPCM).

Lo que se busca con el reconocimiento judicial cuando es propuesto por una de las partes, es lograr el mayor nivel de inmediación en el juez, para que este mediante sus sentidos pueda aprehender información que es determinante para el proceso, ya que quien la ha captado es precisamente quien va a resolver.

La diferencia con los demás medios de prueba radica en que en éstos el juez percibe los hechos de manera indirecta, a través del documento, el testigo o el perito, mientras que en el reconocimiento la percepción es directa: nada se interpone entre el juzgador y el hecho, pues lo percibe "por sí mismo", esto es, directamente con sus sentidos³⁵.

1.14 Objeto de reconocimiento

Lugares. El reconocimiento de lugares se refiere, fundamentalmente, al de los bienes inmuebles en general, incluido el estado de los inmuebles siempre y cuando sea esto lo que haya originado el objeto del proceso, como por ejemplo en una demanda de constitución de servidumbre, para que el juez verifique que el inmueble no tiene forma de acceso. Cuando el reconocimiento

³⁵Machado; *El perito y la prueba*. 90

judicial es propuesto por una de las partes, se deberá fijar hora y fecha para su realización la cual debe de ser antes de la fijada para la audiencia probatoria, ha dicho reconocimiento, serán citadas las partes, y de lo acontecido se deberá de levantar acta la cual se redactará conforme manda el Art. 395 CPCM.

Objetos. Este reconocimiento se llevará a cabo siempre y cuando no sea posible trasladar el objeto, por imposibilidad material o legal, al referirnos a cosas debemos entender todo lo que encierran los bienes muebles (Art. 561 y 562 CC), los cuales no solo son las cosas inanimadas, sino las animadas, como los animales, incluso los derechos constituidos sobre bienes inmuebles.

Personas. Se debe de entender que se está haciendo referencia a personas naturales, ya que por obvias razones las jurídicas no tienen existencia física por ser una ficción legal, y no puede ser percibidas por los sentidos, la razón de un reconocimiento sobre una persona radicará, del mismo modo que esta, por razones ajenas a su voluntad no puede movilizarse a la cede del tribunal, como por una condición médica, etc.³⁶.

1.15 Otros Medios de Prueba

Medios de Reproducción del Sonido, la Voz o de la Imagen y Almacenamiento de Información. Estos medios son denominados, “Los Modernos Medios de Prueba”, ya que, el desarrollo y avance tecnológico ha propiciado su aparición dentro del Derecho Procesal. Consistentes, por lo general, en la reproducción de grabaciones de palabras, imágenes, datos o cifras, efectuadas por medios

³⁶ Laura Elizabeth, Mejía Contreras, ET.AL: “*Aplicación de los Sistemas de Valoración de la Prueba en el Código de Procedimientos Civiles y en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador*” (Trabajo de graduación para obtener el título de: licenciado(a) en ciencias jurídicas, Universidad de El Salvador, 2009) P.77-78

técnicos diversos en gran variedad de soportes, subsumiéndose su práctica en el ámbito normativo de la prueba documental o de reconocimiento judicial, hasta antes de una regulación especial de los mismos .establece el Art. 396 CPCM “los medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen podrán ser propuestos como medios de prueba”.

Con la regulación de estos medios de prueba, se da cabida en el proceso civil a instrumentos probatorios tales como las películas, cintas de vídeo y audio, casetes de grabación, discos duros de ordenador, disquetes, cd-roms, vd-roms, USB, correo electrónico, y cualesquiera otros medios de reproducción y archivo de imágenes, palabras o datos que puedan inventarse en el futuro. Pero estos instrumentos no son, verdaderamente, medios de prueba, según el concepto que anteriormente se ha dado de los mismos, sino fuentes de prueba. El medio de prueba, en estos casos, está constituido por la actividad relativa a su aportación y reproducción en el proceso.

Proposición y Admisión

Como sea establecido anteriormente que con la demanda se deben de proponer los medios de prueba, por así ordenarlo el Art. 276 Ord. 9°.no obstante debemos estarnos a lo establecido en el Art.325 CPCM el cual dispone que *“Las partes, mediante testimonio, incorporarán a la audiencia probatoria los objetos, substancias, fotografías, vídeos, medios de almacenamiento de datos, de imágenes, de voz o de información, así como cualquier otra prueba material o tangible que puedan aportar elementos de prueba; y también instrumentos u otros documentos, salvo cuando éstos deban acompañar la demanda o la contestación de la misma.”*

1.16 Sistemas de Valoración de la Prueba

La actividad probatoria, corresponde a las partes, con el objetivo de lograr un convencimiento en el juzgador puesto que este es que decidirá al final, sobre darle la razón a una u otra, es pues, que el juzgador debe de tomar una decisión, basada en las pruebas que se le han presentado, ya sea, refutando la concurrencia de determinados hechos o no. Devis Echandía señala que "por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido"³⁷

Michele Taruffo³⁸, expone que, la actividad de valoración de la prueba es una actividad muy compleja para el juzgador y que aspectos personales del juzgador pueden incidir en la correcta concepción de la prueba, incluso el estatus social, condición familiar etc.

Taruffo expone que "no hay ninguna razón válida para pensar que cuando el juez entra en contacto inmediato con la prueba, por ejemplo, escuchando a un testigo, sea transportado irremediabilmente a una dimensión irracional en la que sólo hay espacio para sus reacciones interiores e individuales.

Ciertamente, el juez que escucha a un testigo está expuesto a impresiones inmediatas que pueden ser provocadas por el comportamiento del testigo (su modo de expresarse y de moverse, las expresiones del rostro, el tono las inflexiones de la voz, etc.).

Puede también suceder que estas impresiones influyan en el ánimo del juez

³⁷Echeandia, *compendio de prueba judicial*. 302

³⁸Michele Taruffo, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba", (España: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008.) P.46

cuando deba valorar la fiabilidad del testigo y de su declaración.”.Continúa diciendo el profesor Taruffo, que el juez tiene el deber preciso de extraer, de su contacto directo con la prueba, los factores epistémicamente aceptables. A continuación, sobre la base de estos "datos", debe construir inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente identificables, sobre todo por el propio juez que los usa. En cierto sentido, lo que no puede ser racionalmente elaborado no existe a los efectos de la correcta valoración de la prueba. A esas reglas o estándares que Michele Taruffo ³⁹se refiere, son los que se deben de contener en los sistemas de valoración de la prueba, y ello nos lleva, determinar cuáles pueden ser estos, es pues que para evitar la subjetividad en el juzgador la misma ley impone los mecanismos o estándares sobre los cuales el juzgador se debe de guiar al momento de valorar la prueba, así tenemos que estos son, la prueba legal o tasada, la robustez moral de la prueba y la sana crítica.

Como se ha adelantado (véase en el apartado de la prueba documental), en el Código Procesal Civil y Mercantil se ha reconocido dos mecanismos de valoración de la prueba, la prueba legal o tasada y por otro la sana crítica, veamos a continuación en que consiste cada uno de estos.

1.16.1 Prueba Legal o Tasada

Sin intención de equivocarse con las diversas definiciones a que a este sistema se le otorgue, citaremos a Eduardo Couture este la define como “aquel en el cual la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio”⁴⁰.

³⁹ Taruffo, algunos comentarios sobre la prueba judicial P.52

⁴⁰Eduardo Couture; *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*. 3ª ED. (Argentina.: Roque Depalma Editores. 1958), 268.

Este sistema de valoración es uno de los más antiguos, proveniente desde las instituciones Romanas, desde su existencia ha sido utilizado por regla general cuando se está en presencia de pruebas documentales, y es que debe recordarse que en la antigüedad el juez, no tenía la potestad de interpretar la ley este era un simple aplicador de la misma, entonces, la misma ley le ordenaba que valor probatorio se le debía de dar a cierta prueba. Precisamente el código procesal civil y mercantil, no se ha desprendido de la tradición romanista, en lo que respecta al valor probatorio de los documentos, ya que, estos, se valoran conforme a la sana crítica, salvo excepción.

El Art. 416 en su inciso segundo dispone que: *“la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado.”* dicho valor tasado conforme el Art. 341 CPCM no es otro que los documentos públicos constituyen prueba fehaciente del mismo modo que los documentos privados (en lo relativo a la prueba documental ya nos hemos pronunciado sobre la errónea utilización terminológica que hace el código sobre documento e instrumento), lo que quiere decir que el juez debe de tener por ciertos los hechos, actos o estados que el documento consten.

La excepción a la regla general que los documentos ya sean públicos o privados se valoraran conforme a su valor tasado lo constituyen los documentos privados, cuando se impugne su autenticidad y no se pueda verificar la autenticidad o falsedad del mismo, el juez debe de valorarlo no ya, bajo el valor tasado sino bajo la sana crítica, por así disponerlo la parte final del inciso segundo del Art. 341 CPCM.

Uno de los efectos que se desprende de la utilización del sistema tasado de

la valoración de la prueba, es que la sentencia puede ser predecible, es decir que, en un proceso en el cual, la prueba principal para dar por existente una pretensión, sea un documento y la contra parte no con ninguna de sus pruebas ha podido impugnar la autenticidad del mismo, el juez deberá valorarlo como plena prueba. Máxime aun cuando se dan procesos, en los cuales la única prueba que se oferta es un documento, y no se impugna su autenticidad, en audiencia preparatoria, no será necesaria la realización de la audiencia probatoria y el juez pasará a dictar sentencia, así lo ordena el Art. 310 Inc. 3° del CPCM.

En el sistema de la prueba legal, la máxima de experiencia que es la premisa mayor del silogismo, viene establecida por el legislador, el cual ordena al juez que proceda a aplicar esa máxima en el caso concreto, de modo que las reglas legales de valoración de prueba no son más que máximas de experiencia que el legislador objetiva, sin dejar que sea el juez el que determine la máxima experiencia que ha de aplicarse en el caso⁴¹.

1.16.2 Íntima Convicción

Este sistema tiene origen en “la cultura europea, bajo el influjo de la *intime conviction*, entendida como persuasión subjetiva, intuitiva y fundada en reacciones psicológicas e incluso emotivas del juez, y más en general, por la influencia de concepciones psicologistas e irracionalistas de la decisión judicial”⁴².

⁴¹, Ruth María Argueta Hernández; “Seguridad Jurídica del Uso Conjunto de los Sistemas de Valoración de la Prueba: Sana Crítica y Prueba Tasada en el Proceso Civil y Mercantil”, (Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, Año 2013.) P. 33

⁴² Taruffo, algunos comentarios sobre la prueba judicial .86

El procesalista Eduardo J. Couture, nos da una definición de lo que es la Íntima Convicción, por lo que considera que es “aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes”. En otras palabras, en el sistema de la íntima convicción, el juez jurisdiccional, tiene plenas facultades para valorar de acuerdo a su conciencia, a su leal entender y sabiduría interior la prueba allegada al proceso, sin que el sistema jurídico y en particular el legislador, le establezca límites a su arbitrio sobre los medios de prueba⁴³.

Esto significaba, que el juez no estaba subyugado a ninguna formalidad preestablecida, por lo cual los jueces no tenían el deber de argumentar racionalmente las decisiones judiciales que eran y son la expresión de la valoración de los medios de prueba sobre los hechos históricos reconstruidos en el proceso. Este sistema es una contraposición a las reglas dictadas por el sistema de la prueba legal o tasada, es evidente que mientras en la primera existe un rígido sistema donde el juez tiene límites establecidos por el legislador, siendo este el que decide el valor probatorio establecido por la ley, por el contrario la libre convicción establece amplio margen de libertad al momento de valorar la prueba vertida.

Bajo la íntima convicción la valoración de la prueba es meramente subjetiva y el valor de estas es establecidas conforme las percepciones psicológicas del juez. Agrega el procesalista italiano Michele Taruffo, que la libre convicción, presupone la ausencia de aquellas reglas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso,

⁴³Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 275.

siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón⁴⁴.

Este sistema predomina y es de mayor utilización en los procesos penales, en cuanto a la valoración establecida por el sistema del tribunal de jurado, por esa razón, el tribunal se ve influenciado por razones no objetivas al momento de otorgar el valor probatorio, razones como, política, religión etc. Caracteriza a la libre convicción que el juez no está jurídicamente obligado a fundamentar su decisión y es decir no expone las razones por las que les otorga un valor probatorio a una u otra prueba⁴⁵. Sistema criticado por la doctrina, ya que se denunciaba que se ponía en peligro la seguridad jurídica puesto que por la subjetividad que impera en las decisiones judiciales cada caso será tratado de distinta forma, así, el hecho de no fundamentar su fallo.

1.16.3 Sana crítica

Para muchos doctrinarios este sistema es considerado una categoría intermedia entre la prueba tasada y la libre convicción, “sin la excesiva rigidez de la primera y la excesiva incertidumbre de la última”, existe un perfecto balance entre una y la otra, dándole una libertad al juez para valorar la prueba, pero no una libertad absoluta.⁴⁶. Para Montero Aroca La *sana crítica* es la operación intelectual realizada por el juez y destinada a la correcta apreciación

⁴⁴ Taruffo, *algunos comentarios sobre la prueba judicial*. 87.

⁴⁵ Este sistema es característico del juicio por jurados, adoptado por ejemplo en el sistema norteamericano y anglosajón. Importa la ausencia total de un orden normativo sobre la forma de otorgar valor a un determinado medio probatorio. Así el jurado al momento de resolver debe expresar su conclusión afirmativa o negativa para cada uno de los puntos que sobre las cuestiones de hecho se someten a su decisión, sólo en base a su íntimo convencimiento, sin necesidad de fundamentar su determinación. De esta manera el juzgador percibe la prueba, se forma su particular criterio sobre el resultado de la misma y decide por su convicción íntima, por lo que le dicta la intimidad de su conciencia.

⁴⁶, Alfonso Martínez Criollo ET. AL “Análisis del Sistema de Valoración de Sana Crítica y de Prueba Tasada en Código Procesal Civil y Mercantil”, (Tesis Para Obtener El Grado De Licenciado En Ciencias Jurídicas, Universidad De El Salvador, San Salvador, 2010) P. 63

del resultado de las pruebas judiciales, realizada con sinceridad y buena fe. Ha sido definida como "la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes"⁴⁷

No se comparte el criterio que la sana crítica, haya nacido como una postura exegética o intermedia entre la prueba tazada y la libre convicción de la prueba, la sana crítica, tiene características que le son propias, reglas que le son propias, y no se puede decir que toma una parte de la prueba tazada y otra de la libre convicción, y así nace esta. La valoración de la prueba bajo la sana crítica otorga al juez libertad mental de apreciar la prueba por todos los sentidos humanos y poder determinar la verosimilitud de un hecho o no.

La apreciación de la prueba bajo la sana crítica, no otorga absoluta libertad al juez, ya que, este sistema exige que se aplique reglas determinadas, las cuales son, la lógica, la experiencia común y la psicología. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y aun como cimiento experimental de las cosas⁴⁸.

La lógica formal entendida como "ciencia que estudia los actos del pensar (concepto, juicio, razonamiento, demostración) desde el punto de vista de su estructura o forma lógica, o sea, haciendo abstracción del contenido concreto de los pensamientos y tomando solo el procedimiento general de conexión entre las partes del contenido dado" se le han adscrito las siguientes leyes:

⁴⁷ Aroca, *derecho jurisdiccional II*. 215.

⁴⁸ Couture, *fundamentos de derecho procesal civil*. 221.

“a) La ley de coherencia de los pensamientos, y b) La ley de derivación de los pensamientos; de la primera ley se desprenden los principios lógicos de identidad, no contradicción y tercero excluido; de la segunda, el principio de razón suficiente”⁴⁹. Exponía Couture que las máximas de la experiencia contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba; porque el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. El primer problema que presenta el tema de las “máximas de la experiencia” es su desconocimiento conceptual.

Es común encontrar en libros latinos que los autores se refieren en términos generales a que la sana crítica es un sistema integrado por las reglas de la lógica y la “experiencia”, sin definir o identificar cuáles son ni las reglas de la lógica ni cuáles son las máximas de la “experiencia”, y no en pocas veces dejando al lector divagar e incluso deducir que se trata de la “experiencia personal” del juzgador. Ese problema se extiende y se complica mucho más al momento de exponer la psicología como una regla de la sana crítica, en la cual no su definición conceptual es más complejo.

En Alemania, Richard Schmidt, en 1892, y bajo el título de “las percepciones extrajudiciales del juez del proceso”(“Die aussergerichtlichen wahrnehmungen desprozessrichters”)presentó sus investigaciones; a las que le siguen, casi inmediatamente, en 1893, el famoso estudio “El Conocimiento Privado del Juez” de Friedrich Stein, en el que define las máximas de la experiencia como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los

⁴⁹ Aldo Martin Ponce Rivera, “El sistema de la sana crítica en la valoración de la prueba por los tribunales de sentencia y su deficiente control por el recurso de casación. análisis de la jurisprudencia de la sala de lo penal relacionada a los años 2009 y 2008”, (Tesis para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2011.) P: 68.

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”.

CAPITULO II. SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO EXTRANJERO Y SU TRATAMIENTO PROCESAL

La labor de buscar la naturaleza de las cosas no es una actividad que se realice únicamente en el mundo jurídico, ello no es fácil, pues al hacerlo lo que se pretende es encontrar la substancia de estas y de lo que se componen, para poder ubicar en una categoría u otra y poder diferenciarlo; en el mundo jurídico por ejemplo cuando se tiene duda sobre el campo de aplicación de una norma jurídica, una de las primeras labores que se realiza es tratar de encontrar su naturaleza jurídica y ello significa en un primer momento que se debe de determinar, si estamos en presencia de normas de derecho público o privado, teniendo su naturaleza en una u otra , desde luego, eso no resulta simple, distintas posiciones teóricas se vierten, siendo unas más aceptadas que otras.

un ejemplo de ello es que mucho se discutió anteriormente sobre la naturaleza jurídica sobre la rama del derecho de familia, si este era de naturaleza privada o pública, distintas posiciones teóricas existieron, ahora ese conflicto ha sido superado y no cabe duda que pertenece al derecho público , lo anterior se trae a mención ya que determinar la naturaleza de una institución jurídica, nos permitirá por un lado sentar una posición teórica y por otro tener claridad sobre el contenido de las normas que desarrollan dicha institución jurídica, que en este caso en específico se trata del tratamiento procesal del Derecho Extranjero. La comprensión de la naturaleza jurídica es elemento fundamental para entender el tratamiento procesal que se le otorga.

Hablar de la naturaleza jurídica del Derecho Extranjero es tratar de resolver al menos dos preguntas, ¿cuál es el tratamiento procesal que se le debe de dar al Derecho Extranjero? Y ¿cuáles son las consecuencias jurídicas procesales,

para las partes y el juez en lo que respecta a la carga de la prueba?

Para llegar a dar al menos una respuesta isómera de estas interrogantes, necesariamente se debe de partir de la naturaleza jurídica del Derecho Extranjero y para lo cual, distintas teorías surgieron, dichas teorías podemos clasificarlas en dos grandes grupos; la teoría realista, y la teoría normativista. Cuando la norma procesal ha determinado que una norma jurídica extranjera es aplicable a una situación concreta, es enteramente lógico que a la norma que se hace referencia es a una norma que rige situaciones de derecho material, y no procesal. De esta manera la primera aclaración que se realiza, es que, en cuanto a la naturaleza jurídica del Derecho Extranjero, se refiere única y exclusivamente a normas que derecho material y no procesal.

La teoría realista, vitalista, o fáctica, que es con los nombres que se le ha denominado, considera que la naturaleza del Derecho Extranjero es asimilarlo a un hecho, y en cambio la teoría normativista pregona que la naturaleza jurídica del Derecho Extranjero, sigue siendo la de una norma jurídica que despliega sus efectos como tal. Conforme se daba el desarrollo de la teoría realista, surgieron diferentes tesis eran una derivación de la teoría en sí, las que se verán a continuación. Cabe de destacar que la primera consideración que se realizó al derecho extranjero fue la fáctica, posteriormente surgieron los postulados sobre la consideración normativista.

2.0 Teoría Realista o Del Hecho

Esta es la primer teoría formulada, ante la posibilidad que en un estado se aplique una norma-o el derecho- de otro, nace ante la imposibilidad de poder dar explicación al tratamiento que el juez al momento de aplicarlo debe de

darle, y por ello se recurre a la creación de una ficción jurídica, la cual es de considerar al derecho, como un “hecho”, es decir un acontecimiento de la realidad, donde como todos los hechos en un proceso son introducidos por las partes y de ellas es la obligación de probarlo. Hasta el Siglo XX, todos los sistemas de derecho internacional privado, del mundo siguieron la misma postura: el Derecho Extranjero se considera un hecho procesal, y, recibe el tratamiento procesal previsto para los hechos procesales⁵⁰.

La base teórica de esta tesis es muy sencilla, se parte de que el DIPr (Derecho Internacional Privado), es una rama jurídica que delimita el ejercicio de las competencias legislativas de los Estados: el DIPr resuelve problemas de soberanía jurídica de los Estado (así por ejemplo en materia penal rige el principio de territorialidad y en materia civil y mercantil en nuestro país el territorio es un criterio de competencia).

Así las cosas en ocasiones debe de aplicarse el Derecho Extranjero, pero la aplicación de un Derecho Extranjero en otro país debe de respetar la soberanía de ese país, por ello no es posible aplicar en un país un derecho que es producto de la soberanía de un Derecho Extranjero en concepto de tal derecho. Al aplicar el Derecho Extranjero y tratarlo como autentico derecho supondría un atentado insostenible contra la soberanía, se estaría en todo caso aceptar “mandatos legislativos extranjeros”, la solución al problema sería recurrir al artificio de considerar al Derecho Extranjero como un hecho procesal. Las consecuencias de esta tesis son:

1. El Derecho Extranjero se considera un hecho procesal, para no dañar la soberanía del país que aplica el Derecho Extranjero. Como tal hecho procesal

⁵⁰Echeandia, *compendio de prueba judicial*. 132.

corresponde a las partes su alegación y prueba.

2. Los tribunales asisten como mero espectadores a la labor de las partes, el principio *iura novit curia* no alcanza al Derecho Extranjero.

3. Si las partes no alegan o no prueban el Derecho Extranjero, este no podrá aplicarse.

Los defensores de las teorías realistas conciben al derecho extranjero como un hecho y fundamentan su aplicación extraterritorial en la cortesía internacional o *comitas Gentium* (Escuela holandesa del siglo XVII) en la *Comity* (Escuela angloamericana del siglo XIX), o en la teoría del uso jurídico (Goldschmidt), como todo hecho tendrá que alegarse y probarse. Para sostener la teoría que concibe al Derecho Extranjero como un hecho, surge la *Vested rights*, tesis desarrollada en la universidad de Harbar⁵¹.

2.1 Tesis de los Derechos Adquiridos

Esta teoría ha sufrido una evolución en tres etapas. En líneas generales trata de establecer que el juez nacional siempre aplica su propio derecho objetivo y que el Derecho Extranjero solo lo reconoce, si bien, que los hechos que lo constituyen son los que ponen en movimiento las normas de producción jurídica que constituyen el derecho internacional privado.

2.2 Tesis de los “Vested rights”

Esta teoría expuesta principalmente por el inglés Dicey, manifiesta que “en

⁵¹ Luis Alfonso Calvo Caravaca, *La prueba del derecho extranjero ante los tribunales españoles* (España Estudios Deusto 2006).

aquellos casos en que se dice que los jueces aplican la ley extranjera, no sancionan en realidad o ponen en ejecución esta ley, sino más bien un derecho adquirido bajo la autoridad de ella.” La doctrina ha sufrido una serie de críticas, por un lado se ha dicho que esta constituye un círculo vicioso, ya que el juez nacional reconocerá solo los derechos debidamente adquiridos, lo que, en definitiva significa la resolución previa de un conflicto de ley y determinar, de este modo, cual es la ley que rige la situación o relación jurídica.

Por otro lado “olvida la función de las normas indirectas nacionales que pueden actuar en el sentido de la protección de un derecho que no se reconoce en su país de origen como así mismo, en sentido inverso, la denegación de un derecho admitido en su patria”⁵². Por último se le reprocha en fracasar en su objetivo, puesto que el reconocimiento de un derecho subjetivo, contiene la aplicación del derecho objetivo que lo creó.

2.3. Teoría de la Ley Local

La teoría de la ley local también inspirada como las anteriores, en mantener el principio de que en el territorio de un estado solo el derecho de este estado puede ser aplicado, afirma igualmente que el juez nacional siempre aplica su ley. En virtud de la norma de importancia se produce ante el Derecho Extranjero el juego de dos principios. Por un lado, la *lex fori*, se apropia de todas las leyes extranjeras nacionalizándolas. En una segunda etapa, elige entre las normas relativas a una determinada situación jurídica, la que debe de ser aplicada. De esta manera el juez, siempre aplica su propio derecho; esta teoría se relaciona estrechamente con la del “judge made law” la cual

⁵² Eduardo Triguero Saravia: “*estudios de derecho internacional privado*” (México: Universidad Autónoma de México, instituto de investigación jurídica. 1980) P.108.

sostiene que el derecho no nace antes de su aplicación judicial. La teoría de la ley local ha sido igualmente objeto de críticas, principalmente por Wigny, en el sentido que tiene manía de grandeza al transformar todas las leyes del mundo en un apéndice del derecho nacional.

2.4 Teoría del Uso Jurídico

Esta consiste en afirmar que lo conectado, por la norma de conflicto, no es el Derecho Extranjero sino el uso jurídico extranjero, es decir, el juez que por su derecho internacional privado debe solucionar un caso según una normativa foránea no se encuentra, respecto de esta, en la misma posición que frente a su derecho nacional, sino que debe atender al estado jurídico real del país que se trata. Por ejemplo, no puede interpretar libremente la normativa extranjera ni avocarse a estudios acerca de su constitucionalidad o su validez; simplemente atenderá a la sentencia que probablemente dictaría el juez extranjero según el caso se someta a su conocimiento⁵³.

Como ha dicho el propio Goldschmidt, el contenido de esta teoría puede formularse del siguiente modo: “si se declara aplicable a una controversia un Derecho Extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido aplicable. GoldSchmidt, desarrolla la Teoría del Uso Jurídico, a partir que consideraba que las tesis que explicaban el Derecho Extranjero como un hecho no eran concluyentes ni daban una solución al problema de la aplicación del Derecho Extranjero, en su primero obra en 1935 “las consecuencias jurídicas de la norma del derecho internacional privado”, es

⁵³ Werner Goldschmidt: *“las consecuencias jurídicas de la norma del derecho internacional privado”*. (España: Bosch. Barcelona.1935). P 88.

donde expone, que lo que el juez nacional al aplicar un Derecho Extranjero, debe de hacerlo tomando en cuenta, no el contexto literal de la norma, sino que debe de resolver de tal modo que lo haría el juez del país de cuyo derecho se pretende aplicar.

Sigue sosteniendo GoldSchmidt en su obra que el juez, nacional al aplicar el Derecho Extranjero no tiene derecho a interpretarlo, por la sencilla razón que, en verdad no se trata de la interpretación de un verdadero derecho, sino la probable aceptación de la sentencia extranjera. Werner GoldSchmidt ha mantenido la postura del Derecho Extranjero como hecho en su teoría del “uso jurídico”.

Para GoldSchmidt, la remisión de la norma de conflicto a la ley extranjera no está dirigida al ordenamiento jurídico concreto indicado por el punto de conexión, sino al uso jurídico de ese país, afirma este autor; al juez indígena decidir el pleito tal como si lo resolviera en el país de origen de la norma, indicando por tanto un hecho, y no un derecho, por exigir del juez la verificación, de un juicio de probabilidad y no de la aplicación de la normas jurídicas⁵⁴.

La Teoría del Uso Jurídico Extranjero expuesta por GoldSchmidt en su obra las consecuencias jurídicas de la norma de derecho internacional privado. En 1934 y llevada a la plenitud en su sistema de filosofía del derecho internacional privado es una de las acabadas teorías sobre la naturaleza jurídica del Derecho Extranjero.

⁵⁴ Triguero Saravia, *estudios de derecho internacional privado*. 109.

Frente a las teorías de derecho que indican como objeto de derecho de referencia la norma de derecho internacional privado, a autentico Derecho Extranjero GoldSchmidt, opone su teoría, estableciendo que la norma se refiere no al Derecho Extranjero, sino, al uso jurídico, y este dice: “ordenando el juez indígena, decidir el pleito tal como si lo resolvería en el país de origen de la norma, indicando por lo tanto, un hecho y no un derecho, por exigir del juez la verificación de un juicio de probabilidad y no la aplicación de las normas jurídicas, GoldSchmidt sigue para llegar a esta conclusión muy de cerca de la teoría egológica del derecho de quien es autor Carlos Cossio. Este concibe el derecho, en consecuencia, como un objeto real, como el conjunto de conductas directivas.⁵⁵

GoldSchmidt afirma que cada vez que el juez aplica el derecho crea derecho debido a *la dudabilidad* de todo el derecho, o sea, la de ofrecer a todos los casos venideros la posibilidad de entrar en sus regulaciones, y; los casos iguales deben ser resueltos de la misma manera. De aquí concluye Goldschmidt que “definitivamente hay que establecer el principio de que la aplicación del Derecho Extranjero lesiona la soberanía del Estado correspondiente” no es derecho para nosotros, lo que es para otras comunidades.

He aquí un punto neurálgico para la concepción del Derecho Extranjero. Ni la conducta directiva en otra comunidad lo es para nosotros; ni nuestra conducta inclusive al copiar la conducta ajena, posee para el otro valor ejemplar. Frente al propio derecho somos arquitectos, respecto al Derecho Extranjeros no somos sino fotógrafos.

⁵⁵ GoldSchmidt, *las consecuencias jurídicas de la norma del derecho internacional privado*. 92.

2.5 Teoría Normativista o de Derecho

Estas consideran que el Derecho Extranjero es derecho, y por lo tanto, el llamado formulado por la norma de conflicto del juez está dirigido al orden jurídico extranjero, en cuanto conjunto de normas⁵⁶. Uno de los precursores de esta corriente de pensamiento fue Savigny, menciona que, es necesario determinar para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de determinada relación, Savigny, no aceptaba, la asimilación del derecho procesal a un hecho, y este decía que era derecho y extranjero. Bajo esta teoría se ha construido diferentes tesis, las cuales se exponen a continuación.

2.6 Tesis de la Nacionalización del Derecho Extranjero

Las doctrinas de la nacionalización es una derivación del principio de la territorialidad del derecho y de la soberanía, que lleva a la conclusión “de que en un estado solo Derecho de este Estado puede ser aplicado”. El juez, en consecuencia, solo obedece a sus propias leyes, no así a las extranjeras. Frente a esta fundamentación que es la de la doctrina anglosajona, aparece la de los autores italianos que la fundan en que “cada ordenamiento jurídico constituye un todo cerrado engendrado por una norma fundamental”⁵⁷.

Entre los sostenedores de esta concepción, se encuentra Chiovenda, quien sostiene que “el juez aplica Derecho Extranjero pero como derecho nacionalizado, y no como Derecho Extranjero”, lo que no debe de entenderse que al aplicar un derecho extranjero se está nacionalizando, y pasa a formar

⁵⁶ Constituye una de las primeras tesis en surgir, en contraposición a las teorías fácticas.

⁵⁷ Arturo Armando Cortes Carbajal: *El Juez y el derecho Extranjero*, (Chile: Editorial Jurídica de Chile 1966) 103.

parte del sistema jurídico nacional.

El reconocimiento del Derecho Extranjero no significa, en el lenguaje de este autor, que el juez actúe la voluntad del legislador extranjero, sino que las voluntades concretas de la ley interior asumen su contenido del Derecho Extranjero, ya que el juez solo puede actuar la voluntad del Estado del cual es órgano. De esta manera, el juez siempre aplica su propio derecho.

Lo anterior significa que el juez, puede aplicar el Derecho Extranjero, siempre que el ordenamiento jurídico de su país se lo permita y además no se considera que se aplica una norma extranjera sino una que si bien no forma parte de su ordenamiento jurídico interno pero el Estado lo ha reconocido y permite que se aplique. Si bien es cierto que para esta teoría, cuando el juez se vea en la obligación de aplicar normas de Derecho Extranjero, debe de considerarlas como tal, no significa que estas formen parte de sistema jurídico interno, lo que realmente ocurre es que se logra una incorporación de estas normas al sistema jurídico interno, lo cual se dice que puede darse de forma material o formal. Veámoslo a continuación.

2.7 Tesis de la Incorporación Material

Esta teoría afirma que la norma de derecho internacional privado, al declarar aplicable determinado Derecho Extranjero se apropia de su contenido transformándolo en derecho nacional. Las normas indirectas nacionales crean espontáneamente reglas directas idénticas a las del Derecho Extranjero respecto a la cuestión litigiosa⁵⁸.

⁵⁸ Julio Enrique Acosta Baires, "*La prueba de la ley extranjera*", (Tesis para optar al grado de doctor en jurisprudencia y ciencias sociales, Universidad de El Salvador 1971), 52.

La teoría de la incorporación material o legal, como también se le llama, ofrece cierta similitud con la “Local Law Theory”, pero se diferencia en que la segunda considera al derecho como de naturaleza fáctica. Esta teoría ha sido objeto de agudas críticas por parte de la doctrina. En primer lugar, se le acusa de padecer de “manía de grandeza” porque según ellos, todos los derechos del mundo, formarían parte del derecho nacional, de modo que el juez debería conocer la legislación del mundo entero. Wigny, es quien ataca con mayor agudeza esta teoría en un ejemplo que ya es clásico.

En segundo lugar, se le reprocha que excluya la noción de orden público, pues, como decir que ofende al orden público un derecho nacionalizado. Piénsese en un contrato celebrado en un país asiático que mantenga aun la esclavitud y que otorgue a una persona el dominio de ciertos esclavos. El extranjero que reclame en Chile la propiedad de dichos esclavos, debería obtenerle mientras no se declare la inaplicabilidad de la ley. El ejemplo aunque extremo, es decisivo.

Por último, se afirma que el derecho una vez nacionalizado debería seguir las visitades de la Legislación Interna y ser interpretado por las normas de esta.⁵⁹ Joseph Beale, autor Norteamericano perteneciente a la Escuela de Harvard sostenía que, para el reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero, deberá corroborarse que tales derechos han nacido como consecuencia de la aplicación de la ley competente jurisdicción legislativa, y para que produzca efectos extraterritoriales deberá existir una ley en el Estado que va a reconocerlos, lo que sucederá por medio de una incorporación material del derecho subjetivo extranjero a través de las reglas de solución de conflictos

⁵⁹ Acosta Baires, *La prueba de la ley extranjera*. 90

que son nacionales.

2.8 Tesis de la Incorporación Formal

Esta teoría, uno de cuyos principales exponentes es Ago, piensa que las normas del Derecho Extranjero se insertan en el ordenamiento nacional con el sentido y el valor que poseen en el sistema jurídico que las creó, transformándose el legislador extranjero simultáneamente en legislador nacional en virtud de una delegación de poderes de este en aquel, salvo, el juego del orden público.

Una Ley Especial de Derecho internacional privado facilitaría, ciertamente, una regulación más detenida de los distintos problemas del tráfico privado externo, incluso aunque la reforma se confinase (lo que no es deseable) al ámbito concreto del Derecho aplicable. Pero sería menester una Ley que posibilitara, de una vez por todas, la reglamentación de conjunto de los diferentes sectores del Derecho internacional privado español profundizando en sus relaciones mutuas.

Esta teoría elude el problema que trata precisamente de resolver ya que la inserción formal de una ley en el ordenamiento nacional, aparte de ser blanco de las mismas críticas de la teoría anterior, nos dice demasiado poco acerca de la naturaleza del Derecho Extranjero. Por otra parte, la existencia de una delegación de poderes del legislador nacional en el extranjero, no deja de ser una ficción inadmisibles, pues la delegación tendría que ser anterior a la existencia de la norma creada en virtud de ella y el ordenamiento extranjero debía dictarla precisamente en uso de esa facultad. En realidad la norma de importación no atribuye a ente alguno, la facultad de dictar normas jurídicas.

2.9 Tesis de la Extranjería del Derecho Extranjero

Martin Wolf es uno de los expositores más sobresalientes de esta concepción que puede estimarse dominante en la actualidad. Esta teoría como dice Goldschmidt, mantiene la naturaleza jurídica del Derecho Extranjero o dicho con más exactitud, afirma que la norma de derecho internacional privado se refiere al Derecho Extranjero. Ello significa que el juez tiene que aplicar el Derecho Extranjero como derecho, pero aunque el Derecho Extranjero se aplique en el país no por eso se hace nacional. Claro está que esta remisión a auténtico Derecho Extranjero se entiende, sin perjuicio de las limitaciones doctrinarias y positivas que establezca la ley interna para restringir su aplicación.

2.10 Tesis De La Integración Formal

La doctrina de la integración formal ha sido expuesta por Carnelutti en su "Teoría General del Derecho". El problema del Derecho Internacional Privado, consiste según este autor, en conciliar las interferencias que se producen entre ordenamiento y ordenamiento con el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico⁶⁰. Las teorías expuestas parten desde dos puntos de vista diferentes y hasta antagónicos para explicar el fenómeno de la aplicación y naturaleza del Derecho Extranjero. Por una parte, las doctrinas de la recepción creen que la norma de derecho internacional privado al admitir que un conflicto sea regulado por las disposiciones de otro ordenamiento, recibe y admite en su ordenamiento preceptos extranjeros.

Por otra parte, las teorías de la remisión piensan que el Estado renuncia a

⁶⁰ Acosta Baires, *La prueba de la ley extranjera*. 93

regular determinados conflictos remitiéndolos al ordenamiento extranjero. La doctrina de la integración formal ha sido expuesta por Carnelutti en su “Teoría General del Derecho”. El problema del Derecho Internacional Privado, consiste según este autor, en conciliar las interferencias que se producen entre ordenamiento y ordenamiento con el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico.

Las teorías expuestas parten desde dos puntos de vista diferentes y hasta antagónicos para explicar el fenómeno de la aplicación y naturaleza del ⁶¹Derecho Extranjero. Por una parte, las doctrinas de la recepción creen que la norma de derecho internacional privado al admitir que un conflicto sea regulado por las disposiciones de otro ordenamiento, recibe y admite en su ordenamiento preceptos extranjeros. Por otra parte, las teorías de la remisión piensan que el Estado renuncia a regular determinados conflictos remitiéndolos al ordenamiento extranjero.

Empero, las dos soluciones propuestas chocan contra el principio de la plenitud, pues, la recepción implica una exuberancia y la remisión una deficiencia de preceptos, que no pueden darse en el ordenamiento⁶². La teoría de la integración formal explica el fenómeno partiendo de la base de que la disposición de derecho internacional privado es incompleta y que apela para integrarse a fórmulas “sacadas de otros ordenamientos o mejor aún, de textos de otros ordenamientos”. El precepto complejo formado con las combinaciones de estas dos proposiciones presenta las siguientes características: En primer lugar, “la disposición interna jamás asume el contenido entero de la disposición externa, sino solamente integra su contenido adaptando a él una fórmula extranjera”, de esta manera, por lo

⁶¹ Acosta Baire *La prueba de la ley extranjera*. 92.

⁶² Cortes Carbajal *El Juez y el derecho Extranjero*, 105.

menos está contenida en la disposición interna una parte del caso tipo.

En segundo lugar, “tampoco la disposición interna asume jamás toda la regulación de la disposición externa”. Esto se debe a que las limitaciones a la aplicación del Derecho Extranjero siempre tiene vigencia ya sea rechazando una fórmula que los contraviene, o bien, permitiendo la integración de la formula extranjera la disposición nacional.

Así por ejemplo, siguiendo el caso que plantea Carnelutti, si una disposición establece que “las sucesiones por causa de muerte están reguladas por la ley del Estado a que pertenece en el momento de su muerte la persona de cuya sucesión se trata”, tenemos, aplicando la primera regla, que la disposición interna tiene su caso tipo, pues supone la sucesión de un extranjero que se regla por las leyes del Estado a que pertenecía, “que se tiene aquí como transcritas literalmente”, pero lo establecido por el precepto externo, aplicándola segunda regla, no se transfiere tal cual es el ordenamiento interno, sino que pasa por un verdadero cedazo que está constituido por el orden público y otras limitaciones a la aplicación del Derecho Extranjero (calificación, reenvió y fraude a la ley). No hay en este caso ni remisión ni recepción. No hay remisión porque el ordenamiento no renuncia en nada a regular por sí mismo aquellos conflictos, sino que solo hace referencia a fórmulas contenidas en ciertos textos extranjeros y no hay recepción porque la disposición que soluciona estos conflictos existe en el ordenamiento, no procede de un ordenamiento diferente, solo que se forma mediante la referencia indicada.⁶³ por lo tanto las críticas realizadas a la vulneración de la soberanía no se manifiestan, bajo estos supuestos.

⁶³ La remisión también opera en caso de leyes internas donde, una disposición de una ley se remite a una ley especial.

Los mismos principios indicados los extiende Carnelutti al problema de la importación de sentencias extranjeras, con la única diferencia, que mientras en un caso las formulas se sacan de la producción legislativa extranjera, en el segundo se obtienen de las disposiciones jurisdiccionales externas, “bien incondicionalmente, bien en cuanto este reconocida su eficacia por una sentencia nacional”. “Según una u otra hipótesis la disposición interna integrada por la sentencia extranjera es una *lex generalis* o una *lex specialis*”.

2.11 Breves comentarios sobre el Contexto Socio-Histórico

Cabe señalar que en su momento la visión de considerar el Derecho Extranjero como un hecho fue muy aceptada, ello, tiene que ver en hasta cierto punto, que la concepción teórica de los autores estaba fuertemente influenciada por las relaciones que entre Estados en esos momentos se sostenían relaciones de índole económica, social, pero sobre todo política, para finales del Siglo XIX, muchos países, se encontraban en guerra, los países económicamente más fuertes conquistaban tanto militarmente como políticamente a los más pequeños ; entonces, la soberanía, independencia, la autodeterminación eran principios que se situaban entre los de más alto valor pues era lo que todos perseguían.

Así que el hecho de hablar de la aplicación de normas que forman parte de las leyes de otro estado, era considerado una falta a la soberanía de cada estado, pues sería con las leyes de otros países con las que se juzgaría. El mismo Goldschmidt, establecía que, la aplicación del Derecho Extranjero por sí, ponía en peligro la soberanía de un Estado, ya que, parte de esta es que cada estado tenga la libertad de dictar sus propias leyes y poder aplicarlas.

A principios del siglo XX estalla la primer guerra mundial, lo que provoca que las tensiones entre los Estados se vuelvan mayores, la finalización esta da paso para el primer intento de unificación y cooperación (cooperación jurídica, en el derecho internacional privado se le denomina reciprocidad), cuando se forma la sociedad de las naciones, que es el antecedente de lo que más tarde sería la ONU.

A mediados del siglo XX, las relaciones internacionales se tornan distintas, ya la postura que se venía sosteniendo era la de la integración normativa, que los estados pudieran colaborar entre sí, en el derecho internacional privado, el principio de cooperación internacional, se vuelve muy importante. Un primer intento de unificar criterios de aplicación normativa en Latinoamérica ha sido el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, que hasta la fecha en nuestro país se encuentra vigente. Sucesos que jugaron un papel importante, fueron la finalización de la segunda guerra mundial, hasta tal punto que, se crea Organización de las Naciones Unidas, y uno de sus efectos, es la suscripción de tratados en conjunto por una diversidad de Estados, y al mismo tiempo surgen un sin número de conferencias⁶⁴.

2.12 Efectos Procesales de la Consideración como Hecho o Derecho

Sobre la base de los postulados de los cuales se sustentan, las tesis realistas y las normativistas, es posible ya identificar cuáles son las características y efectos que se derivan al sostener una postura. Las consecuencias siempre irán enfocadas en relación a las obligaciones principales de las partes dentro

⁶⁴ Carmen Margarita García Deras: "*La aplicación del código Bustamante en la legislación mercantil salvadoreña*", (Tesis para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad de El Salvador. San Salvador, 1999-) P. 87

del proceso, a las cargas que se generan y sobre todo a los efectos ante el incumplimiento de esas cargas.

Cuando se parte de la idea que el proceso civil solo iniciará a instancia de parte, y son a estas a las que les corresponde introducir, “los hechos” y “las pruebas” al proceso, es así que al considerar el Derecho Extranjero como un hecho procesal, es a las partes a quienes les corresponde introducirlo al proceso, es decir alegarlo en la etapa procesal oportuna, no bastando con ello, además de alegarlo, es a la parte interesada en su aplicación, a quien corresponde probarlo, es decir que la carga probatoria, será única y exclusivamente de aquella parte que intente valerse del Derecho Extranjero para sustentar su pretensión.

Otra consecuencia de considerar que el Derecho Extranjero es un hecho es en relación a los medios de prueba, para probar los hechos -incluido el Derecho Extranjero bajo esta postura- así, las partes disponen en el proceso de cuantos medios de prueba tengan disponibles para probar sus hechos, es pues, que, siendo el Derecho Extranjero un hecho puede probarse con cualquier medio de prueba siempre y cuando sea admisible.

Un tercer efecto, y uno de los más importantes, es en lo que respecta a las consecuencias de la falta de prueba del Derecho Extranjero cuando este es considerado un hecho, o dicho de otra forma, cuando el juez no se siente lo suficientemente convencido sobre la existencia o no, del Derecho Extranjero; si una de las partes lo alegó y a esta correspondía la prueba y no logró probar, el juzgador tendrá por no acreditado ese hecho, ya que la carga de la prueba recaía sobre quien sustentaba su demanda en el Derecho Extranjero y al no establecer fehacientemente su existencia, el juzgador no puede suplir es vacío, aunque por su conocimiento privado, tenga plena certeza de la

existencia y contenido de ese Derecho Extranjero, ya que siendo este un hecho, los hechos solo incumbe la introducción a las partes quedando vetado el juez de hacerlo.

CAPITULO III. REGULACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL Y EL PAPEL DEL JUEZ FRENTE A LA APLICACIÓN JUDICIAL

En los capítulos anteriores se ha realizado un abordaje estrictamente teórico, y desde el punto procesal haciendo abordaje de instituciones relacionadas no solo con la aplicación del derecho extranjero sino también en la aplicación del proceso en general, sean estos los declarativos o los especiales.

El propósito del presente capítulo es establecer como el código procesal civil y mercantil ha regulado el tema de la aplicación del derecho extranjero, en su normativa, poniéndose de manifiesto los problemas jurídicos que rodean dicha institución jurídica además la solución que brinda la normativa vigente.

Se hace una especial alusión al papel del juez ya este tiene la potestad de dirección y ordenación del proceso mediante la vía procesal adecuada, y al encontrarse vacíos legales estos pueden ser superados mediante jurisprudencia a través de los criterios judiciales. Así con el presente capítulo se pretende lograr claridad de la regulación normativa y además de los criterios jurisprudenciales existentes por ser estos fuente de derecho⁶⁵. Se aborda además, la constitucionalidad de ciertas normas contenidas en el Código Procesal Civil y Mercantil y la aplicación de las mismas. Se realiza también un análisis detenido en lo que respecta a lo que regulan los artículos 313 ordinal 3º y el 315 ambos del Código Procesal Civil y Mercantil.

Respecto del desarrollo del tema de Derecho Extranjero en el Código Procesal Civil y Mercantil y demás leyes secundarias de nuestro país, además se hará

⁶⁵ Marcela, Arriola Espino, "Cooperación Judicial Internacional En El Sistema De Derecho Internacional Privado Peruano", Revista Oficial del Poder Judicial, n. 1 (2007): 145.

relevancia a que una sola ley no podrá reglar todos los supuestos jurídicos existentes además de los vacíos y aspectos no regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, los cuales pueden ser superados con la integración de otras normativa.

3.1 Constitucionalidad o Inconstitucionalidad de la Aplicación del Derecho Extranjero.

Cuando se atiende a la jerarquía normativa en nuestro país, las normas constitucionales,⁶⁶ gozan de supremacía absoluta, y ninguna norma tiene mayor valor jurídico que las constitucionales, principio consagrado en el Art. 246 inciso segundo, parte primera de la Constitución. El cual literalmente establece: La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos.

El problema de la alegación y prueba del Derecho Extranjero se ha vinculado de forma sistemática a la polémica dogmática sobre su naturaleza. De esta forma, es habitual la argumentación que parte de esta naturaleza para deducir de ella un régimen determinado de alegación del Derecho Extranjero, del cual, a su vez, se deduce el régimen para su prueba. Sin duda, se trata de una discusión de gran calado teórico y las aportaciones doctrinales que se han hecho han sido definitivas para defender que el Derecho Extranjero en el proceso exige una categoría jurídica intermedia y distinta del hecho y del Derecho. Igualmente es claro que, definida la naturaleza procesal del Derecho

⁶⁶ Siendo estas aquellas que se encuentran única y exclusivamente en la constitución de la república, dado que, en nuestro país no, no es admisible el bloque de constitucionalidad, es decir, aquel conjunto de normas que se encuentran fuera del texto de la constitución y se encuentran en otras normas, sean estas leyes o tratados, pero que, por su contenido se les consideran de rango constitucional.

Extranjero, ésta determinaría el sí, el cómo y el con qué consecuencias de su prueba.

Entonces, al pensar en la aplicación de normas jurídicas el primer examen que debe de hacerse es el de la constitucionalidad de estas, labor que no puede dejar de realizar todo juez en la aplicación de la ley a casos concretos, así, el CPCM en el Art. 2 inciso segundo parte primera, literalmente instituye: *Todo juez, a instancia de parte o de oficio, deberá examinar previamente la constitucionalidad de las normas de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las decisiones que se adopten en el mismo.* Dicha labor se debe de realizar con mucho más detenimiento al pretender aplicar leyes o normas que emanan de otros países. Es así, que se debe de cuestionar si la aplicación de normas extranjeras choca con las normas, o principios constitucionales y por ende no debería el juzgador de aplicar norma de otros países a los procesos civiles y mercantiles de El Salvador.

Al partir de una idea sobre la conformación del Estado desde Constitucionalismo, para que el Estado exista como tal deben de coexistir al menos tres elementos: 1) Población, 2) Territorio, y 3) El Poder o Gobierno, una característica importante de este último es la *Soberanía*. Totalmente reconocida por nuestra Constitución al establecer en el Art. 83: *“El Salvador es un Estado soberano”*. Sobre este punto es que Werner Goldschmidt,⁶⁷ ya se había referido y advertía que la aplicación del Derecho Extranjero pone en riesgo la soberanía de los Estados por los motivos siguientes:

Que un Estado sea soberano, significa que este tiene la potestad y la autonomía de autogobernarse, creando sus propias leyes, y juzgando (por

⁶⁷ Goldschmidt: *“las consecuencias jurídicas de la norma del derecho internacional privado”*. 91.

medio de un órgano judicial) conforme a la ley. Como explica H. MUIR-WATT, el Derecho Extranjero no se puede considerar como Derecho, ya que si así fuera, se estarían aplicando, en un país, los Mandatos Soberanos dictados por otro país, lo que comportaría una lesión intolerable de la Soberanía estatal del país cuyos tribunales conocen del asunto⁶⁸.

Entonces, el que quepa la posibilidad de aplicar leyes que han sido creadas por otro, es una vulneración clara a la soberanía de un estado y por lo tanto no debe de aceptarse tal práctica.⁶⁹. A contrario sensu de la idea de que la aplicación del Derecho Extranjero en los procesos civiles y mercantiles de El Salvador, podemos llegar a la conclusión que en un proceso determinado sea necesario la aplicación de normas de otro país, por el contrario de generarse una violación a normas constitucionales, se esté salvaguardando derechos de las partes.

La “Tutela Judicial Efectiva” proclama que toda persona tiene derecho a una “respuesta de fondo”, razonada en Derecho, sobre su pretensión ejercitada ante los tribunales españoles. Por tanto, la tesis que se prefiera sobre la cuestión de qué hacer ante un caso en el que el demandante funda su pretensión en el Derecho español cuando el caso debe regularse por un Derecho Extranjero, debe satisfacer las exigencias derivadas del derecho de “tutela judicial efectiva”. Cualquier solución que se ofrezca a la cuestión

⁶⁸ Calvo Caravaca, *la prueba del derecho extranjero ante los tribunales españoles*. 89

⁶⁹La idea de una intromisión y violación a la soberanía del Estado no solo se ha expresado en la doctrina en España, se ha recurrido a dicho fundamento en la jurisprudencia, *el Derecho extranjero no se trata procesalmente como Derecho, pues ello supondría un atentado contra la Soberanía española, ya que supondría aceptar en España mandatos de Soberanos extranjeros. Por ello, para el TS, el Derecho extranjero se comporta como un Hecho Procesal. Como tal, el Derecho extranjero debe alegarse y probarse «a instancia de parte»* (STS 21 junio 1864, STS 20 marzo 1877, STS 13 enero 1885, STS 26 mayo 1887, STS 28 enero 1896, STS 7 noviembre 1896, STS 19 noviembre 1904, STS 1 febrero 1934, STS 9 enero 1936, STS 17 julio 1937, STS 29 septiembre 1956, STS 16 diciembre 1960, STS 30 junio 1962, STS 6 junio 1969, STS 5 noviembre 1971).

debatida, debe estar, en todo caso, jurídicamente fundada, motivada y ser razonable y “no arbitraria”.

Los supuestos específicos en los que el “derecho a la tutela judicial efectiva” puede resultar vulnerado son los que siguen. Se infringe la “tutela judicial efectiva”, en particular, en estos supuestos: a) Cuando se priva a la parte titular del acceso a la jurisdicción; b) Cuando, personada en el proceso que se sigue ante los tribunales españoles, la parte no obtiene respuesta; c) Cuando, obteniendo respuesta, ésta presenta un fundamento jurídico, pero dicho fundamento resulta arbitrario; d) Cuando, obteniendo respuesta jurídicamente fundamentada y no arbitraria, el fallo judicial no se cumple.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no implica el derecho de la parte a obtener un “*pronunciamiento acorde con las pretensiones de la parte*”, sino el derecho a obtener “*una resolución fundada en Derecho*”. Del mismo modo, al declarar la improponibilidad no significa que se deniegue el acceso a la jurisdicción sino que las pretensiones de las partes adolecen de un vicio el cual no permite la prosecución del proceso.

3.2 Aplicación de Oficio o Alegación de Parte

Dos modelos teóricos básicos se han propuesto como respuestas globales para regular satisfactoriamente la cuestión de la aplicación y prueba del Derecho Extranjero⁷⁰. La razón de que se presente la dualidad de posiciones donde se considera que debe de ser por medio de la alegación de la parte que intente valerse del mismo para obtener un resultado favorable; y por otra en la cual el juez tiene potestades de realizar todo tipo de diligencias para tener por establecido tanto la existencia y validez del mismo.

⁷⁰ Calvo Caravaca, *la prueba del derecho extranjero ante los tribunales españoles*, 70.

De la forma en cómo se introducen el Derecho Extranjero al proceso civil y mercantil para luego estas puedan convertirse en objeto de prueba, tiene sus raíces en las consideraciones sobre su naturaleza, que como expusimos en el Capítulo II, se reducen a dos, darle valor de un hecho o considerarlo como derecho. Veamos qué efectos procesales se generan al considerar ambas situaciones. Dependerá de la postura que se adopte el Derecho Extranjero puede considerarse de dos formas:

3.2.1 Como hecho

La consideración de hecho o teoría fáctica, es considerada la postura tradicional, y como se ha expuesto anteriormente, consiste en que al Derecho Extranjero al ser objeto de proceso se le considerará como un hecho y desplegará los efectos de tal institución jurídica⁷¹. Para poder dimensionar lo que significa que el Derecho Extranjero sea considerado hecho hagamos una pequeña reseña sobre lo que es un hecho, un hecho jurídico y un hecho procesal. Un hecho, llanamente, es todo supuesto, acontecimiento, o suceso que es creado por la naturaleza o por la actuación humana; entonces un hecho jurídico, es todo acontecimiento de la realidad donde se generan consecuencias jurídicas con el fin de causar efectos jurídicos, un hecho procesal debemos de entenderlo como aquel acontecimiento de la realidad que causa efectos en el proceso.

El Proceso Civil y Mercantil se caracteriza por ser eminentemente dispositivo, el sistema judicial se activará, cuando las personas titulares de un derecho

⁷¹ Los actos jurídicos son hechos voluntarios que tienen la intención de producir efectos jurídicos. doctrinariamente existe Discusión al respecto de los hechos y actos jurídicos y su diferencia.

subjetivo demandan ya sea su protección o el cumplimiento. *El Artículo 6 del CPCM es claro en exponerlo, a su tenor literal establece: la iniciación de todo proceso civil y mercantil, corresponde al titular del derecho subjetivo o interés legítimo que se discute en el proceso; y dicho titular dispondrá siempre la disponibilidad de la pretensión.*

Y como consecuencia de la disposición se desprende el principio de aportación, consistente en que los hechos introducidos al proceso corren siempre bajo la responsabilidad de las partes. (Art. 7 CPCM). De lo expresado anteriormente es posible identificar cual es la primer consecuencia de la consideración de hecho del Derecho Extranjero, y es que, debe de ser introducido al proceso a instancia de parte.

Como el Derecho Extranjero es un Hecho Procesal lo deben probar las partes interesadas: los tribunales permanecen al margen de la prueba de los Hechos. Este primer argumento es, hoy en día, dice, Alfonso-Luis Calvo Caravaca, que es totalmente insostenible. En efecto, aplicar un Derecho Extranjero en otro país en calidad de Derecho, no lesiona en absoluto la Soberanía de ese otro país, pues el Derecho Extranjero no es Derecho vigente en otro país, sino que sólo se aplica en otro país. Y de ello deriva que las legislaciones más modernas abandonen de modo radical la ecuación Derecho Extranjero igual Hecho Procesal.

Dicha ecuación es falsa, por dos motivos. Primero, porque al comprobarse que la aplicación de un Derecho Extranjero no daña la Soberanía del Estado cuyos tribunales conocen del asunto, no existe ninguna necesidad de concebir el Derecho Extranjero como un mero y simple hecho procesal. Segundo, porque el Derecho Extranjero no desarrolla las funciones que despliegan los

hechos procesales. El Derecho Extranjero resuelve el litigio (al igual que hace el Derecho nacional cuando es aplicable al fondo del asunto). Desarrolla, por tanto, una función estrictamente jurídica. Los hechos procesales no resuelven el fondo del litigio, no resuelven la controversia. En segundo lugar El Derecho Extranjero es Extranjero.

Por ello no se puede tratar igual que el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto. Consecuencia: el principio *iura novit curia* sólo debe alcanzar al Derecho nacional y nunca al Derecho Extranjero. Y por último La aplicación del Derecho Extranjero, en la mayor parte de los supuestos, beneficia exclusivamente Intereses particulares y no Intereses Generales, razón por la que deben ser las partes interesadas las que prueben el Derecho Extranjero⁷².

Sin abandonar su utilización usual, en ocasiones se inserta la máxima, para explicar y delimitar su relación con el principio de congruencia, en conformidad con lo que se indica en porque la libertad que el Tribunal tiene para la aplicación del Derecho porque lo conoce, porque sabe qué Derecho ha de aplicar.

3.2.2. Falta de prueba del Derecho Extranjero por las partes

Cuando un juez resuelve un caso debe de atenderse a lo que las partes planteen en sus escritos iniciales, es decir la demanda, y a los hechos y razonamientos jurídicos en que las partes se basan. Si la prueba que las partes aportan al proceso no es suficiente para que el juez tenga plena convicción sobre los hechos que se pretendían probar el juez, debe de

⁷² Caravaca, *La prueba del derecho extranjero ante los tribunales españoles*, 65.

desestimar la causa, mismo efecto se crea cuando, sobre ciertos hechos no se aporta prueba.

El juez se encuentra limitado, a resolver lo que las partes le piden, y no puede resolver más de lo pedido, de igual manera se encuentra inhibido de diligenciar prueba de oficio ya que esa es una de las tareas principales de las partes, por lo tanto al final del proceso, lo que se obtendrá será una sentencia desestimatoria de aquella parte que sustentó su pretensión o resistencia en nomas de Derecho Extranjero⁷³. ¿Cuáles son los efectos de una sentencia desestimatoria?

i. Como se ha adelantado ya esa sentencia no comporta denegación de justicia, y mucho menos supone un “*non liquet*”, significa simplemente por una parte que la demanda no ha sido planteada correctamente y por otro que la inexistencia de prueba induce al juez a rechazar la pretensión.

ii. Existe cosa juzgada formal, finalizándose el proceso, cuando el rechazo se genera en la improponibilidad, teniendo la oportunidad de presentar la demanda nuevamente, solventando los defectos que hicieron que acarreará la improponibilidad.

El CPCM dedica una disposición específica a este tema: el Art. 313; de este precepto deben destacarse varios aspectos. Primero, el hecho en sí de que la prueba del Derecho Extranjero sea objeto de tratamiento en un contexto netamente procesal y que esta disposición se refiera exclusivamente al

⁷³ Si se dice que al demandante que sustente su demanda en derecho extranjero, y pueda probarlo, se le desestimaré la demanda, mismo efecto acarrearé a la parte demandada que sustente su resistencia en la aplicación de derecho extranjero y no logre probarlo, el juez declarará no ha lugar las excepciones y estimará las pretensiones del demandante.

problema de la prueba, sin vinculación con la alegación. Esta disociación de la alegación es argumento a favor de la lectura especializada respecto de la prueba. Segundo, el Art. 313 CPCM separa la cláusula general de prueba de los hechos de un apartado.

En que se dispone que: "También serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho Extranjero", positivizando una asociación distinta de la tradicional alegación prueba. Tercero, su tenor literal pone en evidencia que la prueba del Derecho Extranjero es interés del proceso no un interés de parte, con independencia de que la materia objeto del proceso sea o no de libre disposición. Puesto que es al juez como director del proceso el que tiene la facultad de valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su prueba.

3.3. Aplicación del Derecho Extranjero en el Código Procesal Civil y Mercantil

La entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, es relativamente nueva, habiendo entrado en vigor el CPCM⁷⁴, en el año dos mil diez, su aparición trajo consigo instituciones novedosas al proceso civil y mercantil salvadoreño, dicha cuerpo normativo ha sido enormemente influenciado de forma teórica por el derecho peruano y el español, sobre este último no solo de forma teórica sino además legislativa ya que uno de los modelos a seguir para la creación del CPCM fue la ley de enjuiciamiento civil de España entrada en vigencia en dicho país en el año dos mil, del mismo modo que gran importancia jugó el código procesal civil modelo para Iberoamérica.

⁷⁴ Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador. 2008, Decreto No. 712, Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381, de fecha 27 de noviembre de 2008.

Es así que muchas instituciones procesales incorporadas al CPCM tuvieron como antecedente la LEC de España, y en lo particular al caso sobre la aplicación del Derecho Extranjero tanto es literal la regulación de la LEC y el CPCM. En la Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentra en el Art. 281.2 LEC. El precepto que literalmente indica: *(También serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho Extranjero. El Derecho Extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación)* ⁷⁵.

Y en el CPCM literalmente indica el Art. 313 La prueba tendrá por objeto: ordinal 3º El Derecho Extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia; pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para asegurar su conocimiento.

Más adelante en el Art. 315 inciso primero, del CPCM se establece que: *las partes que sustente su pretensión en normas de Derecho Extranjero deberán probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación.* Este apartado guarda relación con el artículo 7 en lo relativo a la aportación, la cual es obligación de las partes introducir tanto los hechos y las pruebas de estos en el proceso.

Particular curiosidad resulta, que para tal institución jurídica, tan controversial y discutida en la doctrina, legislativamente solo se le dediquen dos Artículos en el Código Procesal Civil y mercantil, máxime cuando dichos Artículos no resuelven el problema y aún más cuando de una simple lectura estos Artículos en referencia que son el Art. 313 y 315 CPCM parece ser contradictorios entre

⁷⁵ Véase el código procesal civil y mercantil comentado.

sí. La regulación de la prueba del Derecho Extranjero en el CPCM es sólo parcial⁷⁶ (no exhaustiva). Esta afirmación debe ser entendida en dos sentidos.

Indudable es la influencia doctrinaria y normativa que el CPCM recibió del derecho español especialmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁷, en relación a ello es procedente traer a mención los estudios realizados por los profesores Alfonso-Luis Calvo Caravaca sobre la regulación en la LEC. En primer lugar, lo que la LEC regula en relación con la alegación y prueba del Derecho Extranjero es una regulación de Líneas Generales. En otras palabras, puede afirmarse que el Art. 281.2 LEC contiene un sistema de Textura Abierta en relación con la prueba del Derecho Extranjero.

Ello significa que el legislador español ha renunciado a elaborar en la LEC una regulación exhaustiva y minuciosa de la prueba del Derecho Extranjero. Pudo hacerlo y no lo hizo. Pudo haber concretado cuáles son los medios de prueba del Derecho Extranjero, el momento procesal oportuno al efecto, pudo fijar rígidamente la obligación del tribunal y/o de las partes de probar el Derecho Extranjero en todos o en algunos procesos, y no lo hizo.

En palabras del profesor Alfonso-Luis Calvo Caravaca, al referirse en específico al Art. 281. 1 de la LEC⁷⁸ *“El legislador eligió otro camino: proporcionar las (líneas maestras) del régimen jurídico de la prueba del*

⁷⁶ Como más adelante se verá, existen cuerpos normativos que se refieren a la prueba del derecho extranjero en específico, como es el código de Bustamante.

⁷⁷ La redacción del Artículo 281 parte dos de LEC literalmente dice: 2. *También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.*

⁷⁸ Caravaca, *La prueba del derecho extranjero ante los tribunales españoles*, 71.

Derecho Extranjero, y dejó intencionadamente a los tribunales la tarea de elaborar respuestas concretas a las cuestiones no reguladas en la LEC. Por ello, la regulación española sobre la prueba del Derecho Extranjero es una combinación de (regulación legal básica) y de (regulación jurisprudencial de desarrollo). Esta opción en favor de un sistema flexible debe ser valorada de modo muy positivo.

Sobre ello continúa manifestando el profesor Alfonso-Luis Calvo Caravaca: Por tanto, la norma general de DIPr. Relativa a la prueba del Derecho Extranjero no se puede aplicar literalmente a los casos con perfiles específicos. Ello causaría Injusticias y Resultados Absurdos, ya que la norma general no fue diseñada para tales Casos con Perfiles Específicos. Solución: las Normas Generales deben ser objeto de las oportunas reducciones teleológicas por parte del intérprete.

El tribunal debe llevar a cabo un desarrollo judicial del DIPr. El legislador es consciente de que la Ley general necesita un Desarrollo Particular por parte de los jueces. El legislador pudo establecer en la LEC 1/2000 un régimen de prueba del Derecho Extranjero mucho más particularizado, más rígido, con la intención de cubrir hipótesis más concretas y singulares. Pero como antes se dijo, el legislador, pudiendo perfectamente haberlo hecho, no lo hizo. Esta dejación del legislador es deliberada y no tiene nada que ver con su falta de respeto por la seguridad jurídica.

Se comparte en totalidad el planteamiento del profesor Caravaca, puesto que, ninguna ley puede prever las infinitas conductas humanas que merecen regulación jurídica, la misma dinámica del derecho, lo cambiante de la realidad es lo que permite que una ley no pueda regular todo tipo de relaciones

jurídicas de forma exhaustiva, mismo efecto que causa que la ley cambie constantemente.

Al inicio del presente capítulo, se dijo que, el CPCM trajo consigo muchas novedades, una de ellas es que, en este código el juez no es un simple espectador del proceso ni siquiera un juez director, es un juez con un rol más activo, con potestades oficiosas; y muy importante es que ante la exigua claridad de la ley este puede crear criterios orientadores, los cuales bajo requisitos específicos pueden convertirse en fuente de derecho.

3.4. Regulación de la Aplicación del Derecho Extranjero en el Código Procesal Civil y Mercantil.

A manera de contextualizar una institución tan compleja y poco estudiada en nuestro país como lo es la aplicación o carga de la prueba del Derecho Extranjero en la normativa procesal civil y mercantil vigente; el CPCM se encuentra compuesto por seis libros, lo relativo a la prueba del Derecho Extranjero, forma parte del libro segundo, el cual regula lo relativo a los Procesos Declarativos, Común y Abreviado; el capítulo tercero del libro segundo es el apartado que trata sobre la actividad probatoria, siendo esta desde su proposición hasta la valoración. Dentro de este capítulo dos son los Artículos, el Art. 313 Ord. 3° y el 315 que el código dispone para tratar la regulación del Derecho Extranjero, entiéndase, cuando se hace referencia a regulación a aspectos como, ofrecimiento, carga de la prueba, medios probatorios, valoración etc.

No existe un apartado en ninguna otra disposición del CPCM a que se haga referencia de forma específica a esta institución jurídica, fácilmente se podría concluir que estamos en presencia de una regulación incompleta, ambigua e

incluso en presencia de una laguna legal lo que conduce a una inseguridad jurídica y una violación a los derechos fundamentales de los justiciables; en cierto grado se puede afirmar que el tratamiento que se ha dado no ha sido el más completo pero ello no debe significar que se está ante un problema sin solución.

Un esfuerzo de integración de normas requerirá para poder encontrar respuestas a interrogantes como las ya planteadas, tales como, a quien corresponde la carga de prueba, medios idóneos para probarlo, momento procesal para el ofrecimiento y valoración etc. Si bien es cierto, el CPCM no es el único cuerpo jurídico positivo que se encarga del tema, tratados como el Código de Bustamante, tratan sobre ello, se profundizará más adelante al respecto de este tratado⁷⁹.

Existen dos sistemas para regular los medios probatorios de los cuales se puede disponer en un proceso, uno donde, los medios probatorios son limitados y específicamente regulados por la ley, a este sistema se le conoce como “*numerus clausus*” y por otro lado un sistema en el cual las partes pueden utilizar todo tipo de medio probatorio del que tengan disposición los regule o no la ley, siempre y cuando no se vulneren derechos fundamentales a este sistema se le conoce como “*Apertus clausus*”.

En el sistema procesal civil tenemos un sistema Apertus Clausus, pero con ciertas limitaciones lo que se deduce de lo regulado en el Art. 330 al disponer: *“la prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios previstos en este código.”* De la lectura de este inciso fácilmente se puede concluir que estamos ante un sistema de medios probatorio completamente cerrado, pero

⁷⁹ Conforme al Art. 1 parte primera de la constitución, el Estado está organizado para garantizar la seguridad jurídica, de toda persona.

a continuación en el inciso segundo se dispone: “los medios probatorios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no se afecte la moral o la libertad personal de las partes o terceros y se diligenciaran conforme a las disposiciones que se aplican a los medios regulados.”

Este inciso da una libertad probatoria a las partes para la utilización de medios probatorios no previstos por el código, previendo el legislador que existen medios probatorios no regulados. Las reglas para llevar a cabo la prueba del Derecho Extranjero deben ser, necesariamente, reglas generales y flexibles y no reglas puntillosas y excesivamente particulares, singulares y por tanto, rígidas. De ser así Serían unas reglas inútiles. Ello es así porque sólo las normas jurídicas que contienen enunciados generales son justas (proporcionan una igualdad de tratamiento legal) y útiles (una norma formulada para casos singulares es poco efectiva: sólo se aplicaría en contadas ocasiones). No es apropiado aplicar la norma general de DIPr. Relativa a la prueba del Derecho Extranjero a ciertos casos particulares. La ley no disimula *los vacíos quedeja*: el legislador y la ley son conscientes de la finitud de la ley, de su carácter necesariamente incompleto. Por tanto, la norma general de DIPr. Relativa a la prueba del Derecho Extranjero no se puede aplicar literalmente a los casos con perfiles específicos.

Ello causaría injusticias y resultados absurdos, ya que la norma general no fue diseñada para tales casos con perfiles específicos. Solución: las Normas Generales deben ser objeto de las oportunas Reducciones Teleológicas por parte del intérprete. El tribunal debe llevar a cabo un Desarrollo judicial del DIPr. El legislador es consciente de que la Ley general necesita un desarrollo particular por parte de los jueces.

El legislador pudo establecer en la LEC 1/2000⁸⁰ un régimen de prueba del Derecho Extranjero mucho más particularizado, más rígido, con la intención de cubrir hipótesis más concretas y singulares. Pero como antes se dijo, el legislador, pudiendo perfectamente haberlo hecho, no lo hizo. Esta “dejación del legislador” es deliberada y no tiene nada que ver con su falta de respeto por la Seguridad Jurídica. Estudiando a detalles, el Código Procesal Civil y Mercantil afirma que:

- i. El Derecho Extranjero debe ser probado (pero no indica si debe probarse el Derecho Extranjero Proceso por Proceso, es decir, cada vez que un Derecho Extranjero sea aplicable)⁸¹;
- ii. Debe probarse el Contenido y la Vigencia del Derecho Extranjero;
- iii. Como *regla general*, la prueba del Derecho Extranjero se practica «a instancia de parte pero es cierto que caben Excepciones a dicha regla (Art. 3.13 inc. 2º CPCM, aunque también es verdad que la LEC no indica «en qué casos puede o debe intervenir el tribunal en la prueba del Derecho Extranjero»);
- iv. El Derecho Extranjero es algo totalmente diferente de los Hechos Procesales: los hechos procesales están sujetos a unas reglas determinadas de prueba que no son aplicables.

3.5. Objeto de Información (prueba) del Derecho Extranjero

Hasta el momento para referirse a la aplicación del Derecho Extranjero, se ha hecho referencia principalmente a la prueba de este. La doctrina moderna disiente de la utilización de la formula “*prueba del Derecho Extranjero*”, y modernamente es más aceptado la formula “*información del Derecho*

⁸⁰ El autor hace referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

⁸¹ Caravaca, *Prueba del derecho extranjero ante los tribunales españoles*. P71

Extranjero”; dicha disyuntiva tiene sus orígenes en la naturaleza misma atribuida al Derecho Extranjero, en el proceso, es decir a la consideración como hecho y como derecho.

Siempre que el Derecho Extranjero fue considerado como un hecho, se habló de prueba, puesto que no cabe duda que los hechos siempre serán merecedores de prueba en el proceso, y dado que esta fue la posición dominante de la doctrina por mucho tiempo y casi por unanimidad la “prueba del Derecho Extranjero” era utilizada sin ningún problema.⁸² Ahora bien, como se ha demostrado anteriormente, a partir del Siglo XX se venía gestando un cambio de posición en lo que respecta a la naturaleza de este, y principalmente Europa se estaba despojando de la clásica consideración de hecho al Derecho Extranjero, resultando que, se considerara al Derecho Extranjero como tal, es decir, como un derecho⁸³.

Bajo la perspectiva de un abandono de la teoría fáctica y una orientación a la consideración del Derecho Extranjero como derecho, se prefiere referirse al mismo en el ámbito del derecho internacional privado como “información del Derecho Extranjero” puesto que, el juez bajo la cooperación judicial puede solicitar información a otro Estado sobre su derecho. Es así que se sienta la posición que la prueba, es una actividad que corresponde exclusivamente a los hechos y por ende introducidos por las partes, y por no serlo el DE, este no se prueba, si no que se “ACREDITA” su existencia, mediante información suministrada al juez ya sea por las partes o de oficio cuando este solicita cooperación judicial.

⁸² José Carlos Fernández Rojas: *Problemas actuales de la aplicación de derecho internacional privado por los jueces Españoles*, (España: Consejo General del Poder judicial. 1997), 222.

⁸³ Movimiento iniciado por Carl Von Savigny en su tomo XIII de su obra *Instituciones de Derecho Civil Romano* tomo VIII.

Cuando se crea la comisión para la creación de la Convención Interamericana Sobre Prueba e Información Acerca del Derecho Extranjero, uno de los puntos a discutir fue la terminología utilizada en esta para referirse a la actividad procesal cuando se tratase de averiguar el derecho de otro Estado, prefiriéndose la utilización de Información del Derecho Extranjero, pero como se puede observar se comete la equivocación de utilizar prueba e información indistintamente.

Vale decir que el sentido de la convención es conceder al juez mayores potestades investigativas sobre el Derecho Extranjero y procurar la mayor cooperación entre los Estados cuando se solicite, siendo esta una nota característica de la teoría moderna de la naturaleza del Derecho Extranjero⁸⁴.

3.6. Objeto de Información del Derecho Extranjero

El objeto de prueba serán aquellos elementos sobre los cuales esta recae, en palabras más sencillas es, lo que debe de probarse. La pregunta que surge es, ¿Qué se debe de entender por Derecho Extranjero? La definición de Derecho Extranjero debe de ser acorde a lo que se entiende por derecho, sin más, con el adjetivo de no ser nacional. Por derecho, en su vertiente normativa⁸⁵, podemos decir que es el conjunto de mandatos, prohibiciones o permiten, originarias de un país distinto al que se pretenden aplicar. Es cierto que el CPCM no indica qué parte debe probar el Derecho Extranjero, demandante o demandado. En tal caso puede presumirse, como punto de

⁸⁴Respecto a la expresión “prueba”, término utilizado por la Convención en el título, acápite y en varios artículos, consideramos inconveniente su empleo, pues puede conducir al error que se interprete que el sistema interamericano se afilia a una concepción atributiva de índole fáctica al derecho extranjero, posición opuesta a aquella consagrada por el examinado art. 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales. En la medida que esta Convención, que regula la teoría general del DIPr., concibe a la normativa ajena al foro como derecho, no corresponde en puridad hablar de “prueba”, sino de “información”

⁸⁵ Ya que “derecho” puede ser visto desde distintos sentidos, como una facultad, como un atributo de toda persona, inherente a su condición, es decir un derecho humano etc.

partida, que ante la falta de indicación legal, valen las “reglas generales”. De este modo, la parte interesada en la aplicación del Derecho Extranjero deberá probarlo.

Puede ser, por tanto, el demandante o el demandado. Dependerá del caso. Esta regla se justifica porque, visto que la aplicación del Derecho Extranjero afecta a un “Interés particular” y no a “Intereses de la Comunidad Social”, es justo que sean las partes las que asuman los costes de la prueba del Derecho Extranjero. Conforme el Art. 313 Ord. 3º CPCM en lo que respecta al Derecho Extranjero cuando este sea objeto de prueba, se probará su “contenido y vigencia”, claramente el CPCM como Derecho Extranjero ha considerado únicamente a las normas jurídicas y más específicamente a la ley.

En un sentido amplio, cuando se habla de derecho no se hace referencia únicamente a las normas jurídicas sino que Por Derecho Extranjero hay que entender el entero ordenamiento jurídico extranjero, comprendiendo todo tipo de normas jurídicas que lo integren y que sean aplicables al caso concreto: normas escritas, costumbre, jurisprudencia, los principios generales, etc.

El Art. 313 Ord 3º CPCM como ya lo decíamos solo indica que hay que probar, el contenido y vigencia lo que sugiere que solo se refiere a las leyes, dejando fuera, la costumbre, principios, jurisprudencia, etc. En el derecho español actualmente mediante jurisprudencia se ha llegado a sostener que no basta con probar únicamente la vigencia y contenido del Derecho Extranjero, sino que hay que ir más allá, para establecer la correcta interpretación del Derecho Extranjero, y ello conlleva inevitablemente probar:

a) El *contenido* del Derecho Extranjero: el tenor literal de las normas extranjeras;

b) La *vigencia y existencia* del Derecho Extranjero, lo que es importante en relación con países de reciente creación y en casos de posible contradicción entre las Leyes de un país concreto y la Constitución de dicho país;

c) La *interpretación concreta* de las normas del Derecho Extranjero: ello incluye, en su caso, la prueba de la jurisprudencia extranjera que aplica e interpreta el Derecho Extranjero; d) la *aplicabilidad* del Derecho Extranjero al caso concreto⁸⁶.

Acreditar el Derecho Extranjero aplicable a un caso, ya sea estableciendo el contenido y vigencia del mismo, no basta con que la parte interesada, incorpore una ley en un documento físico pues no bastaría, puesto que es posible que se encuentre una regulación sobre ese mismo objeto en otro cuerpo normativo, el cual deberá de aportarse también.

El contenido no puede limitarse a presentar un Código normativo, sino toda la legislación aplicable al caso, la general y especial, con la necesaria exégesis de los preceptos de acuerdo con los mecanismos de interpretación propios de la Legislación en la que estén integradas las normas cuya aplicación se pretenda, en especial si existe Doctrina Judicial vinculante.

Como ejemplo para ilustrar de mejor forma lo antes dicho, Piénsese en una compraventa, entre sociedades, en un supuesto que una de ellas pretendiere la declaratoria de nulidad de una de sus cláusulas, para resolver el derecho aplicable, será necesario recurrir al condigo civil, código de comercio, ley de protección al consumidor, etc.

⁸⁶ Jurisprudencia, citada por Alfonso Luis Calvo Caravaca, STS 11 mayo 1989, STS 25 enero 1999, STS 17 julio 2001, SAP Girona 27 mayo 2002.

Un elemento más a considerar será que no basta probar la vigencia y contenido del Derecho Extranjero, necesario será además probar la positividad de este, ya que, ciertas normas, la creación de otra normativa han sido derogadas de forma tácita y si bien es cierto su contenido sigue establecido en el cuerpo normativo mediante nuevas legislaciones se ha dejado sin efecto., como ejemplos podemos citar la derogatoria tácita del Art. 72 del CC por el Art. 1 inc. Segundo de la Cn⁸⁷. En lo relativo al momento en que se debe de considerar persona, disponiendo el CC. que es desde el momento del nacimiento y en cambio la Cn desde la concepción y por jerarquía normativa prevalecerá siempre la Cn-conforme el principio de supremacía constitucional que se encuentra en el Art. 248 Cn- sobre el CC. Otro ejemplo es el Art. 25 y 26 del CC por el Art. 3 de la Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia LEPINA en lo relativo a la edad en que a una persona se le considera niño o adolescente, dispone el Cc que serán infantes o niño o niña aquellos que no han cumplido siete años y e impúber la niña que no ha cumplido doce y en el caso de los niños que no hayan cumplido catorce.

Por su parte la LEPINA dispone que son niño o niña aquellos que no han cumplido doce y adolescentes los menores de dieciocho y mayores de doce, por ser una ley especial y más garantista tiene prevalencia la LEPINA sobre el código civil. No obstante lo dicho los Art. 72, 25 y 26 del Cc, nunca han sido derogados expresamente pero no son positivos por no tener ya aplicación. Una situación más a tener en cuenta es que los países con cultura jurídica basada en el common law, en la cual la fuente principal del derecho está basada más en las resoluciones judiciales o en los criterios jurisprudenciales que en la ley. Cuando sea necesario probar el Derecho Extranjero de países

⁸⁷ Conforme el Art. 50 de CC, la derogatoria de las leyes podrá ser expresa o tácita, es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

con esta cultura, probar vigencia y contenido de una norma no será suficiente ya que la fuente principal de derecho son las resoluciones judiciales y sobre estas deberá de recaer el objeto de prueba.

3.7. La Aparente Incongruencia del Art. 313 ord. 3° y el art. 315 del Código Procesal Civil y Mercantil

Tal y como ya se ha afirmado anteriormente en el CPCM son dos los Artículos que dedican tratamiento al tema de la aplicación del Derecho Extranjero y más específicamente a la carga de la prueba del mismo, así como también se ha dejado sentado que la poca regulación de ello no es sinónimo de que exista vacío legal o regulación incompleta sino más bien que el legislador quiso que lo que la ley no expresa por no ser esta casuística se deja en funciones de los juzgadores⁸⁸, amparado a ello el enfoque del código de otorgar más oficiosidad en sus funciones. No obstante los ya mencionados Art. 313 Ord 3° y 315 inciso primero que son la normativa exclusiva en lo que respecta a la aplicación del Derecho Extranjero; al parecer discrepan entre si sobre a quién corresponde probar el Derecho Extranjero y de quien depende la iniciativa de este al introducirlo al proceso, literalmente estos establecen.

Art. 313 Código Procesal Civil y Mercantil: *La prueba tendrá por objeto: 3° El Derecho Extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia; pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para asegurar su conocimiento.*

Por su parte reza el Artículo, 315 Código Procesal Civil y Mercantil: *La parte que sustente su pretensión en norma de Derecho Extranjero deberá probar su*

⁸⁸ Para referencia véase el punto 3.3 del presente capítulo.

contenido y vigencia, sin perjuicio de que el juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación. De la lectura de estas disposiciones dan potestades tanto al juez de diligenciar prueba tanto como a la parte que se valga de este, entonces existe carga de la prueba o el juez puede solicitarla sin perjuicio que sea requerido por una de las partes.

Se ha expresado que existe una aparente contradicción entre estas disposiciones ya que en el fondo esta no existe y estos Artículos regulan situaciones distintas. El acápite del Art. 313 dispone: *objeto de prueba*, en el capítulo uno se hizo alusión a lo que debe de entenderse por objeto de prueba y siguiendo las ideas de Montero Aroca este hace referencia a *todas aquellas realidades en que en general pueden ser probadas de las cuales se derivan consecuencias Jurídicas*, y es por ello que este Artículo hace una clasificación de lo que debe probarse en el proceso, haciendo clasificación ello⁸⁹.

Entonces, dicho Artículo no regula lo relativo a carga de la prueba sino no que únicamente establece las realidades que deben de probarse y una de ellas es son normas jurídicas y las realidades jurídicas que se introducen al proceso únicamente pueden ser por conducto de las partes. Dicho de otro modo, este Artículo sirve dejar en claro, el objeto de prueba de un proceso pero además, que este siempre deberá ser introducido por las partes, porque son estas las que tienen la disponibilidad de la pretensión y está siempre recaerá sobre el objeto del proceso.

Ahora bien, el Artículo 315.CPCM en su acápite *“prueba del derecho”* sin perjuicio de la crítica conceptual que ya hemos hecho a la utilización de formula *“prueba del derecho”*, este Artículo está refiriéndose concretamente a

⁸⁹Aroca. *Derecho Jurisdiccional II*. 147.

aquel sujeto procesal sobre el cual recae la obligación acreditar la existencia del Derecho Extranjero cuando es objeto de debate en un proceso.

Literalmente establece este Artículo: *La parte que sustente su pretensión en norma de Derecho Extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación.* No cabe duda que el código ha decidido que la carga procesal para acreditar la existencia del Derecho Extranjero siempre recaerá sobre las partes, pero sobre todo, sobre aquella que intente valerse de este. Debiendo utilizar el medio o medios probatorios idóneos para que el juez se sienta completamente ilustrado sobre la existencia y validez de este.

Cuando el Art, 315 CPCM establece: *sin perjuicio de que el juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación,* pareciera que da iguales potestades al juez para que por su cuenta utilice los medios probatorios idóneos para acreditar el Derecho Extranjero, pero no es así, ya que, cuando se dice que *el juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación,* se está en presencia de una excepción a la regla general, que como ya se dijo es a la parte interesada quien debe de realizar todos los actos tendientes a acreditar la existencia y validez⁹⁰.

El juez podrá disponer de todo el aparataje judicial para que se realicen las diligencias de averiguación o acreditación, a manera de colaboración con una de las partes, única y exclusivamente cuando esta ha intentado de todos los medios a su alcance y no pudo acreditarlo o dado el exceso costo económico no le es posible hacerlo. Ante dicha imposibilidad solicita al juez que disponga de cuantos medios posea para lograr la acreditación de este.

⁹⁰Art. 315 CPCM.- La parte que sustente su pretensión en norma de derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el Juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación.

Entonces son dos los requisitos que deben de concurrir necesariamente para que el juez pueda realizar diligencias de oficio para acreditar el Derecho Extranjero. 1- que para las partes o las partes sea imposible lograr acreditarlo por sus medios. 2- que ante tal imposibilidad, esta solicite al juez que ordene diligencias para acreditarlo. Obsérvese que el juez no actúa completamente de forma oficiosa en todos los casos siempre existe una actuación previa de las partes como lo es la solicitud.

Los casos más frecuentes de “imposibilidad de prueba del Derecho Extranjero por las partes” son los siguientes: (a) el país cuya Ley debe ser probada es un país muy lejano y/o está envuelto en conflictos bélicos u otras turbulencias sociales, lo que hace que, de hecho, los particulares tengan muchas dificultades para recabar información jurídica procedente de dichos países; (b) la parte no dispone de «recursos económicos suficientes» para costear una exitosa prueba del Derecho Extranjero, por lo que, de hecho, la prueba del Derecho Extranjero resulta imposible para dicha parte.

3.8. Criterios Jurisprudenciales

Referencia: 47-EMSM-12, emitida por la Honorable Cámara Tercera De Lo Civil De La Primera Sección Del Centro, con fecha treinta de marzo de dos mil doce. Donde se resolvió sobre el Recurso de Apelación de la sentencia pronunciada por Juzgado de lo Civil de San Marcos, en el proceso ejecutivo promovido por “Banco Improsa, Sociedad Anónima”, sociedad mercantil, del domicilio de San José, Costa Rica, contra “CCC, S.A. DE C.V.”, sociedad mercantil, del domicilio de Olocuilta, departamento de La Paz.

En el presenta caso se está ante la presencia de un título valor, letra de cambio suscrita en el extranjero, en la República de Nicaragua, y el cual se encuentra regulado de conformidad a la Ley General de Títulos Valores de Nicaragua. En la sentencia revocada se estimó la oposición de “no cumplir el título ejecutivo con los requisitos legales y desestimo la acción ejecutiva intentada por la parte demandante. La honorable cámara por su parte revoco la sentencia en todas sus partes por considerar que no se encontraba apegada a derecho, además de declarar improponible la demanda. En dicha sentencia el juzgador aplica la Teoría Realista O Del Hecho, en donde al Derecho Extranjero se le considera como un hecho procesal⁹¹, Como tal hecho procesal corresponde a las partes su alegación y prueba. Si las partes no alegan o no prueban el Derecho Extranjero, este no podrá aplicarse. Que fue lo que en síntesis sucedió en este caso, en donde las partes no aportaron las pruebas necesarias para probar dicho derecho.

Para el juez de este proceso su criterio fue considerar oportuno admitir la demanda del proceso ejecutivo basado en un título valor emitido en el extranjero, en donde además se planteó oposición al mismo, pero a lo largo del proceso las partes que basaron su pretensión en Derecho Extranjero no lo probaron ni aportaron los medios idóneos para una fundamentación jurídica correcta, lo que imposibilitó al juez enjuiciar el documento base de la pretensión, pues no conto con los fundamentos legales para ello. El lineamiento que este juzgador sigue a la hora de resolver un proceso en donde se tenga que aplicar ley extranjera es: que si las partes basaran un proceso en Derecho Extranjero estos tendrán que probarlo, pues esto les dará opción de ganar su pleito, pero no se le puede cargar al juzgador el peso de buscarle

⁹¹Véase Sentencia completa, Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Apelación*, Referencia: 47-emsm-12, El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2012.

la argumentación jurídica correcta de su petición, pues ese es el trabajo de las partes.

Los criterios y lineamientos en que la Honorable Cámara baso su resolución fue que al no haber probado las partes el Derecho Extranjero en el que fundamentaron la demanda y la oposición, el tribunal se vio imposibilitado para entrar al estudio del fondo del asunto, pues no se contó con las normas jurídicas en base a las cuales debe ser enjuiciado el título valor en que se basa la pretensión del ejecutante, por lo cual resulto imposible determinar si conforme a la Ley General de Títulos Valores de Nicaragua dicho documento cuenta con los requisitos necesarios para tener fuerza ejecutiva, lo que es indispensable para que la obligación sea exigible por medio del proceso ejecutivo, además de no poder dar un pronunciamiento sobre el fondo del proceso, volviendo así para ellos improponible la demanda y no ha lugar por improcedente la nulidad del proceso solicitada por el apelante.

Referencia: 87- EMQCM-13⁹², emitida por la Honorable Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, con fecha de siete de mayo de dos mil trece; donde se resolvió sobre el incidente de apelación del auto definitivo pronunciado por el señor Juez Quinto de lo Civil y Mercantil, en donde se declaró inadmisibile la demanda presentada de juicio ejecutivo por del Campo Soluciones Agrícolas de R.L.” En donde el documento base de la acción es una letra de cambio sin protesto, emitida en La República de Honduras, el lugar señalado para su cumplimiento es la ciudad de San Salvador, no obstante que el demandado sea del domicilio de la ciudad de San Miguel.

⁹²Véase regencia completa, Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Apelación*, Referencia: 87- emqcm-13, El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2013.

En el presente caso en particular se está ante la presencia de una letra de cambio sin protesto emitida en la República de Honduras, en donde el lugar de cumplimiento de la obligación es El Salvador, se inició proceso ejecutivo en el Juzgado Quinto de lo Civil y Mercantil, en donde el juzgador resolvió declarar inadmisibile la demanda, basando su resolución en que la parte ejecutante no subsano en tiempo las prevenciones realizadas, las cuales consistían en pocas palabras en que se probara el Derecho Extranjero alegado. El juzgador aplica la Teoría Realista o del Hecho, en donde al Derecho Extranjero se le considera como un hecho procesal, como tal hecho procesal corresponde a las partes su alegación y prueba. Y como la parte ejecutante tenía la obligación de probarlo oportunamente y no lo hizo el juzgador resolvió declarar inadmisibile la demanda.

El juez en este proceso resolvió bajo el criterio que: la parte que sustente su pretensión en norma de Derecho Extranjero deberá probar su contenido y vigencia; en base a que no se cumplió dicho requisito decidió declarar inadmisibile la demanda. Puesto que a criterio de este juzgador la parte ejecutante debió acreditar de forma idónea el contenido, la existencia y a la vigencia de las disposiciones legales de la República de Honduras que regulan los requisitos esenciales para la validez de la letra de cambio, pues en el proceso ejecutivo, por su naturaleza el Juez debe hacer un examen preliminar a fin de constatar si el documento de mérito fue emitido cumpliendo con los requisitos y formalidades de ley.

La Honorable Cámara Tercera de Lo Civil de la Primera Sección del Centro resuelve confirmar el auto definitivo venido en apelación en el cual se declaró inadmisibile la demanda del proceso ejecutivo interpuesta; puesto que dichos magistrados son del criterio que: si se hará valer el derecho consignado en un título valor emitido en el extranjero, se debe tomar en cuenta lo dispuesto

en el Art. 263 del Código de Bustamante que expresa: “La forma del giro, endoso, fianza, intervención, aceptación y protesto de una letra de cambio, se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice”.

En relación con lo dispuesto en el Art. 3 de la Convención Interamericana Sobre Conflictos De Leyes En Materia De Letras De Cambio, Pagares Y Facturas, que establece: “Todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio se rigen por la ley del lugar donde hubieren sido contraídos”, es decir que en cuanto a la forma de los actos jurídicos, rige la ley del lugar donde estos se celebran.

Para los magistrados de la Cámara son del criterio que la parte ejecutante no presentó con su demanda, la prueba necesaria en la que baso su pretensión, dejando la misma desprovista de base legal para su calificación y determinación, no se le proporcionó al juez normas de derecho que aplicar al caso concreto para resolver la pretensión del ejecutante. De conformidad con los Arts. 313 Ord. 3º y 315 CPCM., es el ejecutante quien tiene la carga procesal de probar el contenido y vigencia del mismo, pues el Derecho Extranjero debe probarse y el juez está facultado para asegurar su conocimiento por cualquier medio.

Ello no quiere decir que queda exento el ejecutante de presentar la prueba necesaria, obligación que en este caso el pretensor no cumplió pues tenía la carga procesal de proporcionar la prueba que determinaría si el título valor base de la ejecución reúne requisitos legislación Hondureña en cuanto a requisitos de validez del título valor y si conforme a la misma, el documento presentado se encuentra revestido de fuerza ejecutiva, por tanto el juez se encontró imposibilitado de examinar adecuadamente el título valor, para esta cámara. si la controversia debe resolverse mediante normas de Derecho Extranjero, la ley interna resulta inaplicable.

En este caso en particular el juez que conoció del proceso evidencio un defecto en su potestad de juzgar, pues se encontró imposibilitado de entrar a analizar el título valor presentado por el ejecutante. Para este caso en particular y para los magistrados de la honorable cámara que conocieron del mismo es deber de la parte ejecutante proporcionarle al juez la prueba necesaria para poder resolver su pretensión en este caso no se hizo por tanto su demanda fue declarada inadmisibile por el tribunal que conoció del mismo, y tal sentencia fue ratificada en apelación pues tanto el juzgador como la cámara son del mismo criterio a la hora de aplicar Derecho Extranjero.

3.9. Cooperación Judicial Internacional en Materia Civil para la Información del Derecho Extranjero

La Conferencia sobre el acceso al derecho extranjero en materia civil y comercial organizada en forma conjunta por la Comisión Europea y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, celebrada en Bruselas en febrero de 2012⁹³, así como el XIX Congreso Internacional de Derecho Comparado a celebrarse en Viena en 2014, incluyeron en sus agendas el tema del acceso, la prueba e información acerca del derecho extranjero. Ello demuestra que el tema tiene plena vigencia y reviste importancia técnica y práctica en pleno siglo XXI⁹⁴. Del estudio de los Artículos 313 Ord. 3º y el 315 del CPCM, se ha establecido las potestades oficiosas que el código le otorga al juez cuando se trate de acreditar la existencia y vigencia

⁹³ Conferencia Sobre El Acceso Al Derecho Extranjero En Materia Civil Y Comercial, Organizada En Forma Conjunta Por La Comisión Europea y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado Bruselas, 15-17 De Febrero de 2012

⁹⁴ Fresnedo De Aguirre Cecilia: Cooperación Jurisdiccional Internacional en el Ámbito Regional (Mercosur), realidad actual, futuros desarrollos, Acceso al Derecho Extranjero en materia Civil y Comercial: cooperación judicial y no judicial, (La Plata, Argentina: 2013.) P. 1

del Derecho Extranjero, siempre y cuando se verifique los presupuestos necesarios para que el juez pueda realizar dichas diligencias. Deberá el juez de auxiliarse de los mecanismos de cooperación judicial internacional. Diez Artículos son los que el CPCM dispone para darle tratamiento en lo que respecta a la cooperación judicial.

Desde el surgimiento de la comunidad internacional se habló de cooperación judicial internacional⁹⁵, se puede definir como el auxilio que entre sí se otorgan los órganos jurisdiccionales en y para el desarrollo del proceso. Este auxilio judicial es necesario dado las limitantes del juez para poder realizar u ordenar actos que son de vital importancia en el desarrollo de un proceso. El fundamento de esta importante institución del Derecho internacional privado es, pues, que el desarrollo del proceso civil internacional prosiga hasta su culminación; sin que la práctica de determinados actos procesales que necesariamente deben realizarse por un órgano jurisdiccional extranjero, no constituya impedimento para lograr el fin del proceso mismo, el que involucra la realización del ideal de justicia. De no existir esta institución, se frustraría el tráfico jurídico internacional⁹⁶.

Las reglas en lo que respecta a la cooperación judicial internacional vienen

⁹⁵ El concepto de cooperación internacional se encuentra recogido expresamente en el Artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas como un propósito de la Organización que se desplegaría en diferentes esferas materiales: económica, social, cultural y humanitaria especialmente, asumiendo los Estados el compromiso genérico de adoptar medidas conjuntas o individuales para la realización de los objetivos de la Organización en el Artículo 56 de la Carta.

⁹⁶ De forma amplia se puede definir como: La cooperación judicial o asistencia judicial internacional no es más que, el auxilio judicial que se prestan tribunales de distintos Estados para la realización de actos procesales que, por la vigencia del principio de la soberanía, no puede realizar el tribunal del foro fuera de su territorio jurisdiccional, pero sí el tribunal del Estado extranjero en cuyo territorio se debe realizar las notificaciones, medidas cautelares o pruebas que se encarguen y que, tendrán plena validez en el proceso que se sigue por el tribunal del Estado requirente.

dadas desde lo más alto jerárquicamente hablando del sistema normativo salvadoreño, en la constitución, en el capítulo dedicado al órgano judicial, específicamente en lo que respecta a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia.

3.10. Procedimiento y Normativa Aplicable para Acreditar el Derecho Extranjero mediante la CJI

Normas constitucionales.

En la literalidad del Artículo 182 inciso tercero, *Art. 182: son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 3ª; conocer de las causas de presas y aquellas que no estén reservadas a otra autoridad; ordenar el curso de los suplicatorios o comisiones rotatorias que se libren para practicar diligencias fuera y mandar a cumplimentar los que procedan de otros países, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados; y conceder la extradición.* Esta disposición constitucional es la que oriento al legislador para el desarrollo de la institución de la cooperación judicial internacional contenida en el Código Procesal Civil y Mercantil, para lo cual en este se dedican desde el Artículo 149 hasta el 159. La naturaleza de la CJI (Cooperación Judicial Internacional), es que se establezca comunicación y auxilio judicial entre los órganos encargados de impartir justicia, es decir, reciprocidad entre órganos judiciales, de lo cual no deja duda el Art. 149CPCM al disponer: *Los tribunales de El Salvador podrán recabar la cooperación de los tribunales extranjeros para la realización de actuaciones fuera de la república.*

La cooperación judicial internacional es el mecanismo judicial para el diligenciamiento de muchos actos, entre ellos citaciones, notificaciones,

emplazamientos, recepción de prueba e incluso para hacer efectiva una medida cautelar o una medida previa a una ejecución forzosa. La CJI opera en las distintas ramas del derecho, sea este penal, administrativo, y civil y mercantil, dado el objeto del presente estudio se limitara única y exclusivamente al área civil y mercantil en lo relativo a la Cooperación internacional para la información del Derecho Extranjero, regulados por el CPCM.

En El Salvador la asistencia legal mutua se entiende como la cooperación que un Estado presta a otro en virtud de una solicitud en esta materia. Dicha cooperación, puede consistir desde la simple solicitud de información sobre un caso determinado, hasta la ejecución de diligencias más complejas, como la realización de un peritaje técnico, toma de declaración de testigos, etc.

El procedimiento en El Salvador para la tramitación de una asistencia legal mutua, es a través de un Supplicatorio, Exhorto o Comisión Rogatoria, el cual se tramita de Estado Solicitante o Requirente a Estado Solicitado o Requerido, según sea el caso.

Dicho lo anterior se trae nuevamente a mención el Art. 182 inc. 3^a de la constitución es de vital importancia no solo porque eleva a rango constitucional la facultad de los jueces de auxiliarse de otros jueces fuera del territorio nacional sino que además ordena estos a colaborar con los jueces extranjeros en la mayor medida de lo posible. Pero lo que mayor relevancia cobra en este Artículo es que, se determina la competencia en materia de CJI. Siendo esta la corte suprema de justicia, y el mecanismo de comunicación entre tribunales extranjeros y nacionales son mediante las Cartas Rogatorias o Exhortos.

No cabe duda que la competencia material para el conocimiento de los procesos civiles y mercantiles le corresponden a los juzgados de primera instancia civiles y mercantiles (Art. 30 y 31 CPCM), entonces, lo que dispone el Artículo 182 Inc. 3ª cobra vida es cuando en un proceso se vuelve necesario la aplicación de normas internacionales y dadas las facultades otorgadas al juez por el Art. 315 del CPCM, este deberá librar una carta o exhorto a la corte suprema de justicia por ser esta la competente- para que se requiera de dicha información de otro estado.

Es pues que el Exhorto es la carta rogatoria o exhorto internacional el mecanismo mediante el cual es viable la cooperación judicial internacional. No es más que la petición que libra una autoridad judicial a su homologa extranjero, con el ruego que lleve a cabo una determinada diligencia, práctica de prueba o extienda información del Derecho Extranjero necesario para el proceso que tramita.

Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Fue adoptada en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado; a la fecha, forman parte de ella diecisiete Estados ratificantes: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y, un Estado adherente: España.⁹⁷

Dicho instrumento ha sido suscrito y ratificado por El Salvador a fecha nueve de noviembre del año dos mil, actualmente es ley de la república, el Artículo dos de este tratado, establece el ámbito de aplicación del mismo, para lo cual dispone que Convención se aplicará a los exhortos o cartas rogatorias

⁹⁷Marcela, Arriola Espino: *Cooperación Judicial Internacional En El Sistema De Derecho Internacional Privado Peruano*, Revista Oficial del Poder Judicial 1/1 2007. P. 116.

expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial por los órganos jurisdiccionales de uno de los Estados Partes en esta Convención, y que tengan por objeto:

- a. La realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero;
- b. La recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto.

El Artículo 4 de Convención Interamericana Sobre Exhortos O Cartas Rogatorias, en adelante CIECR, dispone el procedimiento que se debe de llevar a cabo para que se diligencien los exhortos o cartas rogatorias, y dispone: *Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central del Estado requirente o requerido según el caso.*

Cada Estado Parte informará a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos acerca de cuál es la autoridad central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias. El contenido de este Artículo es muy vanguardista en el sentido que, se rompe con la concepción tradicional que los exhortos o cartas rogatorias, únicamente pueden ser requeridas entre estados, ya sea vía judicial o diplomática-como se verá más adelante- sino que además otorga facultades para que particulares hagan uso de este mecanismo para obtener información, y en este caso específicamente, información sobre el contenido y vigencia del Derecho Extranjero.

El efecto inmediato que se genera al otorgar a las partes interesadas la facultad de hacer uso de las cartas rogatorias o exhortos, es la economía material, puesto que es muy oneroso, máxime si del estado que se necesita

la información está territorialmente alejado. Con este tratado lo que se pretende es que se reduzcan los tiempos de respuesta de los estados requeridos de información, y además que se reduzcan los excesivos formalismo para la obtención de información, dado que el exceso de trámites lo único que provoca es dilataciones procesales y costos económicos innecesarios.

Como se verá más adelante, la normativa secundaria del El Salvador, no ha previsto que la CJI pueda ser utilizada por particulares, por el contrario disponiendo los órganos estatales competentes para efectuar dicho procedimiento.

Son dos los requisitos que se deben cubrir para diligenciar los exhortos o cartas rogatorias: 1) Que estén legalizados, salvo dos excepciones: a) Que su transmisión se realice por vía consular, vía diplomática, o por intermedio de la autoridad central y, b) Que el tribunal requerido esté ubicado en zona fronteriza de los Estados parte; y, 2) Que estén traducidos al idioma oficial del Estado requerido; así como también, la documentación que se anexa, la misma que indefectiblemente debe comprender copia autenticada de la demanda y sus anexos, así como de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada e, información sobre cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos previstos para que la persona notificada actúe y, las advertencias de dicho órgano sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad⁹⁸.

Por ser indefectiblemente un documento en que contiene el exhorto el texto

⁹⁸Arriola Espino: *Cooperación Judicial Internacional En El Sistema De Derecho Internacional Privado Peruano* 117.

de este debe de estar redactado en el idioma oficial del Estado requirente, con la debida minuta de traducción del mismo, de conformidad al Artículo 62 de la Constitución el idioma oficial de El Salvador es el castellano.

Debe de tenerse en cuenta que la tanto la carta rogatoria o exhorto así como la respuesta de esta formaran parte del conjunto de documentos que formaran el expediente judicial y la documentación de todos los actos procesales se llevan en el idioma castellano, así además lo dispone el Art. 148 CPCM en todas las actuaciones procesales se utilizara, obligatoriamente, el idioma castellano.

El Código de Bustamante, al respecto establece en su Artículo 392. *El exhorto será redactado en la lengua del Estado exhortante y será acompañado de una traducción hecha en la lengua del Estado exhortado, debidamente certificada por intérprete juramentado.* Se entiende que los principios generales del Derecho Internacional Privado no se aplican cada vez que la aplicación de una ley extranjera contradiga a los intereses vitales del país invocado.

3.11. Tramitación del Exhorto o Carta Rogatoria

Abordar este punto desde una perspectiva de orden jerárquico normativo en que se ha analizado hasta el momento, no resulta conveniente para obtener la mayor sistematización del procedimiento que se debe de seguir para que se obtenga la información del Derecho Extranjero mediante la utilización de las cartas rogatorias; debido a la dispersión de normas que regulan este punto en particular, en diferentes normas, sean estas leyes o reglamentos, es por ello, que se tratará de realizar un abordaje integral del mismo.

Para efecto de contextualización el desarrollo del proceso-común- regulado en el CPCM se puede resumir en una fórmula que es: D-E-CD-AP-AP-S-R. Lo que significa, Demanda- Emplazamiento-Contestación de la Demanda- Audiencia Preparatoria- Audiencia Probatoria- Sentencia- Recursos.⁹⁹, cabe hacerse la primera pregunta entonces, *¿en qué momento procesal el juez librará el exhorto o carta rogatoria?* Antes de responder debe de tenerse en cuenta que el mecanismo de exhortos o cartas rogatorias está basado en las potestades que el Art. 315 CPCM le otorga al juzgador, pero esta facultad está supeditada a que el demandante en sus alegaciones iniciales, establezca fehacientemente que le es imposible por sus medios obtener la información del Derecho Extranjero, que servirá para sustentar su pretensión.

Entonces, debiendo el juzgador garantizar el debido proceso y la igualdad procesal luego de oído al demandado, que es después de la contestación, en audiencia probatoria¹⁰⁰, en atención a lo dispuesto en el Art. 292 la audiencia preparatoria servirá para; intentar la conciliación, saneamiento de defectos procesales, fijación de la pretensión y tema de prueba, es en este último punto que donde cabe que el juez se pronuncie sobre si procede ordenar un exhorto para información de Derecho Extranjero, y sobre el informe que el Estado requerido brinde informe se valorara en la audiencia probatoria.

Entonces habiéndose constatado que se cumplen los presupuestos

⁹⁹ Elementalmente el desarrollo del proceso es más complejo, diferentes actos procesales pueden surgir entre una u otra etapa procesal, ya sea desde el inicio del proceso o inclusive antes, tal puede ser el caso que para el efectivo desarrollo de un proceso sea necesaria practica de una diligencia preliminar, la cual será un presupuesto necesario para el futuro proceso; de igual modo antes del emplazamiento puede que se realicen prevenciones, así como después del emplazamiento se realice audiencia por efecto de solicitud de improponibilidad de la demanda, y una serie de incidentes procesales que pueden originar.

¹⁰⁰ La verdadera obligación del juez brindarles igualdad de oportunidades, ya que las partes deciden si hacen uso de ellas o no, ya que el proceso puede seguir sin contestación del demandado y llegar a sentencia sin intervención de este, tal es el caso de la declaratoria de rebeldía.

necesarios, el juez ordenara que se libre el exhorto o carta rogatoria. El ya analizado Art. 182 Ord. 3º de la constitución, ha dispuesto que corresponda a la Corte suprema de Justicia ordenar el curso de los suplicatorios o comisiones rogatorias, la cual no tiene facultades de analizar ni calificar la procedencia, contenido o alcance del exhorto, debe de limitarse únicamente a la tramitación de este, así lo ordena el Art. 150 Inc. 3º del CPCM.

Transmitido el exhorto a la corte suprema de justicia este, lo más pronto posible de igual modo lo enviara al órgano ejecutivo, tal como lo dispone el citado Art. 150 del CPCM la ley orgánica judicial en el Art. 22 Ord. 3º dispone: *Corresponde al oficial asignado a la Sala de lo Civil: 3ª* Anotar en los procesos y diligencias la fecha y hora en que se ha librado, remitido o recibido provisiones, exhortos, suplicatorios y otros despachos que fueren de la competencia de la Sala de lo Civil.

El organismo encargado de recibir el exhorto será el ministerio de relaciones exteriores, por así disponerlo el Art. 32 Ord. 21 del reglamento interno del Órgano Ejecutivo el cual a su tenor literal dispone:

Art. 32.- Compete al Ministerio de Relaciones Exteriores:

21.- Auxiliar al Órgano Judicial para hacer efectivas sus providencias, trámites y diligencias de cualquier clase de juicios o procedimientos judiciales en el extranjero, y prestar la colaboración necesaria para que las mismas providencias, trámites y diligencias puedan ser realizadas en el país, cuando provenga del exterior.

Cabe acotar que la misma prohibición de calificación de la procedencia, contenido, o alcance de la carta rogatoria realizada a la Corte Suprema de Justicia se extiende al Órgano Ejecutivo. En la misma línea de ideas es

procedente citar lo establecido en el Art. 148 Ord. 2º ¹⁰¹de la ley orgánica del servicio consular de el salvador, la cual establece: *Podrán También Los Funcionarios Consulares Recibir Declaraciones Y Practicar Diligencias Judiciales Y Extrajudiciales Que Les Encomienden Las Autoridades De El Salvador*¹⁰². Recibido el exhorto o carta rogatoria, el funcionario consular debe de remitirlo al funcionario correspondiente, del país requerido para que este pueda informar sobre la vigencia y contenido de las normas de su país, tal y como lo requiere el estado requirente.

El exhorto no es necesariamente enviado a un funcionario judicial del país requerido, como por ejemplo si lo que se requiere es conocer la vigencia de una normativa en específico, la prueba pertinente es una certificación de diario oficial en la que consta la publicación y entrada en vigencia de esta. Es por ello que el Art. 151 del CPCM establece que para la realización de actos de mero trámite como notificaciones, citaciones, o emplazamientos, así como para la Recepción Y Obtención De Pruebas E Informes, (el resaltado es nuestro), los tribunales libran cartas o exhortos. El mismo orden de pasos que se cumplen para la obtención de información de pruebas, se debe de cumplir para que esta llegue al juez que emitió el exhorto o la carta rogatoria, y en este sentido, si la ley ha inhibido tanto a la Corte Suprema de Justicia como al Órgano Ejecutivo e valorar la procedencia contenido o alcance del exhorto del mismo modo estos quedan inhibidos de valorar el contenido del informe rendido por el Estado requerido.

Esta serie de pasos y requisitos son dictados por las leyes salvadoreñas y se aplicaran necesariamente, cuando el estado requerido forma parte de la

¹⁰¹ prohibición que se pone de manifiesto también en el código procesal civil y mercantil en el art. 150 inciso segundo.

¹⁰² Asamblea Legislativa (9 mayo 1948) : ley orgánica del servicio consular; DECRETO N° 33, D. O. N126 TOMO 144 FECHA 12 de junio de 1948.

Convención Interamericana Sobre Exhortos O Cartas Rogatorias, y su protocolo facultativo. El problema que surge es que ante la necesaria información sobre vigencia y contenido de una ley de cuyo país no forma parte de esta convención, o inclusive es de un país de otro continente. Piénsese en una relación jurídica donde un salvadoreño residido en china tiene un crédito por 5 mil dólares en el salvador y para cancelar esa deuda, envía un cheque por un monto de 5 mil dólares, dicho cheque ha sido emitido por un banco chino. Cabe preguntarse si ese cheque tiene validez en el salvador, como probar si existen fondos en la cuenta sobre la cual ha sido emitido el cheque, si el cheque ha sido emitido conforme las leyes de China etc.

Sobre esta última pregunta, la doctrina ha dispuesto que a falta de un tratado que regule el procedimiento a seguir para establecer la legalidad de la emisión, se deban de atener los principios generales del derecho internacional y la costumbre internacional y el ius cogen, principios rectores como la reciprocidad entre los Estados, Cooperación Internacional etc. La mayor crítica a la forma en cómo se concibe la cooperación judicial internacional son los excesivos tramites que se deben de realizar y la burocracia que los acompaña, dado que se continua con la forma tradicional de realizar la CIJ mediante la vía diplomática, lo que no permite dar agilidad a los tramites y por ende alejar la pronta y cumplida justicia.

Actualmente se propone la creación en cada estado un ente que debe de servir como receptor y emisor en caso que se solicite cooperación internacional judicial¹⁰³, el protocolo adicional a Convención Interamericana Sobre Exhortos O Cartas Rogatorias, ordena que cada país establezca un ente encargado, en El Salvador como se apreció se designó a la CSJ para tal

¹⁰³ hasta el momento de esta investigación no existe proyecto de ley o de reforma a las existentes que procuren la creación de una oficina especializada.

función, lo que es criticable ya que debió de crearse un ente que su función principal sea el diligenciamiento de solicitudes de CJI.

La tecnología juega un papel muy importante en los Sistemas de cooperación judicial internacional, ya que se sustituyen los canales convencionales, lentos y formales, por los medios tecnológicos más recientes que se comunican con mayor rapidez y fluidez, a través de estructuras menos formales, que son los Puntos de Contacto, quienes deberán encontrar soluciones a todas las dificultades que puedan presentarse en una solicitud de cooperación judicial internacional, así como facilitar la coordinación entre las distintas Autoridades.

Es ineludible la adopción de un nuevo sistema de cooperación judicial Internacional frente a las realidades de este siglo, en el cual la asistencia judicial debe ser prestada directamente por los protagonistas reales de la misma, en el que se hace necesario y esencial un ambiente de confianza mutua, creando así una estructura ágil y específica, basada incluso en las tecnologías de información y comunicación¹⁰⁴.

Con la Cooperación Judicial Internacional, se puede evitar que las fronteras actúen como un freno contra la justicia y convertirse en una ventaja para los transgresores de las leyes, por lo que en la actualidad la asistencia judicial es una necesidad, ya que permite una colaboración fluida, ágil y eficaz entre los Estados en materia de justicia. La Cooperación Judicial Internacional resulta indispensable para que los procesos de integración puedan dar lugar a la creación de grandes espacios económicos unificados y para dar seguridad a los intercambios comerciales. De allí la razón y la importancia de la Cooperación Judicial Internacional frente a las nuevas formas de redes

¹⁰⁴Ana Elizabeth Villalta Vizcarra: *La Cooperación Judicial Internacional*, Conferencia pronunciada en el Curso de Derecho Internacional de la OEA. (Brasil: Conferencia de 2013).5

organizadas transnacionales, a los retos con los cuales se enfrenta el tráfico comercial en el proceso de globalización y ante una sociedad interrelacionada.

3.12. Acreditación del Derecho Extranjero a Instancia de Parte

La introducción de normativa extranjera a un proceso civil y mercantil salvadoreño, tanto en doctrina como en la ley- el ya explicado Art. 7 Inc. 3º, 313 y 315 todos del CPCM para sustentar la pretensión, ha sido equiparado a la actividad probatoria; en atención a que se desechado esa fórmula por ser una propuesta de la vieja escuela o clásica, por considerar al Derecho Extranjero como hecho, se prefiere modernamente hablar de acreditación del Derecho Extranjero en el proceso, en lo que respecta a su contenido y vigencia.

Es por ello que se vuelve necesario determinar aquella serie de pasos a seguir para que pueda ser incorporado por las partes una norma jurídica. Diversidad de normas jurídicas abordan el tema pero de una forma imprecisa y ambigua, a nivel regional existen diversos convenios que ayudan a esclarecer el camino a seguir. De algún modo ya se ha adelantado alguna información al respecto cuando anteriormente se hacía referencia a la relación de la cooperación judicial internacional y la acreditación de Derecho Extranjero, por medio de las potestades otorgadas al juez. Un requisito fundamental para que el juez tome cuenta normas extranjeras para decir el fondo del asunto planteado es que; por la naturaleza del caso planteado se vuelva necesario el análisis de normativa extranjera, es decir que una relación jurídica haya tenido su origen fuera del territorio de El Salvador y que produzca sus efectos en el Salvador. Como segundo requisito es que la normativa a introducir y por ende a acreditar no contraríe la normativa nacional, y por supuesto no contraríe las normas constitucionales. Así, debe de establecerse en qué etapa procesal deben de

dejarse sentadas las bases para ello, ya que una de las características de los actos procesales es la preclusión de los mismos.

El primer momento que tiene el demandante o actor de dirigirse al juez es con la demanda, la ley ya ha dispuesto que esta debe de ser de forma escrita, por así disponerlo el Art. 276 inc. 1° CPCM, en el mismo Artículo en mención en el Ordinal 7° literalmente *dispone “los documentos que acrediten el cumplimiento de los presupuestos procesales, los que fundamenten la pretensión y los informes periciales;”* así, si se pretende incorporar un ley extranjera al proceso para sustentar la pretensión esta necesariamente debe de ir adjunta a la demanda, más obligatoriedad impone el Artículo 289 del CPCM al disponer que cuando no se aporten los documentos inicialmente- refiriéndose esto a la demanda- preluirá la posibilidad de aportarlos.

3.13. Procedimiento mediante el cual se acredita la vigencia y contenido del Derecho Extranjero.

Muchas son las dificultades con la que se puede encontrar al momento de obtener información sobre la vigencia y contenido de una ley extranjera, ya sea la territorialidad, supóngase que pretende iniciar un proceso de cumplimiento de obligación contenida en un contrato, el cual se perfeccionó en Chile o más lejos aún en Alemania, o el idioma, si se celebraron negocios en Inglaterra que producirán efectos en El Salvador donde los idiomas son distintos, entre otros. Antes de desarrollar el procedimiento para acreditar el contenido y vigencia de una norma extranjera es fundamental precisar cuál es el tipo de documento que se incorporara al proceso¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Este tipo de contratación es frecuente cuando intervienen sociedades mercantiles de domicilio extranjero y ejercen el comercio en El Salvador por tener establecimientos o dependencias.

El conjunto de normas jurídicas o ley a incorporar deben de estar contenidas en un documento Público, ya que la ley emana de las potestades que el Estado posee por lo tanto se descarta la posibilidad que se incorpore un instrumento privado puesto que la autoría de este se le otorga a particulares y no sería posible determinar la autenticidad del contenido de este.¹⁰⁶

La acreditación del Derecho Extranjero no es únicamente convencer al tribunal del contenido y vigencia tal Derecho Extranjero sino además demostrar que el documento es auténtico y ha sido obtenido conforme la ley y bajo los medios idóneos.

Adentrándose al campo del procedimiento a seguir para obtener el instrumento idóneo para establecer la vigencia y contenido de una ley , la Convención Interamericana Sobre Exhortos O Cartas Rogatorias, pareciera que brinda lineamientos únicamente para el juez al momento de solicitar cooperación mediante cartas rogatorias o exhortos, puesto que el ya citado Artículo 4 dispone que *Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial.* El procedimiento enunciado en este convenio es útil para la obtención de la información del Derecho Extranjero, hay que tener en cuenta que este procedimiento solo aplica para los Estado los cuales son parte del mismo y a la solicitud de información para acreditar el Derecho Extranjero no se le puede denominar carta rogatoria o exhorto, sin embargo debe de contener la misma información requerida para estas¹⁰⁷.

¹⁰⁶ En El Salvador los documentos públicos únicamente son aquellos que son expedidos por notario y los expedidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Artículo 331 CPCM.

¹⁰⁷ Con forme al Art. 8 de la convención son: Copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada. Además deben de agregarse documentación que acredite la postulación del abogado.

El trámite para las cartas rogatorias es de tal modo que es necesario que la solicitud pase por la corte suprema de justicia, en el caso del interesado sea un particular debe de obviarse este paso, y dirigirse la solicitud directamente al consulado para que se le dé trámite, el cual deberá de enviarlo al Estado requerido, puesto que bajo el modelo actual este procedimiento opera bajo los tramites diplomáticos por regla general por no existir un ente que sea especializado en cada país que ostente tal función principal a pesar de existir recomendaciones de la creación de estos.

Así al país requerido deberá de remitirse la solicitud al ente con competencia para brindar dicha información, se cree que la institución idónea para ello debe de ser aquella que se encarga de darle publicidad a todas las normas jurídicas, en nuestro país dicha función corresponde al Diario Oficial, tal es la importancia de la publicidad de la ley que por mandato constitucional ninguna ley puede obligar sin no es después de su promulgación y publicación, así lo manda el Art. 140 Cn.

Los agentes consulares no únicamente se deben a la cooperación por mandato judicial y no podrían negarse a darle trámite a una solicitud alegando que el Art. 148 Inc. 2º de la ley del servicio consular-antes ya citada únicamente se refiere a cartas rogatorias solicitadas por un juez y no a solicitudes por parte de un abogado que tenga interés legítimo de obtener esta información por ser un requisito en un proceso civil puesto que el CPCM, en su apartado a la cooperación judicial internacional hace extensivo a las partes así lo dispone el Art. 152 CPCM, de este modo se puede encontrar otra atribución del cónsul o agente diplomático, establecida fuera de la ley orgánica del servicio consular.

Como en ocasión anterior se dijo, en principio la cooperación judicial internacional está diseñada para generar mejor comunicación y por su puesto cooperación entre órganos judiciales de cada país y de forma accidental entre el órgano judicial y una institución administrativa, tal como es el caso en mención, cuando se afirma que debe de ser al ente administrativo responsable de la publicación de una ley a quien debe de solicitarse la información, es por ello que el Art. 151 del CPCM a dichas diligencias las ha nombrado como *actuaciones de mero trámite*.

Obtenida la información, la cual en lo ideal deberá de ser una copia de la publicación de la ley y remitida al agente diplomático al ser entregada al solicitante el documento por si solo aun no da fe aun de la legalidad de la expedición.¹⁰⁸ Para que un instrumento público emanado del extranjero conserve la calidad de tal es necesario en otro país es necesario que contenga la razón de apostilla; la cual es el procedimiento necesario para que un documento público emanado del extranjero ostente la calidad de público en un país distinto al que fue emitido.

Dicho procedimiento se logra conforme las reglas dada por la Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, a la cual es Salvador es parte,¹⁰⁹ la finalidad de este convenio se recoge en el Art. 1 el cual establece que *El presente Convenio se aplicará a los documentos públicos¹¹⁰ que hayan sido autorizados en el territorio de un*

¹⁰⁸Para efectuar el trámite de Apostilla en El Salvador, es necesario obtener previamente una certificación original del documento que es objeto del trámite por parte del funcionario que fuese competente.

¹⁰⁹ La Asamblea Legislativa De La República De El Salvador (2 De Septiembre De 1996) Convenio De La Haya Sobre La Eliminación Del Requisito De Legalización Documentos Públicos Extranjeros, **Decreto 811**

¹¹⁰ Para los efectos de Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros documento público se considera conforme el Art. 1: a) los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del ministerio público, o de un secretario, oficial o agente

Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante. La razón de apostilla no hace constar la autenticidad del contenido del documento, sino más bien la la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente, por así disponerlo el Art. 2 de la convención en estudio.

El anterior procedimiento hasta llegar a la razón de apostilla, es en razón de que no debe de olvidarse que lo que se quiere es obtener información relativa a *CONTENIDO Y VIGENCIA* de una ley extranjera, y con la certificación emitida por el funcionario público de la publicación de la ley se comprueban ambos extremos pero no así si dicho funcionario lo ha emitido en atención a sus funciones y para lograr comprobar dicho extremo es que con la razón de apostilla se certifica la función pública. Lo fundamental de ello es que habiendo realizado dicho procedimiento el documento con que se acreditara la vigencia y contenido de una norma jurídica tendrá la calidad de documento Público y conforme las reglas de valoración estos documentos hacen plena prueba y dan fe de la fecha, personas que intervienen y el funcionario que interviene.

Ello de conformidad a lo establecido en el Art. 341 CPCM. Así las cosas, cuando el demandante o demandado ya sea, con la demanda o la contestación de la demanda adjunte dicho documento el juez no podrá poner en duda la autenticidad de este, por el hecho de estar revestido de fe pública. El código de Bustamante¹¹¹ en su capítulo segundo de su título séptimo, por otro lado dispone de un procedimiento mucho menos complejo al respecto, en

judicial; b) los documentos administrativos; c) los documentos notariales; d) las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados. Acorde con lo establecido en el Art. 331 del CPCM al definir cuales documentos son públicos.

¹¹¹ dicha normativa es comúnmente conocida como “Código de Bustamante” no obstante su denominación es Código De Derecho Internacional Privado.

donde no intervienen instancias estatales y para tal efecto utiliza la figura de la certificación de dos profesionales del derecho del país de cuya legalización se pretende probar a lo que la doctrina denomina *Juris Peritos*.

En texto del Artículo 409 se establece que: La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada. No cabe duda que el procedimiento establecido por el código de Bustamante es mucho más sencillo y por ende menos oneroso para el interesado, pero es criticable ya que la certificación que los abogados hagan recaerá únicamente sobre si la copia es conforme con su original, y no se sabe qué tipo de documento será el que se certificará. Podría darse crédito a la veracidad de dicho procedimiento siempre que el texto a certificar provenga de una fuente confiable como lo es el diario Oficial, mediante el cual los abogados deberán de establecer una certificación de dicha publicación. Así no exime al interesado a que se legalice dicho documento con la razón de apostilla.

3.14. Derecho Comparado sobre la Regulación del Tratamiento Procesal del Derecho Extranjero

(Ver Anexos)

CONCLUSIONES

El escaso desarrollo al tema del derecho extranjero en el Código Procesal Civil y Mercantil no significa necesariamente que el tema no guarde importancia en el mismo, en ese mismo sentido que en el código se haya dedicado únicamente dos artículos al efecto tampoco debe de entenderse como un tema no finalizado o ambiguo, ello dado que una ley no puede regular todos los supuestos jurídicos existentes, y los vacíos o aspectos no regulados en el CPCM pueden ser superados con la integración de otras normativas, sean estas normas secundarias o tratados internacionales. Uno de los aspectos que envuelve el sentido del código procesal civil y mercantil es otorgarle potestades al juez para impulsar y ordenar el proceso y otorgarle potestades oficiosas, esa filosofía es la que permite que la regulación del derecho extranjero sea bajo un sistema flexible, el cual permitirá al juez formular su criterio para llenar aquellos vacíos que el código ha dejado, dichos criterios no deben ser arbitrarios por el contrario deben de fundamentarse en la ley. De tal modo que al juez se le encomienda una función más activa y creadora de derecho.

Comprender la naturaleza jurídica del derecho extranjero es el punto de partida para lograr su correcto entendimiento y su aplicación, ya sea por parte de los litigantes o de parte del juez. Del mismo modo entender el porqué de la regulación actual. Piénsese en que cada teoría son lentes, entendiendo que teoría se acoja, la visión sobre el tema será completamente distinto, no existen teorías malas o buenas simplemente las más aceptadas y en definitiva las más aceptadas son las que más se acoplan a la coyuntura socio-jurídica, es ello que los postulados de la teoría realista o de hecho no son compatibles con la realidad jurídica que se vive actualmente, comprender el derecho

extranjero desde la óptica de la teoría normativista, en definitiva significa observar al derecho más allá de las barreras del territorio, y que los actos jurídicos efectuados en un Estado causaran efectos en otro y que la aplicación de las normas de otro país no pone en peligro la soberanía nacional siempre y cuando la norma aplicada se mas garantista y no contradictoria al ordenamiento jurídico nacional.

Los tratados de libre comercio, la globalización, la tecnología etc. Son algunas de las razones que permiten que jurídicamente ya no se piense únicamente de forma doméstica o local, ya que las relaciones comerciales, los negocios se realiza fuera de las fronteras donde tiene jurisdicción el salvador, pero esas relaciones comerciales efectuadas en otro país de una u otra manera causaran efectos jurídicos en el Salvador, ante tal situación es que se vuelve necesario que en un proceso de naturaleza civil o mercantil se apliquen normas extranjeras, así, ya que el juez local debe de tener conocimiento que los actos efectuados en otro Estado se ha regido bajo lo establecido bajo los lineamientos de las normas jurídicas.

Si bien es cierto la aplicación del derecho extranjero en el código procesal civil y mercantil ha sido asociado a la carga de la prueba no se debe de entender como tal, ya ello genera la confusión mediante la cual se dice que el derecho extranjero es un hecho y por ello corresponde a las partes probarlo; el juzgador bajo las potestades oficiosas puede, siempre y cuando para resolver en el proceso el fondo del asunto sea necesario la aplicación de una norma extranjera deberá de ordenar que se le informe del contenido y vigencia de la misma, a las instituciones competentes para la misma, el espíritu que en el artículo 313 parte final del ordinal tercero, se le otorguen esas potestades es que para las partes puede ser difícil y oneroso realizar dichos tramites y para

el juzgador bajo la figura de la cooperación judicial internacional y los medios diplomáticos encontrará menos trámites engorrosos, que en el proceso significa una dilatación del mismo y al final se traduce en un retardo de justicia.

Para acreditar la vigencia del derecho extranjero, tanto a nivel doctrinal como en las normas jurídicas tal como se deja ver en el artículo 313 Ordinal tercero y en el acápite mismo, se hace relación a la prueba del derecho extranjero, respondiendo tal formulación a la concepción clásica del derecho extranjero como un hecho, la actualidad jurídica demanda más la utilización del término información del derecho extranjero; ya que otorga potestades al juez para lograr su averiguación, situación que no podría ser de ese modo si se considerara prueba. Para las partes interesadas en la aplicación de una norma extranjera deben de acompañar el texto junto con la demanda ya que así lo ordena el art. 288 inciso primero, el código de Bustamante establece que la para comprobar el contenido y vigencia de la ley extranjera basta presentar una certificación por dos abogados del país de cuya ley se requiere; esta es la forma más simple de hacerlo y es aceptada siempre y cuando el texto certificado haya sido emitido por la autoridad competente, no pudiendo ser válido una certificación de un texto bajo una versión comercial, en el caso de el salvador la publicidad de la vigencia y contenido de una ley le corresponde al diario oficial.

Las facultades que tiene el juez de solicitar la información sobre la vigencia del derecho extranjero no deben de confundirse con la llamada prueba para mejor proveer, ni la información de normas extranjeras es exclusiva de las partes, el juez puede ordenar diligencias para que se acredite la vigencia y contenido ya que es un interés del proceso, no de las partes. Bajo esas perspectiva los mecanismos de cooperación judicial internacional se crean

para que exista comunicación entre los órganos judiciales y administrativos de cada país, así, el juez mediante oficios puede solicitar que se le informe sobre leyes de otros Estados, dicho mecanismo pasa por tramites diplomáticos ya que es al cónsul es a quien se delega para que remita el oficio al Estado requerido. Los inconvenientes que se encuentran son que el trámite se vuelva largo y dilate innecesariamente el proceso. Así es más práctica las soluciones que se le dan a las partes interesadas bajo las reglas que dicta el código de Bustamante.

BIBLIOGRAFIA

Libros

Canales Cisco, Oscar Antonio. *Derecho Procesal Civil Salvadoreño*, 1º Edición, San Salvador, El Salvador, 2001.

Cortes Carbajal, Arturo Armando. *El Juez y el derecho Extranjero*, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1966.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*".3ª Edición, Argentina: Roque De palma Editores, 1958.

DevisEcheandia, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial. Tomo I*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

DevisEcheandia, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II*, Argentina: Víctor P de Zavilia Editor, 2000.

Fernández Rojas, José Carlos. *Problemas Actuales de la Aplicación de Derecho Internacional Privado por los Jueces Españoles*, España: Consejo General del Poder judicial, 1997.

GoldSchmidt, Werner. *Las Consecuencias Jurídicas de la Norma del Derecho Internacional Privado*, España: Bosch, 1935.

LarenaBeldarrian, Javier. *El Proceso Civil Parte General El Juicio Verbal y Ordinario* 2da. Edición, España: Dikynson, 2007.

Lessona, Carlo. *Teoría de las Pruebas en Derecho Civil*, México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001.

Machado, Schiaffino. *Vademécum Pericial Modelo Jurídico Pericial*, Ediciones La Argentina: Roca, 1999.

Mejía, Henry Alexander. *Manual de Derecho Administrativo*, El Salvador: Editorial Cuscatleca, 2014.

Midon, Sebastián Marcelo. *Pruebas Ilícitas Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, 2ª Edición, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

Montero Aroca, Juan. *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 10 ED, España: Tirant lo Blanch, 2001.

Morales, Saúl Ernesto. *Los Medios Probatorios*, El Salvador: Universidad de El Salvador, San Salvador, 2008.

Sendra, Vicente Gimeno. *Derecho Procesal Civil I El Proceso de Declaración*, España: Castillo de luna, 2005.

Sentís Melendo, Santiago. *El Juez Y El Derecho (Iura Novit Curia)*, Argentina: Ediciones jurídicas Europa- América, 1957.

Taruffo, Michele. *Algunos Comentarios sobre la Valoración de la Prueba*, España: Alicante Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008.

Triguero Saravia, Eduardo. *Estudios de Derecho Internacional Privado*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigación Jurídica, 1980.

Tesis

Acosta Baires, Julio Enrique. *La prueba de la ley extranjera*, Tesis para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 1971.

Alfaro Gaitán, Kevin Allein. *La declaración de parte como novedad del Código Procesal Civil y Mercantil, El Salvador: Trabajo de Investigación para obtener el grado y título de Licenciado en ciencias jurídicas*, 2011.

Argueta Hernández, Ruth María. *Seguridad jurídica del uso conjunto de los sistemas de valoración de la prueba Sana Crítica y Prueba Tasada en el Proceso Civil Y Mercantil, El Salvador: Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador*, 2013.

De López Beltrán, Margarita Romagoza. *El Principio de Inmediación en la Producción de la Prueba con el uso de Tic en el Código Procesal Civil Y Mercantil Salvadoreño, El Salvador: Tesis de para obtener el grado de Maestro Judicial, Universidad de El Salvador, San Salvador*, 2012.

García Deras, Carmen Margarita. *La aplicación del Código Bustamante en la legislación mercantil Salvadoreña, El Salvador: Tesis para obtener el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador*, 1999.

Martínez Criollo, Alfonso. *Análisis Del Sistema De Valoración De Sana Crítica Y De Prueba Tasada En Código Procesal Civil Y Mercantil, El Salvador: Tesis Para Obtener El Grado De Licenciado En Ciencias Jurídicas, Universidad De El Salvador, San Salvador*, 2010.

Ponce Rivera, Aldo Martin. *El sistema de la sana crítica en la valoración de la prueba por los tribunales de sentencia y su deficiente control por el recurso de casación. Análisis de la jurisprudencia de la sala de lo penal relacionada a los años 2009 y 2008, El Salvador: Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador*, 2011.

Solano Melara, Tanya Guadalupe. *Necesaria Incorporación de Procedimientos especiales de reconocimiento y declaración de marcas notorias en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos*, El Salvador: Tesis para obtener el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2011.

Legislación

Código Civil de El Salvador 1860, Decreto Ejecutivo del 30 de abril de 1860, Publicado en el Diario Oficial el 19 de Mayo de 1860.

Código de Comercio de la República De El Salvador 1970, 2° Segunda Edición, Editorial Imprenta Nacional, El Salvador, 1970, Decreto Legislativo N°. 671 del 8 de mayo de 1970, Diario Oficial N°.120, Tomo N°239, del 29 de Junio de 1973.

Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador. 2008, Decreto No. 712, Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381, de fecha 27 de noviembre de 2008.

Constitución de La República de El Salvador 1983. Asamblea Constituyente del 15 de diciembre de 1983, Publicado en el Diario Oficial del 16 de Diciembre de 1983, Edición 2006.

Convención Europea Sobre Información Relativa al Derecho Extranjero, Adoptada en Londres, el 7 de Junio de 1968 Hecho en Estrasburgo, el 15 de marzo de 1978.

Convención Interamericana Sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, adoptada en Panamá, de fecha 30 de enero de 1975.

Convenio de la Haya sobre la Eliminación del Requisito de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, Diario Oficial No. 194, Tomo 333 del 16 de octubre de 1996.

Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, Decreto Legislativo N° 868, del 16 de junio del 2002, Diario Oficial N° 125, Tomo 356.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto Legislativo N° 839 del año 2009, Publicado en el Diario Oficial N° 68, Tomo 383, de fecha 16 de abril de 2009.

Ley Orgánica del Servicio Consular de la República de El Salvador, Decreto Legislativo No. 33, de fecha 24 de abril de 1948, Diario Oficial 126, Tomo 144, Publicado 12 de junio de 1948

Jurisprudencia

Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Proceso Civil*, Referencia: 187-smqm-10, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Apelación*, Referencia: 47-emsm-12, El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2012.

Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Apelación*, Referencia: 87- emqcm-13, El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2013.

Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Apelación*, Referencia: R-27-ct-11, El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2011.

Sala de lo Civil, *Casación*, Referencia: 1292-2000, El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2000.

Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Apelación*, Referencia: 133-a, San Salvador, El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2007.

Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Apelación*, Referencia: -79-a, san salvador, El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2008.

Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Apelación*, Referencia: 38-3mc3-2014, San Salvador, El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2014.

Corte suprema de justicia, *Exequátur*, Referencia: 81-p-2013, San Salvador, El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2015.

Revistas

Arriola Espino, Marcela *Cooperación Judicial Internacional en el Sistema de Derecho Internacional Privado Peruano*, España: Revista Oficial del Poder Judicial 1/1, 2007.

Fresnedo De Aguirre, Cecilia. *Cooperación Jurisdiccional Internacional en el Ámbito Regional (Mercosur) realidad actual, futuros desarrollos, Acceso al Derecho Extranjero en materia Civil y Comercial: cooperación judicial y no judicial*, La Plata, Argentina 2013.

ANEXO.

Derecho comparado sobre la regulación del tratamiento procesal del derecho extranjero

<p><i>EL SALVADOR</i> Asamblea Legislativa a los 18 días del mes de septiembre del 2008, Decreto No. 712, Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381, de fecha 27 de noviembre de 2008 Código Procesal Civil Y Mercantil De El Salvador.</p>	<p><i>COLOMBIA</i> <i>Presidencia de la República. Decreto 1400 de 1970 del 6 de agosto, por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Publicado en: Diario Oficial 33.150 (1970).</i></p>
<p><i>Carga De La Prueba</i> <i>Artículo 321.CPCM</i></p>	<p>Carga De La Prueba Artículo 177.CPC</p>
<p>La carga de la prueba es exclusiva de las partes. Sin embargo, respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez podrá ordenar diligencias con el fin d esclarecer algún punto oscuro o contradictorio; en tales diligencias no se podrán introducir hechos nuevos, bajo ninguna circunstancia, ni tampoco practicar ningún medio probatorio no introducido oportunamente por las partes.</p>	<p>Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.</p>
<p><i>Prueba Del Derecho Extranjero</i> <i>Artículo 315 CPCM</i></p>	<p>Normas Jurídicas De Alcance No Nacional Y Leyes Extranjeras Artículo 188 CPC.</p>
<p>La parte que sustente su pretensión en norma de Derecho Extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación.</p>	<p>El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a Solicitud de parte. La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad</p>

	<p>competente del respectivo país, autenticada en la forma prevista enEl artículo 259.</p> <p>También podrá ser expedida por el cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores.</p> <p>Cuando se trate de ley extranjera no escrita, esta podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen.</p>
Objeto de Prueba Artículo 313, Prueba del Derecho Artículo 315 CPCM.	Prueba De Oficio O Alegación De Parte Artículo 179 CPC.
<p>ART. 313La prueba tendrá por objeto:</p> <p>1°Las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos.</p> <p>2°La costumbre, siempre que las partes no se pongan de acuerdo sobre su existencia o sobre su contenido.</p> <p>3°El derecho extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia; pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para asegurar su conocimiento.</p> <p>ART. 315La parte que sustente su pretensión en norma de derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el Juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación.</p>	<p>Prueba de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.</p> <p>Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.</p>
Medios probatorios Artículo 330 CPCM.	Medios de Prueba Artículo 175 CPC.
La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código.	Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los

<p>Los medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados.</p> <p><i>(Los medios de prueba están regulados desde el Art. 331 hasta el 343 y 396 de dicho cuerpo normativo)</i></p>	<p>indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.</p> <p>El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.</p>
<p>Exhortos o Cartas Rogatorias Artículo 175 CPCM</p>	<p>Documentos Otorgados En El Extranjero Artículo 259 CPC.</p>
<p>Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos por las propias partes interesadas, por intermedio de los agentes consulares o diplomáticos o a través de la autoridad administrativa competente en la materia o, en su defecto, por vía judicial.</p> <p>Cuando los exhortos o cartas rogatorias se tramiten por vía consular o diplomática o a través de la autoridad administrativa, no será necesario el requisito de la legalización.</p> <p>Los exhortos o cartas rogatorias se tramitarán de acuerdo con las leyes procesales del Estado de su cumplimiento. Los tribunales, a solicitud del órgano jurisdiccional requirente, podrán observar en el diligenciamiento del exhorto o carta rogatoria formalidades o procedimientos especiales, siempre que ello no fuere contrario a la legislación nacional.</p> <p>Los exhortos o cartas rogatorias y la documentación anexa deberán ser acompañados, en su caso, de la respectiva traducción.</p>	<p>Art. 259.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Núm. 118. Documentos otorgados en el extranjero. Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República, y en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país.</p> <p>La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de éste por el cónsul colombiano.</p>

	Prueba De Costumbre Mercantil Extranjera. ARTICULO 8 CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO
	La prueba de la existencia de una costumbre mercantil extranjera, y de su vigencia, se acreditará por certificación del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto, del de una nación amiga. Dichos funcionarios para expedir el certificado solicitarán constancia a la cámara de comercio local o de la entidad que hiciere sus veces y, a falta de una y otra, a dos abogados del lugar, de reconocida honorabilidad, especialistas en derecho comercial

Elaboración propia

En Colombia la ley extranjera es un hecho que se debe probar por las siguientes dos razones: Las normas de carácter extranjero deben ser aportadas por escrito de oficio (facultad inquisitiva del juez) o a petición de parte; y la ley extranjera no escrita se prueba por testimonio (medio de prueba)

La carga de la prueba es la que determina cuál de los sujetos procesales debe “proponer, preparar y suministrar las pruebas en un proceso”, la redacción del artículo 188 del CPC conlleva una variación en el modo de probar, dependiendo de la clase de ley extranjera que se pretende probar, pues, por una parte, si esta es escrita, es decir, si es el producto de un trámite legislativo del país de origen y consta por escrito tal normatividad, entonces la carga probatoria es de oficio o a petición de parte. Por otro lado, si lo que se quiere es acreditar una ley extranjera no escrita, será carga de la parte interesada, pues el medio de prueba sugerido en la legislación colombiana para demostrar el contenido de la ley extranjera es de entero costo y habilidad del sujeto procesal interesado.

En la República de Colombia se rescatan los siguientes medios procesales probatorios para lograr la demostración judicial de la ley extranjera, así:

- a. La prueba de oficio.
- b. El decreto de la prueba a petición de parte.
- c. La prueba documental (documento autenticado por agente diplomático cuya firma se debe abonar por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores).
- d. La prueba testimonial.

El medio de prueba que se requiere para probar la ley extranjera en Colombia estará íntimamente ligado con la materialidad o no de norma que se pretende aducir, es decir, si se está ante ley extranjera escrita, ley no escrita y costumbre.

En conclusión, la ley extranjera frente a un juez colombiano se prueba mediante un documento que haya sido sometido a las formalidades diplomáticas respectivas en lo tocante a legislación o ley escrita (derecho positivo), y en relación a la ley no escrita se podrá acreditar mediante el testimonio de abogados del país de origen de la ley extranjera que se quiere probar (testigos expertos).

En cuanto a la costumbre mercantil extranjera es el certificado expedido por el agente diplomático, previa certificación de la entidad extranjera que haga las funciones de cámara de comercio. De no existir tal, tendrá que suplirlo con dos abogados especialistas en Derecho Comercial. Se finaliza con la idea que la costumbre internacional, aquella que no pertenece a ningún estado o nación, no tiene regulación probatoria definida.

DERECHO COMPARADO

EL SALVADOR Asamblea Legislativa a los 18 días del mes de septiembre del 2008, Decreto No. 712, Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381, de fecha 27 de noviembre de 2008 Código Procesal Civil Y Mercantil De El Salvador	COSTA RICA Código Procesal Civil (Ley N° 7130, actualizado al 31 de agosto de 2001)
Carga De La Prueba Artículo 321 CPCM	Carga De La Prueba Artículo 317 CPC
La carga de la prueba es exclusiva de las partes. Sin embargo, respecto de prueba	. Carga de la prueba

<p>que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez podrá ordenar diligencias con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio; en tales diligencias no se podrán introducir hechos nuevos, bajo ninguna circunstancia, ni tampoco practicar ningún medio probatorio no introducido oportunamente por las partes.</p>	<p>La carga de la prueba incumbe:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) A quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho. 2) A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del acto
<p>Medios probatorios Artículo 330 CPCM.</p>	<p>Medios de Prueba Artículo 318 CPC.</p>
<p>La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código.</p> <p>Los medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados. <i>(Los medios de prueba están regulados desde el Art. 331 hasta el 343 y 396 de dicho cuerpo normativo)</i></p>	<p>Son medios de prueba los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Declaración de las partes. 2) Declaración de testigos. 3) Documentos e informes. 4) Dictámenes de peritos. 5) Reconocimiento judicial. 6) Medios científicos. 7) Presunciones e indicios.
<p>Objeto de Prueba Artículo 313, Prueba del Derecho Artículo 315 CPCM</p>	<p>Admisión, rechazo y concentración de pruebas Artículo 316 CPC</p>
<p>ART. 313 La prueba tendrá por objeto:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1° Las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos. 2° La costumbre, siempre que las partes no se pongan de acuerdo sobre su existencia o sobre su contenido. 	<p>Fracasada la conciliación y saneado el proceso, el juez ordenará recibir las pruebas ofrecidas que sean procedentes, y las que de oficio considere necesarias.</p> <p>Rechazará las que se refieran a hechos admitidos expresamente, a hechos</p>

<p>3°El derecho extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia; pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para asegurar su conocimiento.</p> <p>ART. 315La parte que sustente su pretensión en norma de derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el Juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación.</p>	<p>amparados por una presunción, a hechos evidentes y a hechos notorios, y también a aquellos que sean ilegales, inadmisibles o impertinentes</p>
<p>Exhortos o Cartas Rogatorias Artículo 175 CPCM</p>	<p>Comisión para diligencias Artículo 186 CPC</p>
<p>Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos por las propias partes interesadas, por intermedio de los agentes consulares o diplomáticos o a través de la autoridad administrativa competente en la materia o, en su defecto, por vía judicial.</p> <p>Cuando los exhortos o cartas rogatorias se tramiten por vía consular o diplomática o a través de la autoridad administrativa, no será necesario el requisito de la legalización.</p> <p>Los exhortos o cartas rogatorias se tramitarán de acuerdo con las leyes procesales del Estado de su cumplimiento.</p> <p>Los tribunales, a solicitud del órgano jurisdiccional requirente, podrán observar en el diligenciamiento del exhorto o carta rogatoria formalidades o procedimientos especiales, siempre que ello no fuere contrario a la legislación nacional.</p>	<p>Cuando una diligencia judicial hubiere de ejecutarse fuera del lugar del proceso, o por un juez o tribunal distinto del que la hubiere ordenado, éste encargará su cumplimiento al que corresponda, por medio de suplicatorio, exhorto o mandamiento, según la categoría del juez a quien se dirija.</p> <p>Para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier diligencia judicial cuya ejecución corresponda a registradores, notarios, auxiliares o subalternos del órgano jurisdiccional, se empleará la forma de mandamiento.</p>

Los exhortos o cartas rogatorias y la documentación anexa deberán ser acompañados, en su caso, de la respectiva traducción.	
CODIGO CIVIL DE COSTA RICA	
	ARTÍCULO 26.- La prescripción y todo lo que concierna al modo de cumplir o extinguir las obligaciones que resulten de cualquier acto jurídico o contrato que haya de ejecutarse en Costa Rica, se regirá por las leyes costarricenses, aunque los otorgantes sean extranjeros, y aunque el acto o contrato no se haya ejecutado o celebrado en la República.
<i>Prueba Del Derecho Extranjero</i> <i>Articulo 315 CPCM</i>	ARTÍCULO 30 CODIGO CIVIL
La parte que sustente su pretensión en norma de Derecho Extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación.	El que funde su derecho en leyes extranjeras deberá probar la existencia de éstas.

Elaboración propia

El Código Civil que entró en vigencia el 1° de enero de 1888 fue la primera legislación nacional que definió con cierta claridad las reglas aplicables ante la posibilidad de situaciones regidas por ordenamientos extranjeros y continúa siendo la principal fuente normativa en materia de Derecho Internacional Privado. En su título preliminar se especifican los casos en que es admisible apartarse de la ley territorial con respecto a los bienes muebles, la interpretación de los contratos, el testamento, el matrimonio y las formas y solemnidades externas de contratos y actos jurídicos. Quien funda su derecho en leyes extranjeras debe probar la existencia de estas

No existe en el ordenamiento costarricense una ley específica que defina las reglas y las fuentes del Derecho Internacional Privado. A pesar de que el Código Civil contiene un título sobre normas de Derecho Internacional Privado, en realidad se trata de una normativa muy escueta y que no impide aplicar reglas provenientes de otras fuentes de mayor jerarquía.

Entre los tratados multilaterales ratificados por Costa Rica deben mencionarse especialmente las seis convenciones adoptadas en la Conferencia Interamericana de Panamá de 1975 (CIDIP-I): la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Recepción de Pruebas en el Extranjero y la Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes para ser usados en el Extranjero. Todas estas convenciones fueron ratificadas por Costa Rica en 1978

El Código de Bustamante es el único texto normativo vigente en Costa Rica que establece reglas de Derecho Internacional Privado de un modo sistemático y general.

Costa Rica no cuenta con normativa específica sobre este tema. El Código de Bustamante, en su artículo 6, indica que en todos los casos no previstos por ese texto, cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas.

Internacional Privado. Sin embargo, otra área importante de este está referida a la ejecución, en el territorio del país del foro, de resoluciones judiciales extranjeras. En Costa Rica, esa posibilidad está regulada en el Código Procesal Civil de 1990, que regula el procedimiento conocido como exequátur, palabra latina que significa ejecútese. El Código Procesal Civil prescribe en su artículo 707 que la ejecución de sentencias, autos con carácter de sentencia y laudos, así como de mandamientos de embargo, citaciones, pruebas y otras actuaciones, pronunciados por tribunales extranjeros, debe pedirse ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Este artículo además dispone que tratándose de sentencias, autos con carácter de sentencia y laudos (previa traducción de la ejecutoria, si no estuviere en español) debe darse audiencia a la parte contra la que se dirija, por un plazo de diez días, vencido el

cual la Sala resolverá lo que corresponda. Contra la resolución de la Sala no hay ningún recurso.

En el artículo 708 se prescribe que si la Sala concede el cumplimiento, lo comunicará, mediante certificación, al juzgado del lugar en el que esté domiciliado el condenado en la resolución, para que esta sea ejecutada. Si se deniega el cumplimiento, se devolverá la ejecutoria al que la haya presentado. Los requisitos para que la resolución judicial extranjera pueda tener efectos en Costa Rica están previstos en el artículo 705 del mismo Código, que dice: "Para que la sentencia, el auto con carácter de sentencia, o el laudo extranjero surtan efectos en el país, deberán reunir los siguientes requisitos: 1) Que estén debidamente autenticados. 2) Que el demandado hubiere sido emplazado, representado o declarado rebelde, con arreglo a la ley del país de origen, y que hubiere sido notificado legalmente de la sentencia, auto con carácter de sentencia o laudo. 3) Que la pretensión invocada no sea de competencia exclusiva de los tribunales costarricenses. 4) Que no exista en Costa Rica un proceso en trámite, ni una sentencia ejecutoriada, por un tribunal costarricense, que produzca cosa juzgada. 5) Que sean ejecutorios en el país de su origen. 6) Que no sean contrarios al orden público." La autenticación de los documentos extranjeros tradicionalmente se ha efectuado mediante las oficinas consulares de Costa Rica con jurisdicción en el país de que se trate, y la de la firma del funcionario consular por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

En 2012, cuando Costa Rica ratificó la Convención para suprimir la legalización de los documentos públicos extranjeros, se introdujo en el sistema procesal la llamada apostilla, método simplificado de legalización de documentos que consiste en una hoja que se agrega (adherida al reverso o en una página adicional) a los documentos que la autoridad competente estampa sobre una copia del documento público. Con esto se ha facilitado grandemente el trámite de legalización; sin embargo, es muy importante determinar si el país de donde procede la resolución es también parte del convenio de la apostilla, ya que de lo contrario será necesario proceder a la autenticación por la vía tradicional.

La competencia exclusiva del juez costarricense a que se refiere el inciso c), y que impide ejecutar resoluciones extranjeras relativas al caso, está indicada en el artículo 47 del mismo Código Procesal Civil. La hipótesis de que ya sobre el caso exista una sentencia firme de un

tribunal nacional con autoridad de cosa juzgada o un litigio pendiente en los tribunales costarricenses procura evitar la ejecución de decisiones contradictorias. Sin embargo, la Sala Primera ha admitido que en algunos casos especiales el exequátur puede otorgarse, por ejemplo, en cuanto a una sentencia extranjera de divorcio basada en una causal distinta a la invocada en el tribunal nacional. El artículo 706 del Código Procesal Civil dispone que si se tratare de un mandamiento de embargo, o de práctica de citaciones, pruebas u otras actuaciones judiciales ordenadas por tribunales o árbitros extranjeros, serán diligenciadas siempre que no se opongan a lo dispuesto en el artículo 705.

En los casos de embargo no es necesario dar audiencia al ejecutado, ya que basta la demostración de que se le notificó el auto en el que se hubiere ordenado el exhorto, y de que haya tenido tiempo suficiente para que haya podido ocurrir a hacer valer aquí sus derechos. Si el mandamiento se refiere a otras actuaciones, una vez puesto el exequátur, se tramitarán igual que si procedieren de un tribunal o árbitro costarricense.

Otra disposición del Código Procesal Civil relevante para el Derecho Internacional Privado es el artículo 905, relativo a las sucesiones con domicilio extranjero perjudicar la adjudicación, transmisión o acto realizado en el domicilio de la sucesión. Si transcurrido ese plazo nadie se presentare, o si la oposición fuere desestimada, y una vez pagados los impuestos que correspondan, previo avalúo de bienes, el juez dictará una resolución en la que se apruebe la adjudicación, transmisión o acto realizado en el extranjero, y si se tratare de inmuebles o créditos hipotecarios mandará a inscribirlos, con tal de que las leyes sobre Registro de Propiedad están observadas. Si la adjudicación, transmisión o acto realizado en el domicilio de la sucesión de un extranjero domiciliado fuera de la República tuviere por objeto un crédito hipotecario o prendario, o una o más cédulas hipotecarias, el juez dictará la resolución aprobatoria, apenas transcurra el plazo de ley sin oposición de nadie, o tan pronto la oposición u oposiciones fueren desestimadas”.

Con respecto a las notificaciones que deban hacerse en el extranjero, la Ley de Notificaciones de Costa Rica, n° 8687 de 18 de noviembre de 2008, vigente desde el 1° de marzo de 2009, establece en su artículo 16 *“ARTÍCULO 16.- Notificación en el extranjero La notificación de cualquier resolución judicial que haya de hacerse en el extranjero, procederá por medio de exhorto dirigido al consulado costarricense ubicado en el país donde se debe practicar la*

notificación; en el caso de no existir consulado en ese país, se dirigirá al consulado de una nación amiga; o bien a petición de parte la notificación podrá realizarse por cualquier medio aceptado en el país donde se debe notificar. Las firmas autorizantes del exhorto deberán ser legalizadas por la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia y el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Cabe recordar que Costa Rica es parte de la Convención Interamericana de Panamá sobre exhortos y cartas rogatorias de 1975, que tiene autoridad superior a las leyes nacionales, pero es importante tener presente que ese instrumento solamente se refiere a los exhortos o cartas rogatorias expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial, y que tengan por objeto la realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero, o la recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, y no se aplica a actos procesales que impliquen ejecución coactiva ni a ningún otro distinto de los indicados.

<p>EL SALVADOR</p> <p>Asamblea Legislativa a los 18 días del mes de septiembre del 2008, Decreto No. 712, Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381, de fecha 27 de noviembre de 2008 Código Procesal Civil Y Mercantil De El Salvador</p>	<p>ESPAÑA</p> <p>LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL</p> <p>Fecha de disposición: 07/01/2000, Fecha de publicación: 08/01/2000, Entrada en vigor: 8 de enero de 2001.</p>
<p>Objeto de Prueba, Artículo 313, Prueba del Derecho Extranjero Artículo 315 CPCM</p>	<p>Objeto y necesidad de la prueba</p> <p>Artículo 281 LEC</p>
<p>La prueba tendrá por objeto:</p> <p>1°Las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos.</p> <p>2°La costumbre, siempre que las partes no se pongan de acuerdo sobre su existencia o sobre su contenido.</p> <p>3°El derecho extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia; pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de</p>	<p>2°También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia,</p>

<p>averiguación estime necesarios para asegurar su conocimiento.</p> <p>ART. 315La parte que sustente su pretensión en norma de derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el Juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación.</p>	<p>pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.</p>
<p>Carga De La Prueba Artículo 321.CPCM</p>	<p>Iniciativa De La Actividad Probatoria Artículo 282 LEC</p>
<p>La carga de la prueba es exclusiva de las partes. Sin embargo, respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez podrá ordenar diligencias con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio; en tales diligencias no se podrán introducir hechos nuevos, bajo ninguna circunstancia, ni tampoco practicar ningún medio probatorio no introducido oportunamente por las partes.</p> <p>ART. 315La parte que sustente su pretensión en norma de derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el Juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación.</p>	<p>Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.</p>
<p>Exhortos o Cartas Rogatorias Artículo 175 CPCM</p>	<p>Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. Artículo 429 LEC</p>
<p>Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos por las propias partes interesadas, por intermedio de los agentes consulares o diplomáticos o a través de la</p>	<p>Las pruebas que no hayan de practicarse en el acto del juicio se llevarán a cabo con anterioridad a éste.</p>

<p>autoridad administrativa competente en la materia o, en su defecto, por vía judicial.</p> <p>Cuando los exhortos o cartas rogatorias se tramiten por vía consular o diplomática o a través de la autoridad administrativa, no será necesario el requisito de la legalización.</p> <p>Los exhortos o cartas rogatorias se tramitarán de acuerdo con las leyes procesales del Estado de su cumplimiento. Los tribunales, a solicitud del órgano jurisdiccional requirente, podrán observar en el diligenciamiento del exhorto o carta rogatoria formalidades o procedimientos especiales, siempre que ello no fuere contrario a la legislación nacional.</p> <p>Los exhortos o cartas rogatorias y la documentación anexa deberán ser acompañados, en su caso, de la respectiva traducción.</p>	<p>5° Las partes deberán indicar qué testigos y peritos se comprometen a presentar en el juicio y cuáles, por el contrario, han de ser citados por el tribunal. La citación se acordará en la audiencia y se practicará con la antelación suficiente.</p> <p>También las partes deberán señalar qué declaraciones e interrogatorios consideran que han de realizarse a través del auxilio judicial. El tribunal decidirá lo que proceda a ese respecto y, en caso de que estime necesario recabar el auxilio judicial, acordará en el acto la remisión de los exhortos oportunos, dando a las partes un plazo de tres días a los efectos de que presenten, cuando fuere necesario, una lista de preguntas. En cualquier caso, la falta de cumplimentación de tales exhortos no suspenderá el acto del juicio.</p>
<p>Carga De La Prueba Artículo 321.CPCM</p>	<p>Carga de la prueba Artículo 217 LEC</p>
<p>La carga de la prueba es exclusiva de las partes. Sin embargo, respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez podrá ordenar diligencias con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio; en tales diligencias no se podrán introducir hechos nuevos, bajo ninguna circunstancia, ni tampoco practicar</p>	<p>1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.</p>

<p>ningún medio probatorio no introducido oportunamente por las partes.</p> <p>ART. 315 La parte que sustente su pretensión en norma de derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el Juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación.</p>	<p>2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.</p> <p>3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.</p>
	<p>LEY DE COOPERACION JUDICIAL INTERNACIONAL</p> <p>Ley 29/2015, de 30 de julio, cooperación jurídica internacional en materia civil, núm. 182, de 31 de julio de 2015.</p>
	<p>Ámbito de aplicación</p> <p>Artículo 29 LCJI</p>
	<p>1. El presente capítulo se aplica a la práctica y obtención de pruebas en el extranjero para que surtan efecto en un procedimiento judicial en España, o en España para que surtan efecto en un proceso extranjero.</p> <p>2. La prueba solicitada debe tener relación directa con un proceso ya iniciado o futuro.</p> <p>3. Cuando se solicite en España la práctica de una prueba con anterioridad al inicio del procedimiento judicial extranjero, se exigirá</p>

	<p>que la práctica anticipada de la prueba sea admisible conforme a la legislación española.</p> <p>La prueba practicada en España que haya de surtir efectos en un proceso extranjero deberá respetar las garantías previstas en la legislación española y practicarse conforme a la normativa procesal española.</p>
	<p>De la prueba del Derecho extranjero Artículo 33 LCJI</p>
	<p>1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.</p> <p>2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica.</p> <p>3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español.</p> <p>4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles.</p>
	<p>De la información jurídica Artículo 34 LCJI</p>

	La información del Derecho extranjero podrá referirse, al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante.
	<u>CODIGO CIVIL DE ESPAÑA</u> <u>ARTICULO 12.6</u>
	<p>1. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español.</p> <p>2. La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas.</p>

Elaboración propia

La aplicación del Derecho extranjero ha entrado en una nueva dimensión con relación a la regulación ofrecida sobre el tema por la LEC. Los arts. 281.2º y 282 LEC dan cuerpo a un sistema de prueba del Derecho extranjero de textura abierta.

El legislador no ha querido tomar partido por un sistema rígido de prueba del Derecho extranjero, de modo que sean siempre las partes o siempre el juez los que deban, en todos casos, probar el Derecho extranjero. En los casos en los que se aplica Derecho extranjero, la parte interesada en su aplicación deberá: primero, fundamentar su demanda en el Derecho extranjero y, segundo, probar el Derecho extranjero. Caso igual sucede en cuanto a la regulación que El Salvador posee en cuanto a ese tema es decir que ambas legislaciones lo tratan de la misma manera.

En el caso en el que las partes argumenten en base al Derecho extranjero pero no lo prueban: el tribunal deberá realizar dos operaciones basados en la regulación Española que son:

- 1) En la audiencia previa al juicio, advertirá a las partes en este sentido: éstas deben proponer la práctica de la prueba del Derecho extranjero. El tribunal advertirá a las partes de las consecuencias que tendrá el no hacerlo.
- 2) Si pese a ello, las partes no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse y el tribunal tampoco deberá probarlo. Dictará sentencia y desestimará las pretensiones de las partes.

Para tratar el tema de la prueba del derecho extranjero en la legislación de España es de hacer notar que el art. 281 LEC posiciona la prueba del Derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y se extrae que “el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. Cabe aclarar que dicho artículo en nuestra legislación es exactamente igual pues no varía en mucho solo en redacción, pues el fondo y contenido de dicho tema es el mismo.

En cuanto a la prueba del Derecho Extranjero la legislación española refiere los siguientes artículos 12.6 CC, 281.2 LEC y 33 LCJI, los cuales tratan de la relación del carácter de las normas de conflicto y el régimen procesal del Derecho Extranjero. Resultado de lo anterior se tiene que en España así como en nuestro país existe un Modelo Indeterminado de prueba del Derecho Extranjero. Indeterminado puesto que se le impone al juez la obligación de aplicar las normas de conflicto Artículo 12.6 Código Civil de España y por otro lado impone a las partes la carga de probar dicho derecho, pues la carga de la prueba recae sobre las partes que tendrán que informarse del contenido del Derecho extranjero (en el caso que quieran alegarlo en juicio), puesto que el juez no está obligado a aplicarlo si las partes no le prueban su contenido Artículo 281.2 LEC Y 33 LCJI.