

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



**FORMA DE PRODUCCIÓN DE PRUEBA POR MEDIO DE
VIDEOCONFERENCIA CUANDO EL DECLARANTE O TESTIGO SE
ENCUENTRA EN EL EXTRANJERO EN EL PROCESO CIVIL Y
MERCANTIL SALVADOREÑO**

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

PRESENTADO POR:

**MARCELA ALEJANDRA FIGUEROA AMAYA
KARLA LISSETH RAMÍREZ BAUTISTA
GEORGINA MARGARITA VELÁSQUEZ CORPEÑO**

DOCENTE ASESOR:

Msc. WILMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, AGOSTO DE 2018.

TRIBUNAL CALIFICADOR

DR. SAÚL ERNESTO MORALES

(PRESIDENTE)

DR. JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ

(SECRETARIO)

MSC. WILMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ

(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MAESTRO ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO

RECTOR

DR. MANUEL DE JESÚS JOYA ÁBREGO

VICERRECTOR ACADÉMICO

ING. NELSON BERNABÉ GRANADOS

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LIC. CRISTÓBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ

SECRETARIO GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA

DECANA

DR. JOSÉ NICOLÁS ASCENCIO HERNÁNDEZ

VICEDECANO

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ

SECRETARIO

LIC. RENÉ MAURICIO MEJÍA MÉNDEZ

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

LICDA. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO

DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

MSC. MARÍA MAGDALENA MORALES

**COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios y la Virgen de Guadalupe por su infinito amor, bondad, fidelidad, protección, sabiduría y por permitirme culminar esta etapa tan importante de mi vida, ya que, sin ellos, nada me hubiera sido posible.

A mi madre, Claudia Figueroa, por su amor, sus sacrificios, enseñanzas y por brindarme su apoyo incondicional en todos los momentos de mi vida, le estaré siempre agradecida y es a quien le dedico este triunfo.

A mi abuelo, Julio Figueroa, por ser mi ejemplo a seguir y enseñarme que con esfuerzo, dedicación y disciplina puedo lograr lo que me proponga.

A mi papá, hermano y abuela, por su cariño, comprensión, consejos y palabras de ánimo cuando más los necesitaba durante mis estudios.

Agradezco a mi demás familia en general y amigos, por el apoyo que me brindaron día a día en el transcurso de cada año de mi carrera universitaria.

A nuestro asesor, Msc. Marín, por sus consejos y apoyo durante la realización de este trabajo de investigación.

A mis compañeras de Tesis, Georgina y Karla, por su paciencia, esmero y dedicación en este trabajo. ¡Logramos cumplir nuestro sueño!

Marcela Alejandra Figueroa Amaya

AGRADECIMIENTOS

Primeramente, gracias a Jehová Dios por ser mi motor, por darme vida, salud, energía y permitirme culminar esta meta en mi vida, por enseñarme día con día que cada meta propuesta se puede lograr confiando en él.

A mi padre William Ramírez, por cada consejo, cada palabra de ánimo, por toda la confianza depositada en mí y por brindarme la posibilidad de ser profesional.

A mi madre Mercedes de Ramírez, por impulsarme siempre a estudiar y guiarme con mucho amor y paciencia.

A mi abuelo Luis Ramírez, por motivarme cada día a culminar mi carrera universitaria, por cada anécdota relatada y por ser un abuelo incondicional.

A mis hermanas y demás familiares, por cada gesto de amor que me hacen mejor persona cada día.

A nuestro asesor de tesis Licenciado Wilmer Marín por todo el tiempo y apoyo brindado durante la elaboración del presente trabajo.

A mis compañeras de tesis Georgina Velásquez y Marcela Figueroa, por todos los momentos de risa y enojo que pasamos durante esta larga travesía que inició en el primer año de nuestra carrera universitaria. ¡Felicidades, lo logramos!

Karla Lisseth Ramírez Bautista.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios y a la Virgen por ser ese apoyo durante mi caminar, por su amor, intercesión, misericordia, y todos aquellos frutos que solo pueden emanar de Dios, que sin ellos hasta este día no podría haber realizado cada una de las metas que he conseguido, que esos sueños se han vuelto realidad.

A mis padres, Margarita Lila Corpeño de Velásquez y Edwin Velásquez Joya, por apoyar y alentar cada uno de los pasos y retos emprendidos en mi vida, por sus sacrificios, enseñanzas y apoyo incondicional durante mi vida.

A mi hermana Alejandra Yamileth Velásquez Corpeño, por acompañarme en aquellos momentos cuando no creía ser capaz de hacerme cargo sobre las responsabilidades, por motivarme a dar siempre lo mejor de mí, para que ella luche por ser mejor.

Agradezco a mi demás familia en general, amigos y compañeros, por el apoyo que me brindaron día a día en el transcurso de cada año de mi carrera universitaria.

A mis docentes, en especial al Dr. Rodolfo Castro, quien ya no se encuentra con vida, pero que, sin duda alguna, me mostro los requisitos que debe reunir una persona en cuanto a su integralidad como profesional, la honestidad y transparencia como persona, pero sobre todo la calidez como un amigo, por demostrarme que lo dicho en un aula de clases no es lo último, sino que siempre hay más que aprender

A mis compañeras de Tesis, por su paciencia, esmero, dedicación, y todo lo ocurrido durante estos años de Universidad. ¡Lo hicimos!

Georgina Margarita Velásquez Corpeño.

INDICE

RESUMEN	1
LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	1
INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I.....	1
GENERALIDADES DE LA PRUEBA.....	1
1.1. Concepto de Prueba	1
1.2. Antecedentes Históricos.....	2
1.3. La Prueba en el Proceso Civil Moderno Salvadoreño	12
1.3.1. Código de Procedimientos y de Formulas Judiciales.....	12
1.3.2. Código de Procedimientos Civiles.	12
1.3.3. Código Procesal Civil y Mercantil.....	13
1.4. Valor Jurídico	14
1.5. Naturaleza Jurídica	15
1.6. Objeto de la Prueba.	15
1.7. Finalidad	17
1.8. Carga de la Prueba	18
1.9. Lugar, Tiempo y Forma de la Prueba	19
1.9.1. Lugar de la prueba.....	20
1.9.2. Tiempo de la prueba.....	26
1.9.3. Forma de los actos probatorios	29
1.10. Los Sistemas de Valoración de la Prueba.	33
1.10.1 Sistema de Tarifa Legal	36
1.10.2. Sistema de Libre Convicción.....	40
1.10.3. Sistema de Valoración de la Sana Critica	41
1.11. Medios de producción de prueba	43

1.11.1. Concepto de medio de prueba.....	43
1.11.2. Diferencia entre prueba y medio de prueba	46
CAPITULO II.....	48
MARCO NORMATIVO JURÍDICO Y MEDIOS DE PRODUCCIÓN DE PRUEBA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SALVADOREÑO.....	48
2.1. Perspectiva Constitucional	48
2.2 Perspectiva Internacional.....	49
2.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos	49
2.2.2. Declaración Americana de Derechos y Deberes de La Persona	49
2.2.3. Código de Derecho Internacional Privado.....	51
2.3. Normativa secundaria	51
2.3.1. Código De Procedimientos Civiles.....	51
2.3.2. Ley de Procedimientos Mercantiles	53
2.3.3. Código Procesal Civil y Mercantil.....	53
2.4. Medios de Prueba	54
2.4.1. Prueba Instrumental	54
2.4.1.1. Concepto	54
2.4.2. Tipos de Instrumento que pueden aportarse como prueba	55
CAPITULO III.....	79
LA PRUEBA TESTIMONIAL	79
3.1. Definición	79
3.2. Importancia	80
3.3. Características	81
3.4. Naturaleza Jurídica	84

3.5. Principios que rigen la prueba testimonial	85
3.6. Objeto	91
3.7. Sujetos del Testimonio	92
3.7.1. Declaración de Parte	92
3.7.2. Testigo.....	94
3.8. Presupuestos procesales para proceder	95
3.8.1. De admisibilidad:	95
3.8.2. Para rendir testimonio.....	96
3.8.3. De validez y eficacia	97
3.9 Oportunidad procesal para solicitar medio de prueba: ..	102
3.10 Práctica de la Prueba Testimonial: Desfile y Valoración	105
3.10.1 Entrevista previa y ensayo del declarante.....	106
3.10.2 Acreditación del testigo.....	108
3.10.3 Interrogatorio directo (ambas diligencias anteriores son realizadas por la parte proponente)	109
3.10.4 Contrainterrogatorio: basado únicamente en las respuestas del interrogatorio directo.	111
3.10.5 Interrogatorio re directo y re-contrainterrogatorio.....	113
3.10.6 Desacreditación de Testigo	114
3.11 Formas de realizar el interrogatorio:.....	115
3.11.1. En Sede Judicial.	115
3.11.2. Fuera de Sede Judicial.	115

CAPITULO IV 118

**EL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA COMO
INSTRUMENTO PARA LA RECEPCIÓN DE LA PRUEBA
TESTIMONIAL, DECLARACIÓN DE PARTE Y PARTE
CONTRARIA..... 118**

4.1. Derechos principios y garantías procesales	118
4.2. Concepto y origen de las tics y su implementación en el proceso jurisdiccional civil y mercantil salvadoreño.	122
4.3. La videoconferencia.....	127
4.4. La producción de prueba por videoconferencia y su relación con el principio de intermediación en el proceso civil y mercantil salvadoreño.	135
4.5. La valoración de la prueba testimonial producida por medio de videoconferencia en el proceso civil y mercantil salvadoreño.....	139
4.6. La cooperación judicial internacional para el uso de la videoconferencia.	146
4.7. Propuesta de procedimiento para producción de la prueba por videoconferencia en el proceso civil y mercantil salvadoreño.....	155
CAPITULO V	163
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS POR LA INVESTIGACIÓN.....	163
5.1. Nivel de Estudio.....	163
5.2 Diseño de la Investigación.....	164
5.3 Justificación de la adopción del universo	164
5.4 Población	164
5.5 Elaboración del Cuestionario.....	164
5.5.1 Validación del cuestionario.....	165
5.5.2 Procedimientos para recolectar datos	165
5.6 Presentación de Datos.	165
5.7 Análisis e Interpretación de resultados.....	166
CONCLUSIONES	196
BIBLIOGRAFÍA	200

RESUMEN

La implementación de la videoconferencia como medio de recepción probatoria cuando el declarante se encuentre en el extranjero, es una de las ventajas que la tecnología ofrece en el siglo XXI, ya que permite interactuar de manera parcialmente directa en tiempo real, entre dos o más personas que se encuentran en lugares distantes, creando una combinación entre la transmisión de imágenes y de sonidos a distancia. Su utilización hará factible la destrucción de barreras de tiempo y espacio dentro del proceso civil y mercantil salvadoreño, ya que el declarante rendirá su deposición sobre los hechos, ya sea de una manera anticipada o en el desarrollo de la audiencia, en tiempo real, lo cual robustecerá el derecho de igualdad y de defensa tanto para el declarante como para la contraparte procesal, asimismo robustece el principio de inmediación, por estar en tiempo real, existiendo la posibilidad de poder ser interrogado, en tal sentido, lográndose proteger las garantías y legalidades que robustece el Código Procesal Civil y Mercantil, inclusive obtener los principios de economía procesal, telepresencia judicial, oralidad, concentración, unidad de los actos, y publicidad.

Para lograr todo lo anterior, estas deberán llevarse a cabo dentro de los consulados, ya que por el principio de extraterritorialidad son considerados como sedes o partes del territorio salvadoreño, aun encontrándose en territorio extranjero, donde se respeta la soberanía del Estado; así también deberán cumplirse con requisitos formales que constaran en acta así como grabación de dichas diligencias, en donde conste lo realizado, evitándose nulidad de actuaciones a consecuencia de la falta de estos. Por tanto, si el proceso se sigue en cada una de sus etapas de la manera previamente establecidas, sería eficaz hablar de la presente implementación.

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURAS

- Pág.----- Página.
Ed. ----- Editorial.
Ibíd. ----- Ibidem, se utiliza para referir una cita previamente declarada.
Art. ----- Artículo.
Ord. ----- Ordinal.
Etc. ----- Etcétera.
Inc. ----- Inciso.
Vol. ----- Volumen.

SIGLAS

- UTEC. ----- Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia.
C.N.J. ----- Consejo Nacional de la Judicatura.
OEA. ----- Organización de los Estados Americanos.
UCA. ----- Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.
TIC. ----- Tecnología de la Información y la Comunicación.
DL. ----- Diario Oficial.
S.S. ----- San Salvador.
CPCM. ----- Código Procesal Civil y Mercantil.
C.C. ----- Código Civil.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de grado se desarrollan los efectos negativos y positivos de la implementación de la videoconferencia en el proceso civil y mercantil salvadoreño, así como el procedimiento efectivo que tendría que implementarse para poder ser incluida dentro del sistema jurídico legal.

Lo anterior surge de la necesidad en que se ven inmersos los procesos civiles y mercantiles, así como la acumulación de trabajo que reflejan los diferentes juzgados en esta rama judicial, ya que, los atrasos constantes de los diferentes procesos nacen de las dilataciones por ausencia de alguna parte procesal.

Tratar de la implementación de la videoconferencia como medio de prueba ciñe al ámbito jurídico con el uso de la tecnología. Aclarando que, esta última con el devenir de los años es constantemente cambiante e innovadora, es decir, que los avances tecnológicos han impactado a la sociedad de manera tan impresionante, que se han constituido en un elemento de vital importancia.

El hombre está en búsqueda constante de nuevos métodos, que simplifiquen las actividades en cualquiera de las áreas que se proponga. Es así como cada día ha tenido la capacidad de crear nuevas herramientas para satisfacer sus propias necesidades.

Un avance tecnológico es un proceso evolutivo de creación de herramientas que modelan y controlan el entorno. Es un conjunto de las diferentes técnicas de producción que se pueden aplicar en una actividad de una determinada forma, es decir que, resulta ser una aplicación del conocimiento científico, ciencia y herramientas de tal manera que puedan realizarse con mayor rendimiento y efectividad.

Estos son considerados como una extensión de la innovación del ser humano para poder desenvolverse mejor, por ello, se ha vuelto tan fundamental en la idea de una sociedad que las dos son casi inseparables.

El siguiente trabajo de grado pretende establecer una conexión efectiva y útil entre los avances tecnológicos y la producción de prueba en materia civil y mercantil, sin embargo, discutir de avances tecnológicos es un término demasiado amplio, por lo que se delimita únicamente a la videoconferencia como elemento facilitador de conectar a dos o varias personas que se encuentran en lugares diferentes.

Al definir la videoconferencia o videollamada como la comunicación simultánea bidireccional e interactiva de audio, video y datos en tiempo real, que permite mantener reuniones con grupos de personas situadas en lugares alejados entre sí.

En otras palabras, las videoconferencias son reuniones virtuales a través de internet cuyos participantes trabajan en distintas ubicaciones físicas. La sala de reuniones real se sustituye por el ordenador, y para ser realizado se necesita también de un ordenador que permita una conexión a través de internet.

En la doctrina, existe una cantidad de definiciones sobre la prueba judicial, las cuales se desarrollan en el contenido del presente trabajo de grado, sin embargo, una noción de lo que implica el término de prueba, es la que expone Carnelluti, para quien es: el conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos. La cual con el devenir del tiempo ha ido cambiando y progresando en la manera de ser valorada, es por ello que el presente trabajo de grado engloba la valoración de la prueba como

aquel que tiene valor jurídico que depende del grado de verdad proporcionado por el equilibrio entre la fuente y el medio probatorio.

Consecuentemente por ser una figura jurídica de verdadera importancia y relevancia, se han implementado normas jurídicas que regulan la forma en que esta se debe obtener, que tipo de prueba es permitida y su valoración.

Por lo que el presente trabajo de grado sitia el desarrollo de la prueba con el devenir de los tiempos hasta llegar a la época actual, en la que se cuenta con un sistema de prueba desarrollado y bien reglado por normas jurídicas, en el que solo basta incluir los avances tecnológicos para que la misma no se vuelva, con el paso de los años en ineficaz u obsoleta, por lo que el presente trabajo desarrolla la posibilidad de acoplar dichos avances tecnológicos a la norma jurídica salvadoreña en el proceso civil y mercantil.

Para demostrar si es eficaz o no el implementar la videoconferencia en el proceso civil y mercantil es preciso realizar un estudio de campo y doctrinal, así como aplicar un sistema analógico con el derecho penal, por ser una rama que implementa dicho medio de prueba, en el cual se ilustra las opiniones de diferentes especialistas en la rama del derecho civil y mercantil, quienes en su mayoría infieren que si existiera un procedimiento que abarque todos los principios y garantías constitucionales, se convertiría en un elemento facilitador para la depuración de procesos ya existentes y evitaría la acumulación de nuevos, generando así una agilización en los procesos sometidos a conocimiento jurisdiccional en el territorio salvadoreño tanto a nacionales como extranjeros.

CAPÍTULO I. GENERALIDADES DE LA PRUEBA

El presente capítulo tiene como propósito dar a conocer las generalidades acerca de la prueba y su desarrollo en el devenir del tiempo, sus características, objeto, finalidad, implementación y valoración dentro de los procesos jurisdiccionales.

1.1. Concepto de Prueba

A diferencia de lo que ocurre con ciertas instituciones y conceptos jurídicos, que atañe solo a determinada rama del derecho, como la procesal, civil o penal, la noción de prueba no solo tiene relación con todos los sectores del derecho, sino que trasciende el campo general de éste, para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano, e inclusive, a la vida práctica cotidiana.

Al referirse el concepto de prueba, lo primero que viene a nuestra mente, es definirla como aquel medio, al que cualquier persona recurre para convencerse a sí mismo de la verdad de los hechos ocurridos en un pasado un mediato o lejano, pero también para convencer a sus lectores o informantes de esa verdad, la cual no es utilizada únicamente con una finalidad jurídica sino también en actividades extraprocesales, que se ofrece de un modo polifacético, la cual en algunas ocasiones se relaciona con el tráfico jurídico en general; y en otras afectando al dominio de la lógica e investigación en las diferentes ciencias.

En el sentido ordinario – escribe Dellepiane -, prueba es sinónimo de ensayo de experimentación, de revisión, realizados con el fin de verificar la bondad,

eficacia o exactitud de algo, trátase de una cosa material o de una operación mental traducida o no en actos, en resultados.

Así, se pone en marcha una máquina para saber si funciona bien; si llena su objeto confrontado, en cierto modo, la teoría con la realidad práctica, y es que toda prueba, se reduce a una comparación o confrontación, de una cosa, hecho u operación de la que se duda, con otras cosas, hechos u operaciones, a fin de cerciorarse de la eficacia o exactitud de las primeras, lo cual actualmente se realiza en los litigios o procesos judiciales.

Por lo que, al trasladar el concepto de prueba al ámbito del derecho, se puede decir que la prueba puede ser definida según Carnelutti en su obra la Prueba Civil, como: “El conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos”.

Es decir que, desde una óptica procesal, la prueba que se ofrece o vierte en un juicio (prueba judicial), no es más que el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que puedan emplearse para conocer cualquier hecho, objeto o actividad, y llevar así al juez, la convicción sobre los hechos que interesan al proceso, con el fin de garantizar derechos.

1.2. Antecedentes Históricos

Al hacer alusión a los antecedentes históricos de la prueba judicial, según Devis Echandia, en su obra Compendio de Derecho Procesal: Pruebas Judiciales, esta ha tenido una evolución historia que se divide en cinco fases:

1) Fase Étnica o primitiva: Corresponde a los conglomerados humanos en

proceso de formación, es decir que apenas se estaban formando, en los cuales no existía un sistema procesal propiamente dicho, por consiguiente, el sistema probatorio era rudimentario, basado en el empirismo y en la experiencia o práctica adquirida por el juzgador.

Esta etapa se conoce también como ÉTNICA porque los investigadores han llegado a la conclusión de que el sistema procesal rudimentario presentó características originales en cada lugar. En esta fase, podemos ubicar el surgimiento y desarrollo de Grecia y Roma.

En cuanto al desarrollo de Grecia, se conoce poco sobre las pruebas, no obstante ello, Aristóteles, señala que existió una concepción lógica de prueba, que era ajena a prejuicios de orden religioso, y fanatismos, y en la que operaba el poder dispositivo, que colocaba sobre las partes la carga de producir la prueba y solo en casos especiales el juez podía decretarlas y practicarlas de oficio; ya que se examinaba a la prueba desde una percepción filosófica, dándole un aspecto intrínseco o extrínseco, lo que llevo a clasificarla como propia e impropia, la cual se constituía a través de silogismos e inducción.

Es por eso, que se puede decir, que Grecia produjo el desarrollo de un nuevo tipo de conocimiento, ya que incorporo dentro de la prueba, el conocimiento por testimonio, recuerdos o indagación, lo que trajo aparejado una gran revolución que, al cabo de una serie de luchas y cuestionamientos políticos, dio como resultado la elaboración de una determinada forma de descubrimiento judicial y jurídico de la verdad, el cual constituyó a matriz, el modelo o punto de partida para toda una serie de saberes, sean estos filosóficos, retóricos, empíricos, entre otros.

Entre algunos de los medios principales de prueba que poseía esta civilización,

podemos mencionar:

1. Los documentos: los cuales tenían un verdadero realce mercantil.
2. Los Juramentos: El cual era un tipo de verdad y prueba muy antigua, en el cual, el resultado del juicio se sometía a un juramento destinado a una deidad, y solo en los casos en que los conflictos no podían ser resueltos de este modo, un juez dirimía la controversia.
3. Los testimonios: Los testigos tuvieron notable importancia, pero se encontraban limitados, ya que las mujeres, los niños, los esclavos eran muy poco tenidos en cuenta, sino que excluidos a la hora de declarar y en cuanto al contenido de sus declaraciones. Mediante dichas declaraciones, se conoció el principio del contradictorio, como en interrogación de testigos que debía ser conocido por ambas partes.

Respecto a Roma, es de tener en cuenta los distintos tipos de proceso según las diferentes épocas y puede decirse que en general prevalecía un concepto de prudente desconfianza, en cuanto que se excluían los testigos que por sus antecedentes no merecían buen concepto. A este fin, el Juez debía indagar sobre la credibilidad del testigo, si bien es cierto que hacia el fin de la República y durante el Imperio, esta facultad investigadora del Juez fue limitada por una serie de presunciones Jurídicas de carácter político social”.

La prueba testimonial antiguamente se caracterizó por su general admisibilidad y además porque no existían las restricciones que para dicha prueba ha establecido el Derecho Moderno, unas veces debido a la cuantía de la obligación, otras sobre la materia que versa o sobre las personas que pueden declarar. Se dice esto, porque en los proceso primitivos no se observan esas limitaciones, ya que, aunque algunos de ellos los establecían

en determinados casos, -como ocurría en el proceso ateniense, en el cual aparecen prohibiciones referidas principalmente a los niños y a los esclavos y en el proceso romano donde no todas las personas tenían capacidad para ser testigos, ya que ni los delincuentes, ni los incapaces, ni los siervos podían deponer en juicio con aquél carácter-, tales prohibiciones no eran en modo alguno absolutas, y por ejemplo, los esclavos podían declarar a favor de sus señores, en unos casos, y en otros, su testimonio era válido con el concurso del tormento.

Respecto al Derecho Romano, hay que distinguir tres períodos y la importancia de este Derecho por ser la base de los sistemas actuales. Tales períodos son:

La época de la Legisaciones, en esta los medios de prueba aparecían fundados principalmente sobre testimonios prestados ante el juez después del juramento.

En el período formulario fueron admitidos otros, especialmente documentos, reconocimiento judicial, prueba indiciaria y juramento. Pero por regla general, la prueba en este período estaba sujeta a la discrecionalidad, o sea que no existían los medios de prueba formales.

Finalmente, por lo que respecta al período de la Cognitio Extra ordirem, adquirió gran relieve el derecho de interrogación de las partes por el magistrado, quien además señalaba a cuál de ellas incumbía la carga de la prueba.

2) Fase Medieval, Religiosa o Mística: Durante esta fase, el derecho probatorio, alcanzo un desarrollo científico importante, misma que data de la

época en la que Grecia y Roma tuvieron su apogeo, y que puede verse representada en los estudios de Aristóteles como retórica, en la que se encontraba una concepción lógica ajena a prejuicios de orden religioso para valorar la prueba.

Este apogeo fue por la irrupción del Derecho Germánico, de una connotación mucho más rudimentaria y bárbara que sustituía a la valoración lógica de las pruebas por medios artificiales, absurdos y basados en la creencia de una intervención de la Divinidad o en la justicia de Dios para casos particulares. Es con esta irrupción con la que empieza la fase religiosa en la que predominan las ordalías, los duelos judiciales y los juicios de Dios, lo mismo que las pruebas del agua y del fuego.

Posteriormente esta etapa tuvo un influjo cada vez más marcado del Derecho Canónico, a través del cual se va abandonando aquellos medios de prueba bárbaros y se va abriendo camino hacia la fase legal. Esta fase se distingue en dos etapas:

a) Instauración del derecho Germánico: Dice Chiovenda, que la irrupción del germanismo determinó profundas modificaciones en el sistema romano de la prueba, debido a que el derecho germánico concibió el proceso inicialmente como un medio de pacificación social. No se trataba inicialmente de dilucidar una contienda; interesaba mucho más dirimirla.

La solución del proceso se hizo depender, no del convencionalismo del Juez, si no por lo regular del resultado de un ritualismo y de unas solemnidades en las que la prueba descubre la voluntad de un ente superior imparcial: la Divinidad.

De ahí se explica que en este tipo de proceso Germánico los medios de prueba sean pocos y no conocidos anteriormente, como, por ejemplo, los juicios de Dios, las ordalías, entre ellas las del fuego o hierro candente, el agua hirviente o fría, el duelo judicial y el juramento con sacramentarios o cojuradores.

Esta clase de juramento, que se llamaba de Credulitate, porque la misión de los cojuradores era declarar sobre la honradez y religiosidad del que juraba, no existió en Roma, donde solamente se admitía el juramento probatorio de las partes.

Otra modalidad del juramento germánico especialmente en el derecho longobardo, fue el juramento Veritate, en el cual los cojuradores o Sacramentar juraban ser ciertos los hechos que las partes afirmaban. De todos modos entre el juramento romano y el germánico existen notables diferencias.

Entre el proceso romano y el germano existe una gran diferencia, la sentencia germana conserva la naturaleza del acto realizado en la asamblea popular, y como tal obliga y perjudica aun a quien no tenga noticia de aquélla, mientras que la sentencia romana no perjudica sino a las partes de la causa. De ahí que la primera alcanza a los miembros de la comunidad, tanto si han estado presentes e intervenido en el proceso o ausentes en este.

El proceso germano se dividió, al igual que el romano, en dos etapas históricas:

Periodo Antiguo: En este periodo, los miembros libres del pueblo se reunían en asambleas llamadas "ding". Estos, eran los titulares de la jurisdicción, es decir, tenían el poder del Estado para decidir la controversia planteada ante ellos. Por su parte, el juez aparece como un investigador del derecho y un director general de los debates. No se distingue lo penal de lo civil y se deja el

proceso a la libre actividad de las partes. Según este sistema, la asamblea daba su decisión y el juez, en consecuencia, ordenaba mediante un mandamiento el cumplimiento de lo resuelto. Este mandamiento hacía las veces de sentencia, y para su emisión el juez era asesorado por una serie de peritos en derecho.

El sistema que reglamenta los conflictos y los litigios, en las sociedades germánicas de esa época es, un procedimiento enteramente gobernado por la lucha y la transacción es una prueba de fuerza que puede terminar en una transacción económica. Se trata pues de un procedimiento que no autoriza a colocar un tercer individuo sobre los dos adversarios a la manera de un elemento neutro que busca la verdad intentando saber cuál de los dos no miente. En el periodo Franco comprendido desde el siglo V al XII, el proceso germánico pasa al estadio franco.

En este período continúa la existencia de los dings, pero en las causas importantes la presidencia está a cargo de un conde llamado Scabini. A medida que se avanza históricamente, el aumento de los poderes del juez se hace más notorio, así en las pruebas de esta época son comunes el combate o duelo entre los testigos con el fin de probar, aunque muchas veces los escabinos juzgaban por su propia convicción más allá de estas pruebas.

b) Proceso Italo-Canonico: La influencia canónica posterior sustituyó todo el formalismo del período germánico, por la prueba tasada, es decir, el sistema en el cual el Juez está sujeto a determinadas reglas establecidas por la ley, sistema que tuvo por objeto probablemente precaverse contra la arbitrariedad Judicial. Otras contribuciones que se deben al Derecho Canónico, fue la abolición de los medios irracionales de prueba y la introducción en el procedimiento de lo lógica del Juicio, a través de la llamada teoría de las

presunciones, que permitiría adherirse a la verdad más probable. Los medios de prueba utilizados en este período eran los siguientes:

1. La Confesión: Considerada la más importante, pero con la aclaración que solo la judicial podía producir plena prueba.

2. El Testimonio: En el cual se establecían ciertas incapacidades, tales como el perjuro, el delinciente; se exigía el testimonio concorde de dos testigos.

3. Los Peritos: Eran los especialistas, los conocedores de alguna ciencia o materia en la cual ejercían sus labores, a ellos se les confiaba determinar si una afirmación o negación en base a su experiencia y conocimientos era cierto o no.

4. El Reconocimiento judicial en relación con el hecho por probar. Había que dirimir si un hecho que se pretendía probar mediante el juicio era real; para tal efecto, era necesario que se estableciera un procedimiento mediante el cual el juez tuviera a la vista lo más gráficamente los hechos, a tal efecto se dirigía tal diligencia.

5. Los Documentos: Que para producir prueba tenían que ser públicos, mientras que los privados se consideraban como prueba indiciaria.

6. Las Presunciones: Si estaban contempladas en la ley producían la consecuencia de liberar de la carga de la prueba, y las demás se consideraban como indicios.

3) Fase Legal: Se denomina fase de la tarifa legal, en la cual la prueba fue sometida a una rigurosa tarifa la cual se encontraba previamente elaborada

aun antes de su valoración. Nace como consecuencia de la falta de preparación de los jueces y como respuesta a los métodos de la fase religiosa. A través de la tarifa legal los papas daban instrucciones detalladas sobre el proceso canónico y los canonistas debían elaborar las reglas de valoración de la prueba.

En este sistema la posibilidad de que el juez llegue a una conclusión por sí mismo respecto de las pruebas judiciales se redujo al mínimo debiendo éste cumplir con los mandatos legales en donde la ley preveía la forma en que se debían valorar las pruebas.

Este tipo de sistema daba facultades ilimitadas al juez para obtener pruebas de tal manera que le permitía emplear el tormento judicial para obtener la confesión, situación que llevó a que se instaura la Inquisición del Santo Oficio, en donde el sadismo y el refinamiento de la crueldad de los ministros de Cristo llegó a los máximos extremo.

4) Fase Sentimental: También llamada fase de íntima convicción y se originó con la Revolución Francesa que acogió las teorías de Montesquieu, Voltaire y sus seguidores y se aplicó como respuesta a la fase legal y reacción al sistema de tarifa legal, permitiendo y otorgando la absoluta libertad al juzgador de valorar la prueba.

Esta fase se caracterizó por el hecho de que las resoluciones judiciales se basaban en una convicción libre y no sujeta a reglas de ninguna naturaleza para determinar la existencia o no de los hechos puestos en controversia dentro de un proceso.

Se caracterizó también por ser aplicada por jurados compuestos por comunes

Ciudadanos. Este nuevo derecho se difundió por Europa solo a mediados del siglo XIX. También ha sido criticada por algunos autores, como TARDE quien dice que se trataba de una nueva superstición basada en la fe optimista en la infalibilidad de la razón humana, del sentido común, del instinto natural.

5) Fase Científica: Se basa en el uso por parte del juez de la sana crítica, que es una operación intelectual basada en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. Se diferencia del sistema de la íntima convicción por cuanto la sana crítica si está sujeta a pautas para la operación intelectual del juez y se diferencia del sistema de la tarifa legal por cuanto no está sujeta a reglas rígidas de valoración de la prueba que puedan contradecir al sentido común aplicable a cada caso en concreto.

Como consecuencia de la Revolución Francesa, se implantó primero en Francia y después casi en todos los países de Europa el sistema de la libre apreciación de la prueba, como una reacción al sistema de la prueba de la tarifa legal o prueba tasada y el sistema oral en el proceso penal.

Últimamente se está generalizando el principio inquisitivo probatorio y la libre apreciación del Juez y con mayor auge la Sana Crítica como es el caso del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador lo que resulta en una evolución drástica, pero a su vez positiva para el desarrollo del Derecho Civil y Mercantil moderno.

Respecto de la prueba en el proceso civil y mercantil salvadoreño, se puede decir, que esta ha tenido su desarrollo en tres periodos, el cual se ha visto aparejado con la creación y entrada en vigor de legislación en cuanto a la materia, de los cuales podemos mencionar:

1.3. La Prueba en el Proceso Civil Moderno Salvadoreño

1.3.1. Código de Procedimientos y de Formulas Judiciales

Como uno de sus caracteres sobresalientes es de señalar su índole unitaria, puesto que trata del enjuiciamiento civil como del criminal, si bien en forma defectuosa y desordenada, ya que su parte primera debería haberse reservado para las disposiciones comunes a ambos procesos y destinar luego las otras dos a las normas peculiares de cada uno de ellos. Y el otro rasgo acusadísimo consiste en la diversidad de definiciones que en ella se encuentran¹.

1.3.2. Código de Procedimientos Civiles².

Con el Código de Procedimientos Civiles de 1881, la prueba era valorada según el Sistema de la Prueba Tasada, en la cual el legislador es quien regula el valor que debe de dársele a cada una de las pruebas, siendo estos el de semiplena prueba, la cual es insuficiente por ella misma para lograr la convicción del juzgador, y el de plena prueba la cual es suficiente para que éste tome una decisión³; es por ello que el legislador previó la posibilidad de tener que valorar dos pruebas de igual valor y creo una jerarquía que estableció en el artículo 415 de dicho cuerpo normativo.

¹ Biblioteca Legislativa: “Dr. y Pb. Isidro Menéndez” (El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2017). <http://asamblea.gob.sv/eparlamento/biblioteca/Dr.-y-Pbro.-isidro-Menéndez>.

² Código de Procedimientos Civiles. (El Salvador: S/N, fecha de Publicación: 31/12/1881. No de Diario Oficial: 1, Tomo: 1)

³ Laura Elizabeth Mejía Contreras y otros, “*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*” (tesis de grado, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2009),132-134.

1.3.3. Código Procesal Civil y Mercantil.⁴

En El Salvador después de varios años de regirse por el tradicional sistema jurídico franco-hispano que regulaba la legislación procesal civil y penal, comenzó un proceso de reflexión sobre su sistema judicial y legal hasta que en el año 2000 la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, con la asistencia técnica del Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Banco Interamericano de Desarrollo inició la redacción de las primeras bases para la reforma procesal civil, adoptando algunas reglas probatorias angloamericanas compatibles al sistema tradicional.

Luego de este largo proceso de reforma, el resultado fue la creación de un nuevo Código Procesal que sustituiría al anterior, el cual es una combinación de reglas del sistema continental y del sistema angloamericano, que permitió la adopción de normas que regulan la actividad investigativa, las fuentes o elementos de prueba y los medios probatorios, así como también el ofrecimiento, admisibilidad, producción y valoración de la prueba.⁵

Desde la vigencia el 1 de Julio del año 2010, el CPCM vino a revolucionar el sistema general de valoración de la prueba adoptando el Sistema de la Sana Crítica, y dejando como excepción particular el Sistema de la Prueba Tasada aplicada únicamente al medio de prueba documental que se utiliza en la actualidad, derogando así al Código de Procedimientos Civiles vigente desde 1881 y a la Ley de Procedimientos Mercantiles que databa de 1973, ya que se

⁴ Código Procesal Civil y Mercantil, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador Decreto No. 712, Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381, Fecha de Emisión: 18/09/2008, Fecha de Publicación: 27/12/2008., 2010).

⁵ Rommell I. Sandoval R., *El Nuevo Proceso Civil y Mercantil salvadoreño*, (El Salvador: Colección Jurídica, UTEC, 2010). 1-2.

necesitaba la innovación de un cuerpo normativo de contenido procesal que permitiera la libertad probatoria la cual el legislador plasmó así:

“Las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados”⁶.

1.4. **Valor Jurídico**

La prueba, tiene un valor jurídico que depende del grado de verdad proporcionado por el equilibrio entre la fuente y el medio probatorio, es por ello por lo que el fundamento gnoseológico del sistema reside en la científicidad de la fuente, es decir la posibilidad de que la prueba sea susceptible de verificación.⁷

Es por ello, que se atribuye al juzgador la realización de dicha función intelectual, en el cual debe de manera concatenada valorar cada fuente y medio probatorio para así lograr arribar a una certeza jurídica, sea ésta positiva o negativa, atendiendo a las pretensiones de las partes intervinientes en el litigio, y así emitir un fallo valorativo apegado a derecho.

Es necesario ponderar entonces que el juez tiene la labor de aplicar una tarifa abstracta que poseen los medios probatorios, sobre hechos propios del asunto

⁶ Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 312.

⁷ Víctor de Santo, *La Prueba Judicial*, 3° Ed. (Argentina: Editorial Universidad Buenos Aires, 2005), 105.

a resolver, pero a pesar de que el legislador establece previamente la aplicación del sistema de tarifa legal, siempre faculta al juzgador de manera mínima para que valore los medios probatorios conforme al caso en concreto.

1.5. **Naturaleza Jurídica**

La Naturaleza Jurídica del acto probatorio es una actividad que puede ser realizada por cualquiera de las partes, con la finalidad de lograr el convencimiento del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos sobre los cuales versa el litigio y a su vez sobre las características de éstos.⁸

Dicha actividad es una facultad otorgada a las partes en igualdad de condiciones, atendiendo al Principio de Igualdad Procesal que se encuentra en el art. 5 CPCM, y desarrollado por el art. 312 CPCM el cual regula el derecho de probar de las partes, para que con ella se comprueben los hechos controvertidos fundamentos de la pretensión o de su oposición, y es que la naturaleza jurídica del acto probatorio se basa en el debate que se suscita entre las partes que conforman el litigio; lo cual se ve reflejado en el Principio de Contradicción, que en nuestro ordenamiento procesal civil y mercantil está regulado en el artículo 4 del Código Procesal Civil y Mercantil.

1.6. **Objeto de la Prueba.**

El objeto de la prueba o también denominado *thema probandi*, está constituido por las afirmaciones realizadas por las partes procesales sobre los hechos que

⁸Hernando Devis Echandía, *Compendio de la Prueba Judicial*, Tomo I, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000).19.

están en controversia o normas jurídicas (excepcionalmente) que fueron mencionados en las alegaciones.

Es por ello por lo que, en el proceso civil el principio de carga de la prueba u *onus probandi*, determina quienes pueden realizar alegaciones y el objeto de la prueba ya vendrá determinado por éstas, siendo preciso distinguir:

1. Alegaciones de hechos: las cuales recaen sobre afirmaciones que realizan las partes procesales de hechos controvertidos únicamente, ya que los hechos no controvertidos o admitidos por ambas partes no precisan ser probados, y a su vez los hechos notorios, ya que son de conocimiento general.
2. Alegaciones de derecho: es obligatorio para el juzgador conocer la norma jurídica (*iura novit curia*⁹) y se corresponde perfectamente con la función jurisdiccional de aplicar el derecho, sin embargo, la fundamentación jurídica auxilia a la adecuada aplicación de la norma al caso en litigio.

A diferencia de los tipos de alegaciones que no necesitan ser probadas, se encuentran las siguientes:

- a) La costumbre: aunque ésta sea fuente del derecho, de manera general dentro del proceso civil y mercantil, no es exigible a los juzgadores que conozcan todas las costumbres de su jurisdicción, pero no requerirá ser probada si las partes estuvieren conformes con su existencia y

⁹ Enciclopedia Jurídica, “*iura novit curia*”, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/iura-novit-curia/iura-novit-curia.html>

contenido y sus normas no afecten el orden público, de lo contrario, si las partes no se ponen de acuerdo sobre su existencia o contenido, deberán ser objetos de prueba.¹⁰

- b) El derecho extranjero: cuando sea necesaria la aplicación de una norma material extranjera deberá de ser probada, en lo que respecta a su contenido y vigencia, por cualquier medio de averiguación¹¹, ya que es imposible la exigencia del vasto conocimiento de leyes en todo el mundo a un juzgador.
- c) El derecho histórico: el juzgador tiene la responsabilidad de conocer sobre las normas que rigen su país, más no las derogadas de éste.¹²

1.7. Finalidad

La prueba tiene por finalidad llegar al convencimiento del juzgador para que genere credibilidad en cuanto a su fuente y el medio probatorio, y así llegar a la convicción que las afirmaciones alegadas por las partes procesales coinciden con la realidad, dado que la importancia recae en lograr el convencimiento del Juez y no de la parte contraria.

Por lo tanto, logra su finalidad la prueba en el momento exacto en que produce en el ánimo del Juez la certeza de la existencia o inexistencia de los hechos que las partes han alegado.¹³

¹⁰ Código Procesal Civil y Mercantil, Art 313 – 314.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Juan Montero Aroca, *Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco: “El Juicio Ordinario”*, (México: Civitas, 1999), 249.

¹³ Sandoval, *El Nuevo Proceso Civil*, 9-10.

1.8. Carga de la Prueba

El *Onus Probandi* o Carga de la Prueba, se refiere a la obligación de probar que tiene la persona quien afirma un hecho; para establecer dicha carga, debemos distinguir las funciones de los sujetos procesales en el procedimiento probatorio, tomando en cuenta que no significa que exista una obligación en sí de probar, más sin embargo implica estar en la expectativa de quien si presente pruebas, ya que, en virtud del Principio de Comunidad, todo elemento probatorio que sea incorporado al expediente, surte efectos con independencia de quien lo suministró para ser utilizado por la parte contraria.¹⁴ Para determinar esta carga, debemos de fijar los siguientes principios y criterios:

A) Los principios de aportación y adquisición procesal: ya que las partes son las que deben de probar sus afirmaciones y por ende sobre ellas recae dicha carga, aunque es de remarcar que no es obligación para estas el probar la existencia de los hechos para convencer al juez.

B) El hecho dudoso y el “*non liquet*”: que se describe en estas tres posibilidades:

1. Que el hecho alegado por alguna de las partes existió: ya que se debe de extraer la consecuencia jurídica prevista en la normativa.
2. Que el hecho alegado no existió: se alegó el hecho y se comprobó que nunca existió.
3. El hecho no ha llegado a ser probado, colocando al juez en la situación de duda: pero por no haberlo probado, no se dejará de resolver, pero

¹⁴ Santo, *La Prueba Judicial*, 67.

no se resolverá de manera favorable, solo lo que pruebe la parte contaría.

C) Reglas legales de distribución de la carga de la prueba: la regla principal que menciona que las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones, y la secundaria referida a que quien pretende algo, ha de probar que su dicho es cierto, y quien lo contradice, tiene que probar los hechos que desmientan o extingan la pretensión de quien lo acusa.

D) Criterios de distribución de la carga; los cuales están referidos al deber que tiene el demandante de probar los hechos que plasmó en su teoría fáctica, ya que si se demuestra a través de la prueba presentada todos los hechos que alegó, su pretensión será estimada, de lo contrario, el demandado será absuelto; en el caso del demandado, este puede limitarse a negar los hechos alegados por la contraparte, sin aportar prueba alguna, o contrademandar y probar todo lo que afirme.¹⁵

En otro orden de ideas se debe mencionar que el Juez podrá ordenar que se realicen ciertas diligencias con el fin de esclarecer algún punto oscuro para el juicio y que no hayan acreditado las partes, o contradictorio, para poder así resolver conforme a derecho sin que ello implique decantarse a favor de alguna de las partes.

1.9. Lugar, Tiempo y Forma de la Prueba

Es de saber que toda actividad probatoria, independientemente de la materia en la que se trate, se divide en tres grandes dimensiones, las cuales son y se

¹⁵ Montero, *Manual de Derecho Procesal*, 250-256.

desarrollarán a continuación: Lugar, Tiempo y Forma.

1.9.1. Lugar de la prueba

Por regla general “los actos procesales, como pauta, deben cumplirse en la sede donde funciona el correspondiente órgano judicial, pero existen excepciones cuando se trata de los actos probatorios”¹⁶, es decir que los actos de prueba deben realizarse siempre que ello resulte posible, en el lugar en donde se verifican los actos procesales ante el juzgador o ante quien se ventile el proceso.

En el art. 140 CPCM, se regula lo que es el lugar de la actividad procesal, el cual expresa: “ La actividad procesal se llevará a cabo en la sede donde esté radicado el tribunal que conozca de la pretensión; sin embargo, para el mejor logro de los fines del proceso, y si se trata de actuaciones que requieran la presencia del juez, éste podrá acordar, por resolución motivada, constituirse fuera de su sede habitual, a fin de presenciar por sí la práctica de prueba o la realización de un acto procesal”¹⁷, demostrando en este sentido que la inmediación del juez con la prueba es un requisito indispensable para la producción y valoración de la misma para la aplicación de justicia, siendo así que el artículo que se menciona, es claro en determinar que por regla general la producción de prueba será realizada en sede jurisdiccional pero a la vez resalta la importancia y excepción a dicha regla, al decir: que para el mejor logro de los fines del proceso, este podrá constituirse fuera de su sede habitual, pudiéndose mencionar en forma de ejemplo de dicha excepción lo

¹⁶ Santo, *La Prueba Judicial*, 175.

¹⁷Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 140.

que es el anticipo de prueba o los reconocimientos judiciales de lugares o cosas.

Asimismo, expresa el art.141:” Cuando una actuación procesal deba realizarse fuera del territorio al que extiende su competencia el tribunal, este podrá solicitar la cooperación y el auxilio de otro tribunal. La solicitud de cooperación y auxilio se efectuará directamente, mediante oficio, sin órgano intermedio; y se podrá disponer, si ello no causare riesgo a los fines del proceso, la entrega de este a la parte interesada en la realización del acto procesal.”¹⁸; es decir que podrán ser realizados por comisiones procesales o si se tratase fuera del territorio salvadoreño a través de cooperación judicial internacional, con lo que se reafirma el planteamiento anterior.

Como se expresó anteriormente, la regla general es que se realicen los actos de prueba frente al juzgador, pero también existen excepciones, como es el caso en el Código procesal vigente, y expresado en el párrafo supra-anterior referente al anticipo de prueba, reconocimiento judicial de lugares o cosas, regulados en los artículos 327, y 256 Ord. 3° CPCM. Además de estas excepciones hay que aumentar a la lista los diversos actos realizados por los colaboradores judiciales y de terceros, como lo es la citación o notificación, declaración de testigos o dictámenes de peritos; cuya naturaleza del acto requiere que este sea realizado fuera de la sede jurisdiccional, distinguiendo a su vez si este acto se realiza fuera de la sede jurisdiccional pero dentro del régimen de competencia y jurisdicción otorgado al Juzgador, o fuera de dicha jurisdicción, del cual se necesita de la ayuda necesaria para poder realizarse, como ya se refirió en el párrafo que antecede.

¹⁸ Ibíd. Art. 141

Al tratar de dar una explicación un poco más detallada sobre lo que anteriormente se expresa, se debe decir que según Víctor de Santo¹⁹ existen cuatro tipos de lugares en los que puede practicarse una prueba, de los cuales se ahondará a continuación:

1.9.1.1. Prueba dentro del radio del Juzgado

Como ya se expresó anteriormente “La actividad procesal se llevará a cabo en la sede donde este radicado el tribunal que conozca de la pretensión (...)”²⁰;

En este apartado se hace alusión al espacio geográfico en el que se encuentra la sede judicial, es decir, el edificio en donde este se encuentra, perspectiva errónea, ya que debe entenderse como sede judicial, no solo al espacio físico en el que se encuentra ubicado el juzgado o la sala de audiencias en la que se conoce de la pretensión, sino que también debe entenderse como ese espacio geográfico designado dentro del territorio por las leyes orgánicas, en el cual ellos tienen competencia para impartir justicia, dicho en otras palabras, sede judicial es toda esa comprensión territorial que la Ley Orgánica Judicial previamente determina y delimita; en el que ese Juzgado tiene competencia y jurisdicción, para intervenir en las diversas pretensiones que dentro de esa circunscripción se dirimen. – cómo se verá en el apartado siguiente, que habla propiamente de las actuaciones fuera de la sede judicial, entendiéndose a este como el edificio en el que se encuentra el juzgado o tribunal.

Cabe señalar, que no obstante lo expresado por dicha disposición legal, existen excepciones o actos que deben de realizarse en el domicilio o lugar en que se encuentre el testigo o en su caso el declarante; en donde por

¹⁹Santo, *La Prueba Judicial*, 176.

²⁰ Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 140: inciso primero parte inicial.

disposiciones judiciales se da la apertura a que dichas diligencias puedan ser delegadas ya sea a funcionario del Juzgado o Tribunal, como lo son los actos de comunicación hacia los intervinientes en el proceso civil y mercantil.

1.9.1.2. Prueba fuera del radio del juzgado, pero dentro de la circunscripción judicial

Este supuesto se encuentra en el art. 140 inc.1 parte media, en la que se expresa: “(...) Y si se trata de actuaciones que requieran la presencia del juez, este podrá acordar, por resolución motivada, constituirse fuera de su sede habitual, a fin de presenciar por sí la práctica de prueba o la realización de un acto procesal”.

Tal y como se expresaba anteriormente, el Código Procesal Civil y Mercantil vigente, faculta al juzgador para que este salga y realice actividad probatoria dentro de la jurisdicción en la que él tiene competencia.

Disposición que da la facultad al juzgador de trasladarse o no al lugar en donde se deba practicar o realizar el acto probatorio; o en su caso, si se trata de actos de comunicación, encomendárselo a través de una comisión procesal a otro Juzgador, que se encuentre en el radio del acto procesal, es decir que en el lugar en donde deba realizarse dicho acto procesal tenga el juzgador su sede en ese lugar. Solicitándose tal y como lo expresa el inc. 2 del art. 141: (...) mediante, oficio, sin órgano intermedio (...)

1.9.1.3. Prueba fuera de la circunscripción judicial pero dentro de la República

El supuesto en el inc. 1 del Art. 141 CPCM, que expresa: “Cuando una actuación procesal deba realizarse fuera del territorio al que extiende su

competencia el tribunal, éste podrá solicitar la cooperación y auxilio de otro tribunal”. Y esto se da como ya se dijo con anterioridad en actos de comunicación, o entre otros como lo son secuestros, entrega de inmuebles, recepción de prueba de testigos, emplazamientos, notificaciones, reconocimientos de lugares; ya que la facultad de ordenar comisiones procesales es limitada y es aceptada por el ordenamiento por razones sustentadas en los principios de economía procesal e inmediación, ya que al permitirse la delegación probatoria, esto vulneraría el principio en cuestión, ya que el Juez delegante que conoce de la causa, ya no tendría una percepción ni valoración propia sobre los hechos sino que por el contrario se vería influenciado por la percepción y valoración del Juez delegado.

1.9.1.4. Prueba fuera del territorio de la República.

Se encuentra regulado en el artículo 149 y siguientes del CPCM; que establece: “Los tribunales de El Salvador podrán recabar la cooperación de los tribunales extranjeros para realizar actuaciones fuera de la República”²¹. “Sin perjuicio de lo previsto en tratados internacionales, cuando una actuación procesal deba realizarse fuera del territorio nacional, la parte interesada en su realización la solicitará, indicando la causa y alcance de la actuación procesal solicitada”²².

Asimismo, “para la realización de actos procesales de mero trámite en el extranjero, como notificaciones, citaciones o emplazamientos, así como para la recepción y obtención de pruebas e informes, los tribunales librarán exhortos y cartas rogatorias” ²³. Claro está que este tipo de procedimiento solo podrá

²¹ Ibid. Art. 149

²² Ibid. Art. 150

²³ Ibid. Art. 151

ser realizado con aquellos países con los que El Salvador haya suscrito o ratificado un tratado; y es que para poder realizar un acto procesal fuera de El Salvador, se cuenta con tres pautas generales: a) Petición de parte interesada; b) Indicación de la causa; c) Alcance de la actuación procesal; siendo imperioso mencionar que aunado a estas pautas deben de cumplirse las reglas impuestas por cada uno de los instrumentos internacionales que se suscriban y ratifiquen ya sea de forma bilateral o multilateral, sean estos para la realización de actos de mero trámite o bien como para la recepción de pruebas.

Las actuaciones tal y como lo regula el CPCM en el Art. 151, se realizan por medio de exhortos y cartas rogatorias, estipulado así, en algunos de los instrumentos que han sido suscritos y ratificados por El Salvador, siendo entre algunos de los instrumentos que permiten la realización de estos actos procesales: “La convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial” y su “protocolo adicional a la convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero”; y la convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias”. Asimismo, es necesario mencionar, que la cooperación internacional existente, opera en un doble sentido, es decir, que existe una reciprocidad entre los Estados contratantes o suscriptores, siendo el caso que cualquiera de los países adheridos al tratado o convenio puede solicitar auxilio a los tribunales o juzgados salvadoreños para la realización de actos procesales en el territorio salvadoreño, originado de procesos judiciales tramitados en el extranjero.

La carta rogatoria o exhorto, es el mecanismo mediante el cual un Estado cooperante libra a su homologado extranjero una petición con el ruego que lleve a cabo una determinada diligencia (sea esta una práctica de prueba o extienda información, realizándose por medio legal establecido en el convenio. Es necesario, aclarar que actualmente el ordenamiento jurídico procesal

salvadoreño, es incongruente, con lo establecido en la convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, por lo que, al tratarse de realización de diligencias en el extranjero, se someterá conforme lo establecido en la convención.

1.9.2. Tiempo de la prueba

Según Víctor de Santo “Las pautas temporales a las que se haya sometida la actividad probatoria son, por una parte, la proposición u ofrecimiento y, por la otra, la práctica o recepción de los actos respectivos.”²⁴

Al respecto Evelyn Rossana Hernández y Otros, en la tesis “Expectativas y perspectivas de la prueba testimonial regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil”²⁵, expresan que: “En cuanto al tiempo de la actividad probatoria, es preciso indicar la limitación de carácter temporal que con relación a ella se establece, marcando para su realización momentos o espacios de tiempo determinados.

Por el carácter preclusivo de la ordenación de sistema procesal, las actividades probatorias vienen ordinariamente recogidas, dentro del procedimiento, en momentos y espacios de tiempo específicamente destinados para ello. A esos momentos y espacios los designa el derecho positivo con el nombre, no siempre adecuado, de “término”, creando así la figura de “término Probatorio”, que engloba todas las limitaciones temporales que a la prueba hacen referencia.

²⁴ Santo, *La Prueba Judicial*, 177.

²⁵ Rossana Evelyn Hernández et al, “*Expectativas y perspectivas de la prueba testimonial regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil*”, (tesis para optar al título de licenciada en Ciencias Jurídicas, San Salvador, 2009). 76.

Asimismo, el art. 144 CPCM establece que “Cuando se comunicare a una parte que debe realizar un acto procesal, se indicará en la resolución el plazo legalmente previsto para llevar a cabo aquél; y, de ser posible, se especificará el día de su vencimiento, así como las consecuencias de la omisión o retraso en la realización del acto. Si se ordenare a una parte la realización de una actuación procesal respecto de la cual la ley no prevé plazo o término, se deberá practicar sin dilación, o en el plazo más breve posible, que fijará el tribunal, con indicación de las consecuencias de la omisión o retraso en la realización del acto”²⁶.

“Y es que los plazos establecidos para las partes comenzarán, para cada una de ellas el día siguiente al de la respectiva notificación, salvo que, por disposición legal o por la naturaleza de la actividad que haya de cumplirse, tengan el carácter de comunes, en cuyo caso aquéllos comenzarán a correr el día siguiente al de la última notificación”²⁷.

Es necesario en este momento establecer la diferencia entre “término” y “plazo probatorio”, porque como se había mencionado anteriormente el derecho positivo tiende a confundirlos o a utilizarlos erróneamente, y es que, para efectos ilustrativos, debe entenderse como “termino procesal” al límite del plazo en que tiene que realizarse un acto procesal, mientras que el “plazo procesal”, es aquel lapso de tiempo en que debe realizarse un acto procesal, los cuales según el art.143 CPCM son perentorios e improrrogables.

A manera de ejemplo, se puede citar, el caso de las Diligencias Preliminares, reguladas a partir del art. 255 y siguientes del CPCM, establece en la primera

²⁶ Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo. 144.

²⁷ Íbid Art. 145

disposición que: “Con el fin de preparar el proceso, el futuro demandante o quien con fundamento prevea que será demandado podrá pedir la práctica de diligencias necesarias para la presentación de la demanda, para la preparación de la defensa o para el eficaz desarrollo del procedimiento”.

“Si el solicitante no interpone la correspondiente demanda en el plazo máximo de un mes, las diligencias practicadas perderán su eficacia y no podrán ser invocadas. Dicho plazo comienza a contar desde la conclusión de las diligencias preliminares”.

El plazo que establece dicha disposición para interponer la correspondiente demanda es el plazo máximo de un mes- lapso en que debe realizarse un acto procesal – entendiéndose como límite del plazo en que tiene que realizarse un acto procesal-.

Al respecto cabe mencionar que, en el Código Procesal Civil y Mercantil, los actos probatorios serán realizados en forma oral y pública frente al juez, el día y hora señalados para la audiencia probatoria, en la sede del Tribunal respectivo, lo cual es sustentado por el Art. 402 CPCM, excluyéndose de la presente normativa, la prueba documental, instrumental y peritajes. No obstante, como toda regla general, la práctica de la prueba también tiene sus excepciones, las cuales nacen de la regulación que hace el Art. 404 CPCM, el cual establece que “Cuando la prueba deba realizarse separadamente del acto de la audiencia probatoria, el tribunal anunciará a las partes, con la debida antelación, el día y hora en que procederá a tal diligencia. Si, además, tuviera que practicarse fuera de la sede del tribunal, se indicará el lugar. Las partes tendrán derecho a intervenir en la producción de estas pruebas. Si la prueba no se pudiera realizar en el acto de la audiencia, se procurará, de ser posible, producirla antes de que se celebre ésta”.

1.9.3. Forma de los actos probatorios

Sobre este tópico, debe advertirse que en la legislación procesal civil y mercantil salvadoreña, las actuaciones probatorias deberán de realizarse bajo el principio general de oralidad, salvo algunas excepciones las cuales se encuentran contempladas en el art. 127 CPCM, de las cuales se puede expresar: demanda, ampliación de la demanda, contestación de la demanda, reconvención y cualquier otra resolución que ponga fin al proceso o surta efectos materiales sobre la pretensión, las cuales serán siempre por escrito, salvo excepciones.

Actualmente, es imperativo expresar que, en cuanto a la forma de producción de prueba, esta debe regirse bajo un procedimiento que se encuentra regulado de manera implícita en la legislación procesal y que se divide en:

1.9.3.1. Ofrecimiento de la prueba

El cual debe ser entendido como la actividad procesal mediante la cual las partes procesales de un litigio declaran y aportan, describen o singularizan las pruebas que se harán uso dentro del proceso jurisdiccional a fin de fundamentar sus pretensiones.

En todo proceso civil o mercantil, es requerido que, junto con la demanda, contestación de demanda, reconvención y contestación de la reconvención se deben aportar los documentos que acrediten los presupuestos procesales, así como el poder del representante procesal. De igual forma se puede y debe aportar todos aquellos documentos o dictámenes que comprueba el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento, lo que se encuentra contemplado en el art. 288 CPCM.

Asimismo, el art. 289 CPCM, establece que cuando no se aporten los documentos inicialmente o no se designe el lugar donde se encuentran, precluirá la posibilidad de aportarlos, salvo que la ley autorice excepcionalmente a hacerlo en momento no inicial, por ser posteriores a los actos de alegación o anteriores pero desconocidos, por fuerza mayor o por justa causa.

De igual forma continúa legislando, que no obstante lo regulado en el inciso anterior, el demandante podrá presentar en la audiencia preparatoria los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia, solo se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación de la demanda. Regla que también es aplicada para el actor tal y como en el primer caso.

Determinándose de esta manera que en un litigio procesal sea éste de índole civil o mercantil, existen tres formas de aportar prueba al proceso las cuales son:

- 1- En un primer momento junto a cualquiera de las alegaciones iniciales.
- 2- Como un segundo momento, podrán ser aportados posteriores a los actos de alegación cuando estos fueran desconocidos por fuerza mayor o justa causa.
- 3- Y en un tercer momento, el cual es solo eludible por el demandante siempre y cuando a efecto de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación de la demanda, sea requerido aportar

dicha prueba, la cual solo tendrá valor probatorio si la misma es aportada y admitida en la correspondiente audiencia preparatoria.

1.9.3.2. Admisión de la prueba:

En cuanto a la admisión de la prueba, debe expresarse que esta es realizada en la audiencia preparatoria o audiencia única según sea el caso, en donde previo a la admisión de la misma, el Juzgador ha intentado generar una conciliación entre las partes y tras no haberlo logrado, se procede al saneamiento de los defectos procesales que pudieran tener las alegaciones iniciales; a fijar en forma precisa la pretensión y tema de la prueba, y para proponer y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la audiencia probatoria como fundamento de su pretensión o resistencia, salvo las excepciones las cuales ya se mencionaron en el apartado anterior, lo que se ve contemplado en el art. 292 en relación 305. 306, 307, 308, 309. 310 todos del CPCM.

Una vez estipulados los hechos que serán objeto del debate, las partes, por su orden procederán a comunicar al juzgador las pruebas de las que intentan valerse en el acto de la audiencia probatoria, debiéndose singularizar mediante la proposición de la prueba el medio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido y finalidad concreta.

Es así, que para que toda prueba sea admitida, debe cumplir con lo legislado en los artículos 317, 318, 319 del CPCM, es decir que esta debe ser legítima, útil y pertinente sobre los hechos que son objeto de debate. Por lo que el momento procesal oportuno para la práctica de las pruebas admitidas sería la audiencia probatoria, salvo que estas no puedan practicarse en el acto de la audiencia probatoria, donde deberán realizarse con antelación al juicio o si las

partes quisieran aportar otras pruebas instrumentales su admisión se examinara en la audiencia probatoria, según lo contemplado en el art. 311 inc. 1 del CPCM, como se verá a continuación:

1.9.3.3. Práctica de la prueba:

La cual se llevara a cabo dentro de la audiencia probatoria o audiencia única según sea el caso, que deberá ser realizada dentro de los sesenta días siguientes a la audiencia preparatoria, y en el caso en que se aplique un procedimiento abreviado dentro de un mínimo de diez días y un máximo de veinte, tras ser admitida la demanda; en dicha audiencia se llevara a cabo la producción de toda aquella prueba que permita acreditar o desvirtuar todos aquellos hechos que son objetos de prueba y que se encuentran contemplados en el artículo 313 CPCM y que consisten en: a) las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos; b) la costumbre, siempre que las partes no se pongan de acuerdo sobre su existencia o sobre su contenido, c) 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.

Práctica que se llevará a cabo mediante la producción de los diversos medios de prueba que se encuentran regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil en los art. 330 y siguientes de dicho cuerpo normativo de los cuales no se ahondará en este momento por ser los mismos objetos de desarrollo posteriormente.

1.9.3.4. Valoración de la prueba

Se lleva a cabo luego que se declaren cerrados los debates y antes de emitir

el fallo, la cual según la legislación procesal en el art. 416 y sig. CPCM, el juzgador debe valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica como regla general y a manera de excepción expresa que la prueba documental estará a lo dispuesto sobre el valor tasado.

Asimismo, se establece que el Juzgador aparte de ver la prueba en su conjunto deberá valorar a cada una de forma individual determinando a su vez si esta conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo, determinando su motivación y razonamiento en la respectiva sentencia.

Como ya se expresó ante la valoración de la prueba, el juez genera una discrecionalidad técnica, es decir, que se forma en él una apreciación de lo que realmente ha sucedido, o cuál es una situación de hecho determinada, no depende de consideraciones de oportunidad, mérito o conveniencia, ni a la vacía invocación del interés público, sino que debe ser estrictamente ajustada a la realidad fáctica, con sustento probatorio suficiente de acuerdo a las reglas de la prueba, es decir, que la apreciación de esta última constituye también un aspecto de la legitimidad del acto y como tal debe ser controlada, y para ello se han creado una serie de sistemas, que regulan la valoración de la misma y los cuales se desarrollarán a continuación.

1.10. Los Sistemas de Valoración de la Prueba.

La valoración de la prueba en la actividad probatoria se considera de suma importancia debido a que, a través de ésta, es que el Juez determina si las pruebas aportadas y producidas por las partes constituyen, son o no suficientes para acreditar o no la pretensión de las partes.

En la doctrina algunos autores tratan de conceptualizar lo que debe entenderse o no como valoración de la prueba, según la perspectiva de estos, siendo así que para autores como:

I) Sandoval Rommel²⁸, la valoración de la prueba es “una actividad en la que la evaluación psicológica de la prueba no ofrece aún exteriorización alguna, porque nos encontramos en el ámbito íntimo de la conciencia del juez y del proceso intelectual previo a la elaboración definitiva de la sentencia. La exteriorización se producirá con la fundamentación fáctica de aquella”.

II) Por su parte Olaso Álvarez²⁹ expresa que debe entenderse que “La valoración de la prueba constituye toda una actividad intelectual desplegada por el juzgador, que consiste en analizar y ponderar las distintas pruebas traídas y evacuadas, con la finalidad de determinar la certeza o incertidumbre de los hechos que sustentan las distintas pretensiones sometidas al escrutinio del tribunal.”

III) Al respecto Devis Echandía³⁰ expresa que se debe entender como valoración o apreciación de la prueba Judicial a: “la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez, pues las partes o sus apoderados tienen únicamente una función de colaboradores, cuando presentan sus puntos de vista en momento culminante y decisivo de la actividad probatoria”

²⁸ Rommel I Sandoval R. “*La práctica adversativa de la prueba de testigos en el nuevo código procesal civil y mercantil de El Salvador*” (El Salvador) [http:// Bioblioteca.cejamericas.org/bit/handle/2015/1234/laprcaticaadversativacodigoprocesalcivilymercantil.pdf?sequence=1&east Allowed=y](http://Bioblioteca.cejamericas.org/bit/handle/2015/1234/laprcaticaadversativacodigoprocesalcivilymercantil.pdf?sequence=1&eostAllowed=y).

²⁹ Jorge Olaso Álvarez, *La Prueba en Materia Civil*, (San José, Costa Rica: Editorama, 2006), 162.

³⁰ Hernando Devis Echandia, *Compendio de la Prueba Judicial*, 141.

Concluyéndose de lo anterior, que la valoración de la prueba es una operación mental en la que cada juzgador evalúa uno a uno de los elementos incorporados los cuales fueron ofertados, admitidos y producidos durante todo el proceso, de los cuales se evalúa su idoneidad, utilidad y pertinencia de una forma individual como en su conjunto en cuanto a la acreditación de la pretensión o pretensiones de las partes a efecto de llegar a una conclusión la cual es la considerada como la “verdad” para el juez. Lográndose extraer elementos comunes que surgen en torno a la Valoración Probatoria, tales como:

1. Es una actividad mental, realizada por el juzgador, conforme a las facultades que la misma ley le otorga, pues no hay que perder de vista que algunos medios probatorios, como la prueba documental, ya tienen su valor probatorio establecido por la Ley.
2. Es una facultad que únicamente corresponde al Juez, el cual deberá evaluar si las pruebas presentadas ante él han logrado crear una certeza de las alegaciones efectuadas por las partes.
3. Lo que se persigue con la valoración de la prueba es determinar la veracidad de los hechos planteados por las partes, o si por el contrario los mismos, son poco convincentes.

Es común que cuando se habla de Valoración Probatoria, se confundan los términos Valoración e Interpretación, no obstante, éstos corresponden a diferentes momentos procesales”³¹.

³¹ Hernández, “*Expectativas y perspectivas*”, 78.

Y es que la valoración “consiste en decidir si la prueba es creíble o no y si confirma los hechos que sustentan las posiciones de las partes. Es un procedimiento que ha de aplicarse no a una probanza, sino a todas, cuya finalidad es determinar lo cierto, o al menos lo que el juzgador considera cierto. Se trata ahora de decidir si el testigo merece crédito y puede concluirse que ha dicho la verdad”.³²

Mientras que la valoración y apreciación, de la prueba “es la actividad intelectual que realiza el Juez para determinar la fuerza probatoria relativa que tiene cada uno de los medios de prueba en su comparación con los demás, para llegar al resultado de la correspondencia que en su conjunto debe atribuirles respecto de la versión fáctica suministrada por las partes”.³³

Doctrinalmente hablando existen diversos sistemas de valoración de la prueba entre los que podemos mencionar: Al de la “Tarifa Legal”, “Libre convicción”; el de “Valoración según las reglas de la Sana Critica” y el de “Robustez Moral de la Prueba”.

1.10.1 Sistema de Tarifa Legal

“En el sistema de la Tarifa Legal, las pruebas ya tienen un valor previamente establecido por la ley, de manera que el juez lo único que debe hacer es aplicar ese valor, a las pruebas que ante él se presenten”. “Es decir, que es la ley quien señala por anticipado al Juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio.”³⁴

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

³⁴ Hernández “*Expectativas y perspectivas*”, cita a Manuel Osorio, 80.

Al respecto Manuel Osorio³⁵, entiende que *pruebas legales, o tasadas*, “son aquellas en que la ley señala anticipadamente al juez el grado de eficacia que debe atribuirse por el juzgador a determinado medio probatorio, prevaleciendo el criterio de la ley sobre el del juez”. “A simple vista, este sistema de valoración probatoria tiene la desventaja de reducir la actuación del juez a un simple aplicador de justicia, quitándole la oportunidad de valorar por sí mismo el valor que cada prueba debe tener, en vista de que cada proceso tiene sus propias particularidades”.

“Este sistema se fundamenta en la idea de que es al ordenamiento jurídico al que le corresponde establecer el valor que el juzgador le debe asignar a un determinado medio de prueba. Su origen se encuentra en el Derecho Canónico, como una consecuencia de la ignorancia y falta de preparación de jueces que aplicaban ese derecho. Esto llevó al legislador eclesiástico a establecer reglas sobre la forma en que deban valorarse las pruebas, utilizando tradiciones romanas junto con principios tomados de la Biblia, como por ejemplo aquellas que requerían un determinado número de testigos para arribar a un convencimiento”³⁶.

“Es evidente que el legislador desconfiaba de las deducciones a las que podía llegar el juez, por lo que impuso una “lógica oficial” con base en criterios de normalidad general o uniformidad en la valoración de la prueba”³⁷. Así por ejemplo se consideraba normal darle un mayor valor al testimonio de un hombre que al de una mujer, o a lo declarado por un noble respecto de lo declarado por un plebeyo, etc.

³⁵Ibíd.

³⁶Hernández “*Expectativas y perspectivas*”, cita a Jorge Olaso Álvarez,81.

³⁷ Ibíd.

De esta forma, el legislador le imponía al juzgador, las reglas para determinar los hechos probados. Sin embargo, como ya se había explicado con anterioridad al hacer referencia al sistema de tarifa legal, se tiene que a pesar de que el legislador establezca un valor jurídico en abstracto al medio probatorio, el juzgador siempre tiene la facultad de aplicar esa tarifa abstracta a los hechos controvertidos en el litigio.

Denotándose en efecto que en el sistema de tarifa legal siempre está presente la actividad del juez en la aplicación de la tarifa abstracta al caso concreta, ya que a pesar de que el legislador establezca un valor jurídico, no puede excluirse al juzgador de este.

“Los sostenedores de este sistema le reconocen las siguientes ventajas: - Facilita una mayor confianza en la justicia, al darle al pueblo el convencimiento de que las sentencias se someten a la ley y se evitan arbitrariedades; -suple la ignorancia o la falta de experiencia de los Jueces; -Orienta sabiamente al Juez para la averiguación de la verdad; -Facilita la previsión del resultado del proceso, satisfaciendo la necesidad de certeza;-Garantiza una base extraprocesal de estabilidad y equilibrio en el orden jurídico, utilizando las reglas de experiencia constantes e inmutables”.³⁸

Sin embargo, “La crítica a dicho sistema se funda en tres aspectos: a) Automatiza la función del Juez en tal fundamental aspecto del proceso al obligarle a aceptar una determinada solución que puede estar en contradicción con su criterio personal o de su convencimiento lógico razonado; b) Conduce con frecuencia a la declaración como verdad de una simple apariencia formal; c) Se produce el divorcio entre la justicia y la sentencia al ceñirse estrictamente

³⁸ Hernández “*Expectativas y perspectivas*”, cita a Aldo Bacre, 82.

a fórmulas abstractas, olvidándose que el derecho tiene como función primordial realizar la armonía social, para lo cual es indispensable, que la aplicación de aquél a los casos concretos, mediante el proceso, responda a la realidad y se haga con justicia”³⁹

En la actualidad, este sistema se emplea de manera excepcional, es decir, en ciertos casos expresamente establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, a manera de ejemplo podemos mencionar lo regulado en el artículo 353 CPCM, en lo referente a la valoración de la prueba de declaración de parte en donde se establece que “El Juez o tribunal podrá considerar como ciertos los hechos que una parte haya reconocido en la contestación del interrogatorio: 2) si en ellos hubiera intervenido personalmente; 3) siempre que a tal reconocimiento no se oponga el resultado de las pruebas. En lo demás, el resultado de la declaración se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica.” Por lo que puede apreciarse en este caso que se aplica un sistema dual de valoración ya que debe aplicarse en un primer momento el sistema de tarifa legal para que luego se abra paso la aplicación de la sana crítica por el juzgador.

El sistema de tarifa tasada no resulta ser obsoleto ni inoperante, más bien útil, ya que sirve como guía al juzgador para valorar de forma individualizada y conjunta la prueba que le es exhibida por las partes en el proceso.

En la actualidad, este sistema no es el único empleado en los procesos judiciales ya que contamos con otra serie de sistemas los cuales contienen elementos que permiten al juzgador determinar la situación jurídica de los

³⁹ Ibíd.

hechos que él conoce, no solo con las directrices que la ley establece, sino que utilizando su experiencia, la lógica, su psicología, etc.

1.10.2. Sistema de Libre Convicción

Este sistema “es el resultado del proceso revolucionario francés de finales del siglo dieciocho, específicamente en materia criminal. Se enfrenta a los excesos de la prueba tasada promoviendo la libertad del juzgador en la valoración de los medios probatorios. Es un juzgamiento que interpela a la conciencia del juez, quien, a su vez, queda eximido de justificar su fallo, en tanto su condición soberana constituía suficiente sustento de lo resuelto. Para este sistema, la decisión del juzgador no necesariamente se debe apoyar en la prueba que consta en los autos, sino que puede basarse en circunstancias y pruebas que no consten en ellos”⁴⁰.

Este sistema también es denominado de libre apreciación, y es donde el Juez adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de dicha y aún contra la misma prueba. El razonamiento del Juez no se apoya necesariamente en la prueba que le exhibe el proceso ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Aún a falta de prueba existente en la causa y aún en contra de la que haya podido ser recogida, el Juez puede declarar probados los hechos si logra su convencimiento conforme “su ciencia y conciencia”⁴¹.

“La libre convicción no tiene por qué apoyarse en hechos probados: puede sustentarse en circunstancias que le consten aún por su saber privado; no es

⁴⁰ Álvarez, *La Prueba en Materia Civil*, 82.

⁴¹ Aldo Bacre, *Teoría General del Proceso*, 83.

menester, tampoco que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori, basta en estos casos con el Juez afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a esa conclusión”⁴².

Dándose de esta forma una apertura y renovación al sistema procesal civil y mercantil salvadoreño, ya que el Juzgador tiene la facultad de aplicar a casos concretos conocimientos que ha adquirido a través de la experiencia o conocimientos de los que ha sido susceptible, aplicando de manera correcta dicho conocimiento siempre y cuando este se vea respaldado y acreditado por la prueba útil y pertinente atendiendo al caso que se conoce.

1.10.3. Sistema de Valoración de la Sana Crítica

A diferencia del sistema de prueba tasada, en el de la sana crítica, “la valoración no se realiza sujetándose al valor que le otorga el ordenamiento jurídico a cada uno de los medios de prueba, tampoco se resuelve sin razonar el fallo, como sucede en el sistema de la íntima convicción; sino de acuerdo con la libre apreciación razonada de la prueba”⁴³.

Conforme a este sistema, el juez debe expresar sus conclusiones sobre la valoración de la prueba, indicando por qué considera que determinan la verdad de lo acontecido. Además, esas conclusiones deben partir de lo que se ha denominado sana crítica, a lo cual se hará referencia a continuación.

⁴²Ibíd.

⁴³ Ibíd.

“Los sostenedores de este sistema le reconocen las siguientes ventajas: - Facilita una mayor confianza en la justicia, al darle al pueblo el convencimiento de que las sentencias se someten a la ley y se evitan arbitrariedades; -suple la ignorancia o la falta de experiencia de los Jueces; - Orienta sabiamente al Juez para la averiguación de la verdad; -Facilita la previsión del resultado del proceso, satisfaciendo la necesidad de certeza; Garantiza una base extraprocesal de estabilidad y equilibrio en el orden jurídico, utilizando las reglas de experiencia constantes e inmutables”⁴⁴.

Sin embargo, “La crítica a dicho sistema se funda en tres aspectos: a) Automatiza la función del Juez en tal fundamental aspecto del proceso al obligarle a aceptar una determinada solución que puede estar en contradicción con su criterio personal o de su convencimiento lógico razonado; b) Conduce con frecuencia a la declaración como verdad de una simple apariencia formal; c) Se produce el divorcio entre la justicia y la sentencia al ceñirse estrictamente a fórmulas abstractas, olvidándose que el derecho tiene como función primordial realizar la armonía social, para lo cual es indispensable, que la aplicación de aquél a los casos concretos, mediante el proceso, responda a la realidad y se haga con justicia”.⁴⁵⁴⁶Es decir, que este sistema prevé que ante la falta de experiencia o adquisición de conocimientos por parte del juzgador, la ley establece los parámetros en los que la prueba debe ser valorada, así a manera de ejemplo podemos expresar lo regulado en el Art. 389 CPCM sobre el valor probatorio de la prueba pericial, ya que dicha prueba debe ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en cuenta la idoneidad del perito, el contenido del dictamen y la declaración vertida en la audiencia probatoria.

⁴⁴ Ibíd.

⁴⁵ Ibíd.

⁴⁶ Ibíd.,82-84

1.11. Medios de producción de prueba

1.11.1. Concepto de medio de prueba

Para poder llegar al concepto de lo que debe entenderse como medio de prueba, se considera necesario dar una noción próxima de prueba, en tal sentido parafraseando autores como Santiago Sentís Meléndo; etimológicamente, el vocablo prueba (al igual que probo) deriva de la voz latina *probus*, que significa bueno, honrado; así pues, lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico⁴⁷.

A parte, Montero Aroca define a la prueba como: “La actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en algunos casos se deriva del convencimiento psicológico del mismo Juez y en otros de las normas legales que fijaran los hechos”⁴⁸.

Desde la perspectiva del trabajo de investigación es aplicable la última definición que se ha citado la más acertada, ya que con ella se trata de dar una respuesta sobre la polémica en cuanto a la función de la prueba; y si sobre en el proceso civil y mercantil se descubre una verdad material o una verdad procesal, ya que en todo proceso lo que realmente se trata de establecer son las afirmaciones de las partes, de modo que pueda estimarse o desestimarse su pretensión. Verdad o certeza que solo se logra dar a través de aquellos hechos que son objeto de prueba dentro del proceso o litigio que se somete a conocimiento jurisdiccional.

⁴⁷ Santiago Sentís Meléndo, *La prueba. Los grandes temas del derecho Probatorio*, (Argentina, Buenos Aires: Ejes 1978), 33.

⁴⁸ Montero, *Manual de Derecho Procesal*, 267

Tal es así, la importancia de la prueba, ya que su incorporación a través de los medios correspondientes, es lo que permite o lleva al convencimiento a un juez sobre los hechos, pudiendo a nuestro parecer determinar cómo fines de la prueba el fijar los hechos sobre los que se debate; llevar lo elementos de juicio al juez a través de los diversos medios probatorios y establecer con ello la certeza jurídica, por la cual se determinará o no la pretensión de los actores en el litigio sometido a conocimiento jurisdiccional.

Como se expresó en el párrafo anterior, la prueba solo lleva convencimiento al juez mediante su incorporación por algún medio de prueba. Siendo que debe entenderse por esto último a diferentes herramientas que sirven para demostrar la certeza de los hechos controvertidos en el proceso.

Según Cabañas García⁴⁹ los medios probatorios deben ser entendidos como “Los elementos que en un sistema jurídico se consideran idóneos para producir certeza en el juzgador”, es decir, pueden ser entendidos como los caminos que permiten que la prueba genere un convencimiento en el juzgador, es decir que son todos aquellos enlaces que permiten que el contenido de dicha prueba llegue al juez y este adquiera conocimiento sobre los mismos lo que trae consigo un convencimiento o no sobre los hechos y consecuentemente al esclarecimiento de los hechos.

Por su parte el autor de Santo en su obra “La prueba Judicial”⁵⁰, establece que: “Los medios de prueba pueden considerarse desde dos puntos de vista: de la actividad de los sujetos (órgano jurisdiccional y partes) o del instrumento sobre el cual dicha actividad recae.”

⁴⁹ Juan Carlos Cabañas García, y otros: *Código Procesal Civil y Mercantil comentado*, (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2010), 347.

⁵⁰ Santo, *La Prueba Judicial*, 91.

Es así como, bajo la perspectiva de la actividad de los sujetos, los medios de prueba son: “La actividad del juez o de las partes que suministra, al primero, el de conocimiento de los hechos del proceso y, por ende, las fuentes de las que se extraen los motivos o argumento para obtener su convencimiento sobre los hechos de la causa”⁵¹.

Mientras que, bajo la perspectiva como herramienta, se entiende como medio de prueba a: “los instrumentos y órganos que aportan al órgano jurisdiccional ese conocimiento y esas fuentes de prueba”⁵².

Y es que los medios de prueba son todos aquellos instrumentos, caminos o medios por los cuales se puede alcanzar dos fines o un doble fin como lo expresa Lessona⁵³: 1) Hacer del conocimiento del Juez un hecho; es decir dar un conocimiento claro y preciso del hecho que es objeto de contravención; y 2) Dar certeza sobre la existencia o inexistencia de este o como expresa Palacio al decir que los medios de prueba consisten en “modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos”⁵⁴ con lo que se pone en relevancia la actividad judicial ínsita en todo medio de prueba, conjugándola con el instrumento sobre el cual dicha actividad recae. Es de relevancia expresar que los medios de prueba no son prueba, ya que los medios de prueba son el origen mientras que la prueba el resultado⁵⁵.

⁵¹ Ibíd. 92

⁵² Ibíd.

⁵³ Carlos Lessona, *Teoría General de la Prueba*. Tomo I, (España, Madrid: Editorial Hijos de Reus, 1906), 47

⁵⁴ Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil parte II*, 17 Ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003), 331.

⁵⁵ Saúl Morales, *Los Medios Probatorios*, (El Salvador, San Salvador Universidad de El Salvador, 2012), 65.

En la legislación procesal civil y mercantil salvadoreña, los medios de prueba se encuentran regulados a partir del Art. 330 y siguientes del CPCM, artículo en el que se establece “la prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código”.

Así mismo en dicha legislación se entiende como medio de prueba a la Documental⁵⁶, regulada a partir del artículo 331 al 343, declaración de parte, contemplada en el artículo 344 y siguientes del CPCM; interrogatorio de testigos, regulado en el artículo 354 y siguientes del CPCM; prueba pericial, art. 375 y sig. CPCM; reconocimiento judicial, art. 390 y siguientes CPCM y reproducción de medios del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información, regulado en el artículo 396 y siguientes del CPCM. Medios probatorios de los cuales se ahondará en capítulos siguientes sobre ellos.

1.11.2. **Diferencia entre prueba y medio de prueba**

Es de relevancia expresar que los medios de prueba no son prueba, ya que los medios de prueba son el origen mientras que la prueba el resultado⁵⁷.

Y es que, al tratar de establecer la diferencia entre prueba y medio de prueba, creemos que es pertinente decir:

- 1- La prueba es el objeto y los medios de prueba la especie.
- 2- Los medios de prueba son los motivos de la prueba, es decir son el

⁵⁶ Debe aclararse que actualmente en la legislación salvadoreña, específicamente en el Código Procesal Civil y Mercantil vigente, al referirse a los medios probatorios, en la sección primera del capítulo cuarto, el cual se titula “Documentos” la misma es regulada como prueba instrumental y no como prueba documental, siendo así que para el legislador la prueba documental es inexistente, viéndose esta como sinónimo de la instrumental.

⁵⁷ Morales, *Los Medios Probatorios*, 65.

camino por el cual se lleva un razonamiento o convencimiento al juez, mientras que la prueba es dicho convencimiento, verdadera certeza al juez del convencimiento de los hechos:

- 3- La prueba es aquella que tiene como medio demostrar la existencia o no de un hecho delictivo. Mientras que los medios de prueba son los distintos elementos de juicio, producido por las partes o recogidos por el juez.

CAPITULO II. MARCO NORMATIVO JURÍDICO Y MEDIOS DE PRODUCCIÓN DE PRUEBA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SALVADOREÑO

En el presente capítulo, se analiza la evolución de los medios probatorios y la formación del marco normativo jurídico nacional, con el que se pretende dar a conocer el desarrollo de los diversos medios probatorios, así como la legislación nacional e internacional que los regulan en cuanto a su ofrecimiento y proposición actual, derogada o abrogada.

2.1. Perspectiva Constitucional

La Constitución de la República de El Salvador, vigente desde el 20 de diciembre de 1983, en su artículo 12 inciso primero menciona que “Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.”, este es el Principio de Inocencia, a través del cual el legislador vela por todas aquellas personas sometidas a un proceso, dentro del cual se mantendrá dicha presunción a favor de aquellas mientras no se determine su culpabilidad por medio de un sistema de pruebas que la demuestren.

De la mano de este principio, están los de Defensa y Contradicción, regulados en la normativa secundaria, específicamente en el art. 4 del Código Procesal Civil y Mercantil, donde la persona contra quien se dirija la pretensión tendrá derecho dentro del proceso a defenderse utilizando los medios de prueba pertinentes para ello.

2.2 Perspectiva Internacional

2.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁸

Esta Declaración fue aprobada y proclamada el día 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁵⁹, dentro de la cual se encuentra un catálogo de derechos que han servido para procurar no cometer nuevamente las atrocidades que sucedieron a lo largo del tiempo antes de su creación.

Entre los derechos que se protegen dentro de dicho cuerpo normativo, el derecho a que se presuma la inocencia de una persona mientras no se pruebe su culpabilidad “conforme a la ley y en juicio público en el que se la hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”⁶⁰, conformando así una pauta para que todos los países en el mundo procuren respetar y velar para que se cumpla tal derecho dentro de sus jurisdicciones, es por ello que países como El Salvador han incluido dentro de su Carta Magna garantías para que se respeten los derechos de todas las personas en general.

2.2.2. Declaración Americana de Derechos y Deberes de La Persona⁶¹

Tiene como fin principal la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, para que de la mano del régimen interno de las garantías de cada

⁵⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos: es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), en la cual se recogen en treinta artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco, la cual fue ratificada el 10 de diciembre de 1948.

⁵⁹ Asamblea General de Naciones Unidas, “Declaración Universal de Derechos Humanos” (París, Francia: Resolución 217 A (III)1948), <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

⁶⁰Ibíd., Art. 11

⁶¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá en 1948, firmada el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 20 de junio de 1978.

Estado Americano se logre conformar un sistema de defensa de derechos humanos y así se mantenga la paz y armonía dentro y fuera de ellos⁶².

Es por eso que en el Capítulo Primero de esta declaración se encuentra el artículo 2 el cual nos habla de la igualdad que todas las personas tienen ante la ley, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra, ya que todos tienen los mismos derechos y deberes que se encuentran plasmados dentro de aquella, aunado a ello, el legislador especifica que cada persona “debe de disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”⁶³.

En consecuencia, es regulado el Derecho al Proceso Regular, en el cual se presume la inocencia de todo acusado hasta que se demuestre lo contrario, ya que todas las personas tienen el derecho a ser escuchadas de forma imparcial cuando se les acuse de la comisión de un ilícito o se le atribuya una determinada responsabilidad, y por ende, ser juzgadas por tribunales previamente establecidos y de acuerdo con las leyes preexistentes, y a que no se le impongan penas que no estén en consonancia a los derechos humanos, ni al delito cometido⁶⁴, esto significa que debe realizarse un proceso en el cual se le cumplan todas las garantías del debido proceso, permitiéndosele a la persona que utilice los medios de prueba oportunos para demostrar su inocencia o exclusión de responsabilidad.

⁶² Organización de Estados Americanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes de la Persona (Colombia Bogotá: IX Conferencia Internacional Americana, 1948), <http://www.oas.org>.

⁶³ *Ibid.*, Art. 18.

⁶⁴ *Ibid.*, art. 26

2.2.3. Código de Derecho Internacional Privado

Conocido como Código de Bustamante, es un tratado que pretendía establecer una normativa sobre el derecho internacional privado en común para América. Al respecto es preciso destacar su artículo 1, de su lectura se advierte que el objeto de este es otorgar a los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes la oportunidad de gozar en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se concedan a los nacionales.⁶⁵

Prescribe, asimismo, en el Título Séptimo del mencionado Código, las disposiciones generales sobre la prueba, mencionando así que el sujeto a quien le incumba probar será el que determine la ley que regule el litigio⁶⁶, correlativamente indica que para decidir cuál de los medios de prueba utilizara en cada caso⁶⁷ y la forma en que ha de practicarse ésta, será competente la ley del lugar en el cual se realizará el juicio⁶⁸.

2.3. Normativa secundaria

2.3.1. Código De Procedimientos Civiles⁶⁹

Antes de la creación del ahora vigente Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, dentro de nuestro país se seguía el procedimiento estipulado por el Código de Procedimientos Civiles; ahora derogado⁷⁰; dentro del cual el

⁶⁵ La Habana, 20 de febrero de 1928, los delegados de El Salvador fueron Gustavo Guerrero, Héctor David Castro y Eduardo Álvarez.

⁶⁶ Código de Derecho Internacional Privado (Cuba: 6° Congreso Panamericano, 1928), Artículo 398.

⁶⁷ *Ibíd.* Art 399.

⁶⁸ *Ibíd.* Art 400.

⁶⁹ Código de Procedimientos Civiles, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1882).

⁷⁰ Código Procesal Civil y Mercantil, Art 312: Se debe tomar a consideración que según el Art. 706 CPCM, los procesos iniciados con la normativa derogada se continuarán con dicha normativa.

legislador reservaba el Capítulo IV “DE LAS PRUEBAS” para ahondar en las generalidades de ellas. Uno de los artículos más importantes dentro de dicho capítulo desarrollaba el término de la prueba mencionando al respecto que “...es el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido”⁷¹.

En este Código, se especificaba que el actor era a quién le correspondía la carga de la prueba, es decir, la producción de ella y si en dado caso no probase, sería absuelta la contraparte, pero si éste opusiere alguna excepción, debería de probarla⁷²; siendo que, por regla general a quien corresponde la carga de la prueba es al actor o demandante y por excepción a aquel que su negación lleva una afirmación y este contra ella la presunción, generándose así la reversión de la carga de la prueba, similar al Código Procesal Civil y Mercantil ahora vigente; el cual en el artículo 312 establece “Las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta...”.

Este antiguo Código a su vez concedía veinte días para probar en cualquier causa ordinaria, con la diferencia de que, si la prueba había que realizarla en algún país de Centro América, podía graduarse el término ordinario y aumentarse el plazo para su recepción⁷³, al igual que, si la prueba debía de hacerse en cualquier otro país de América o Europa, se concedía sobre el término al inicio citado una prórroga hasta de cuatro meses, y si correspondía realizar la prueba en otra parte, seis meses⁷⁴.

⁷¹ Código de Procedimientos Civiles, Art. 235.

⁷² *Ibíd.*, Art. 237.

⁷³ *Ibíd.*, Art. 245.

⁷⁴ *Ibíd.*, Art. 246.

2.3.2. Ley de Procedimientos Mercantiles⁷⁵

La norma emitida el 14 de junio de 1973, por medio del Decreto Legislativo publicado el 29 de junio de 1973, en el Diario Oficial N° 120, Tomo 239, se creó con la finalidad de regular todos aquellos procedimientos de naturaleza mercantil, pero a pesar de ello, la prueba en materia mercantil que no se encontrase regulada o prevista en el Capítulo IV del Título I del Libro Cuarto del Código de Comercio, se regiría por lo contenido en el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles⁷⁶.

2.3.3. Código Procesal Civil y Mercantil⁷⁷

Respecto de los instrumentos, se distinguen, como es tradicional, entre los públicos y privados, además de contener otros varios.

Los primeros, han sido siempre y deben seguir siendo aquellos a los que cabe y conviene atribuir una clara y determinada fuerza a la hora del referido juicio factico, desde la perspectiva procesal civil y mercantil. Es una fuerza probatoria que deriva de la confianza depositada en la intervención de distintos fedatarios legalmente autorizados o habilitados.

La legislación Procesal Civil y Mercantil contiene una regulación unitaria, sencilla, completa y clara, en relación con la utilidad procesal de los instrumentos, esta inicia su exposición con la prueba instrumental, ya que a

⁷⁵ Ley de Procedimiento Mercantiles (El Salvador, Asamblea Legislativa, en el Decreto N° 360, Diario Oficial N° 156, Tomo N° 381. 1973).

⁷⁶ *Ibíd.*, Art. 30.

⁷⁷ “El Código Procesal Civil y Mercantil, fue publicado el 27 de diciembre del año 2008”.

través de la documentación garantiza con mayor seguridad la existencia de un acto jurídico.

2.4. Medios de Prueba

2.4.1. Prueba Instrumental

Previo a profundizar en el tema de la prueba instrumental, cuáles son las clases de dicho medio probatorio al interior de la legislación salvadoreña y como se aporta la misma, cabe denotar que la importancia de la prueba escrita ha sido progresiva en la legislación, a medida que los beneficios de la escritura se extendían paulatinamente dejando de ser el privilegio de una clase determinada, y es por ello por lo que su utilidad es indiscutible, pues se reviste de seguridad.

2.4.1.1. Concepto

La prueba instrumental es aquella formada por los documentos que las partes tengan en su poder y que presentan en el proceso dentro del término procesal oportuno, o que estando en poder de la parte contraria, se solicita se intime a esta para su presentación.

Desde una visión tradicional, la prueba instrumental no es más que un documento el cual aparece ligado a la representación de un hecho por medio de la escrituración; es un escrito en el cual se consigna un hecho; se debe entender como prueba instrumental a todo documento o cosa mueble, es decir, que sea capaz de trasladarse a la presencia del Juez, que represente un hecho o acto jurídico, y que tenga un autor, pues como prueba instrumental es necesario que ese hecho que está representando haya sido efectuado por

alguien, y a su vez que el mismo tenga fecha y que se haya elaborado en un determinado lugar.

Por ello, es importante distinguir entre el instrumento mismo y el acto jurídico que contiene. El instrumento es la materialidad, lo físicamente y sensiblemente constatable; en cambio, el acto o negocio jurídico es el resultado del acuerdo de voluntades de dos o más sujetos de derecho destinados a producir efectos sancionados por el Derecho. Por lo general, instrumento y negocio jurídico confluyen; los negocios son dotados de certeza y seguridad jurídica por medio de su escrituración en un soporte de papel.

Además, es necesario distinguir los efectos del negocio jurídico concreto, esto es, los derechos y obligaciones que de ellos emanan, con el mérito o eficacia probatoria de los instrumentos.

2.4.2. Tipos de Instrumento que pueden aportarse como prueba

Es preciso hacer una somera distinción entre el instrumento mismo y el acto jurídico que contiene, ya que como se indicó, el instrumento es la materialidad, lo física y sensiblemente constatable; en cambio, el acto o negocio es el resultado del acuerdo de voluntades de dos o más sujetos de derecho destinados a producir efectos sancionados por el Derecho. Por lo general instrumento y negocio jurídico son uno mismo al interior del documento, pero separables entre sí; los negocios son dotados de certeza y seguridad jurídica por medio de su escrituración en un soporte de papel, esto es así cuando se encuentran contenidos en un papel.

Es necesario distinguir entre los efectos del negocio jurídico concreto, esto es, los derechos y obligaciones que de ellos emanan, con la eficacia probatoria.

Es evidente que los derechos y obligaciones de un contrato afectan únicamente a los que han concurrido a su celebración. Sin embargo, en cuanto su mérito probatorio, el instrumento público hace plena prueba respecto de terceros, sobre los cuales ha de presumirse la veracidad del contenido del documento. Debido a lo anterior se puede identificar como instrumentos utilizables en el proceso los siguientes:

2.4.2.1. Notariales

También conocido como Instrumentos Públicos, son aquellos extendidos por persona autorizada por la ley para ejercer la función notarial, de acuerdo con las formalidades legales que establece la Ley de Notariado⁷⁸.

Los sujetos autorizados para su otorgamiento y expedición son el notario, según el artículo 1 de la Ley de Notariado; el Jefe de Misión Diplomática permanente, el Cónsul de Carrera y el Juez de Primera Instancia, Art. 5 Ley del Notariado, los cuales ejercerán las funciones de notario, (...) en los casos y formas que establece la ley, siendo esta la Ley Orgánica del Servicio Consular.

La atribución del Notario es la más importante de todas para el otorgamiento de esta clase de documentos, puesto que ejerce la función pública notarial, en toda la República, a cualquier hora autorizando actos, contratos, declaraciones y otras actuaciones que solo puedan tener efecto en el territorio salvadoreño.

⁷⁸ Al respecto el artículo 1 de la Ley de Notariado establece: “El notariado es una función pública. En consecuencia, el notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo de conformidad con la ley...”. contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo de conformidad con la ley...”.

Al hacer alusión a las clases de Instrumentos Públicos se hace referencia a la Escritura Matriz, Escritura Pública o Testimonios y Actas Notariales (Artículo 2 de la Ley del Notariado). La Escritura Matriz es la que se asienta en las hojas de Protocolo y consiste en el documento original que redacta el Notario o por la persona designada para ejercer la función notarial que refleja el acto jurídico debidamente autorizado.

Este documento a pesar de ser un documento público no puede ser presentado en un proceso civil como medio probatorio, por estar prohibido expresamente en la ley de la materia, únicamente puede realizarse sobre ésta, una confrontación de este con una Escritura Pública o Testimonio presentado y de la cual se haya impugnado su autenticidad, o sea situado en los casos a que se refiere el artículo 33 de la Ley del Notariado, a eso se le conoce como compulsas de documentos.

El Testimonio o Escritura Pública, es la reproducción literal de la Escritura Matriz, expedida en papel mediante transcripción mecánica o por sistema de Fotocopias, Art. 2 y 44 de la Ley de Notariado; su obtención se origina en la necesidad de probar la existencia de los actos jurídicos en los cuales se crean, modifican o extinguen obligaciones, en forma unilateral o convencional por los otorgantes.

El Testimonio puede ser obtenido por los otorgantes o por aquellas personas a quienes derive su derecho mismo, Art. 43 de la Ley del Notariado; en cuanto a la redacción y solemnidades principales del documento de donde se origina se encuentra regulados en el Art. 32 de la misma ley.

Al valor probatorio de este instrumento público, se le reconoce como plena prueba de acuerdo con el Art. 1571 y 1577 del Código Civil, en relación con el artículo 341 inc. 1 del CPCM.

Las Actas Notariales son aquellos instrumentos notariales que se asientan en hojas simples, cuyo contenido consiste en hechos que el notario presencie o compruebe y que por naturaleza no son contratos; así como de aquellos actos jurídicos que la ley lo permita o exija, Art. 2 y 50 de la Ley del Notariado.

La redacción de esta variedad de documentos está sujeta a las formalidades exigidas para la Escritura Matriz, así lo ordena el Art. 51 de la Ley del Notariado. Existe un tipo especial de acta que acompañada a un documento privado produce un documento llamado en la práctica notarial como Documento Autenticado, que en realidad constituye en puridad de derecho notarial un acta notarial y se rige en cuanto a sus efectos a lo dispuesto en el Art. 52 de la Ley del Notariado.

2.4.2.2. Judiciales

Son aquellos documentos extendidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, dando fe pública de la existencia del contenido mismo, debido a haber comprobado ciertos actos jurídicos o poseer registros públicos bajo custodia. Generalmente esta clase de instrumentos antes llamados Auténticos adoptan el nombre de certificaciones.

2.4.2.3. Documentos Privados

Antes de entrar al análisis propio de lo que son los documentos privados desde la perspectiva del Código Procesal Civil y Mercantil de nuestro país, ya que por medio de esta normativa se ha hecho un cambio en cuanto a la valoración sobre la validez de los documentos como fuente de prueba dentro del proceso al que este se encuentre sujeto.

Como es de saber dentro del Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño, a diferencia del Proceso Penal en donde la prueba testimonial es la que prevalece; en este tiene cierta preminencia la prueba instrumental, aunque no es la única, siendo la mayor de ellas con valor probatorio: los documentos.

Y es que para probar las obligaciones o su extinción al que las alega debe hacerlo, atendiendo a lo dispuesto en el Código Civil que consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del Juez y Peritos. - Art. 1569 inc. 2 del CC, lo cual pierde aplicación hoy en día por lo dispuesto en el CPCM, en cuanto a la reversión de la carga de la prueba. Y es que el instrumento público o autentico de que habla el Código Civil en el Art. 1570 inc. 1, es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario, mientras que valdrá como documento privado, aquel instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma. (Art.1572 inc.2); ya que como se había manifestado anteriormente, en los documentos es más fácil y pertinente determinar la fiabilidad y valor probatorio del mismo atendiendo y dependiendo de las cualidades de las personas que participen en la elaboración y perfeccionamiento de este.

Por tanto, se puede observar, que en el Código Civil de nuestro país se establece en primer lugar una división bipartita; es decir; que divide a los documentos como públicos y privados; clasificación que se ve adoptada actualmente por el Código Procesal Civil y Mercantil, en los art. 331 y 332, definiendo al primero de ellos como el otorgado o expedido por notario, que da fe, y por autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función. Mientras que, en la segunda disposición legal, el legislante define a los instrumentos privados como aquellos cuya autoría es atribuida a los particulares, considerándose también como tales, a aquellos documentos expedidos en los

que no se han cumplido las formalidades que la ley prevé para los instrumentos públicos.

En todo caso, ambos hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o esta ha quedado demostrada. Si, por el contrario, no quedo demostrada tras la impugnación, los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana critica (Art. 341 inc. 2 CPCM).

Son aquellos documentos otorgados sin previa solemnidad por los contratantes y documentados en papel simple. La doctrina se refiere a esta clase de instrumentos como documentos literales emanados de las partes, sin intervención de otras personas, salvo sus creadores.

Inicialmente este instrumento por su simple otorgamiento entre los otorgantes no merece ningún valor, no constituye por sí solo prueba de existencia en su contenido que generalmente bajo la autorización notarial, si pudiese adquirir un valor jurídico y por consiguiente procesal. Un documento privado puede adquirir valor jurídico y procesal, siempre que concurra un reconocimiento de este.

2.4.2.4. Declaración de parte y de parte contraria.

Se entiende como declaración de parte: a la “información verbal que emite una de las partes en la audiencia, por medio de un interrogatorio que tiene eficacia probatoria”⁷⁹.

Al respecto el CPCM hace referencia en el art. 344 a la denominada declaración personal de la propia parte, pero que de forma correcta debe

⁷⁹ Sandoval, cita a Valentín Cortes Domínguez, “La *práctica adversativa*”, 74.

decirse declaración de parte como aquella en que: “cada parte podrá solicitar se le reciba la declaración personal sobre los hechos objetos de prueba”.

Mientras que en el art. 345 CPCM se establece que: “para efectos de preparar su pretensión su oposición a esta o su excepción, cada parte podrá solicita al juez o tribunal que se ordene recibir la declaración de la parte contraria o de quien potencialmente pudiera ser su contraparte en un proceso”, a manera de ejemplo: un futuro demandado, quien puede dar un anticipo de prueba.

Y es que las partes tienen la obligación de comparecer y responder los interrogatorios de la parte contraria y del Juez, que versen sobre los hechos personales. Con respecto a esto último, es de mencionar que al hacer alusión al concepto de partes debe entenderse al mismo como el demandante y el demandado, y que son los que al efecto cita el artículo 58 inc.1 del CPCM, que tal y como lo regula el art. 345 CPCM son quienes podrán solicitar al juez o tribunal que se ordene recibir la declaración ya sea de ellos mismos o de la contraria dentro del proceso- esto como regla general. De forma excepcional el artículo 346 CPCM, establece que existen sujetos que puede declarar por la parte, de los cuales podrá requerirse la citación de estos a efecto de que presten declaración, los cuales, para dicha disposición legal, son:

a) Los representantes de los incapaces, por lo hechos en que hubieran intervenido personalmente en ese carácter.

b) Los apoderados, por los hechos realizados en nombre de sus mandantes mientras esté vigente el mandato.

c) Los apoderados, por hechos anteriores, cuando estuvieren sus representados fuera del país, siempre que el apoderado fuese para ello

expresamente autorizado y la parte contraria consienta.

Dicho interrogatorio se realizará según lo preceptuado en el artículo 348 CPCM, es decir, que las preguntas se formularán oralmente, con la debida claridad y precisión, y se evitará que contengan valoraciones, sugerencias, calificaciones o cualquier otra clase de indicación o comentario que pueda dirigir la contestación; y cuando el interrogatorio sea de la parte contraria serán aplicables las reglas previstas para el contrainterrogatorio de testigos ello en virtud de la cláusula de remisión.

Por lo que de dicha disposición legal pueden establecerse las siguientes afirmaciones:

Se observan las reglas relativas al interrogatorio directo

Lo que se encuentra permitido en el art. 350 incisos 1 y 2 CPCM, en donde se establece que el interrogatorio directo lo hará la parte que haya propuesto la prueba. Ya que las respuestas habrán de hacerse directamente y de forma verbalizada por la parte, sin valerse de borrador ni de notas, aunque si podrá consultar apuntes o documentos, si la naturaleza de la pregunta lo exigiera y si el Juez lo autoriza y a los cuales deberá tener acceso la parte contraria.

Lo anterior se ve complementado y respaldado por lo establecido en el art. 366 CPCM, en el interrogatorio directo, en donde se determina las preguntas que serán formuladas oralmente, con la claridad y precisión debidas, y las hará en primer lugar la parte que propuso la prueba. El declarante en este caso responderá las preguntas que se le formulen en forma oral, directa, concreta y sobre aquello en lo que se tenga conocimiento personal.

Y es que por medio del interrogatorio directo lo que se busca es que la parte “intenta convencer y persuadir al juzgador de la veracidad de sus alegaciones...en el interrogatorio directo el protagonista es el testigo y no el interrogador”⁸⁰.

Los hechos a introducir por las partes con su testimonio, en el interrogatorio directo deben ser claramente expuestos, demostrando seguridad y confianza en lo que se está deponiendo ante el tribunal⁸¹.

En la práctica, las preguntas que deben realizar los abogados a la parte tienen que ser sencillas, cortas, directas y orientadas a cubrir los hechos que le interesa fijar en la mente del juzgador⁸².

Es recomendable en consecuencia utilizar un sistema cronológico de preguntas que permitan describir los hechos, a los sujetos participantes y la posición del declarante para conocer de primera mano los hechos. Los tipos de preguntas con las que se lleva a cabo el interrogatorio directo se recomienda que normalmente comiencen así: “qué, cómo, cuándo, dónde, por qué, explique, cual, describa...Haciendo las preguntas de esta forma se le concede libertad al testigo para que sus respuestas fluyan de manera espontánea y sin sugerencia alguna del interrogador”⁸³.

Según Rommel Sandoval, existe una estrategia para la realización de preguntas en el turno del interrogatorio directo:

⁸⁰ Sandoval, cita a Héctor Quiñones Vargas, 9.

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² Sandoval, cita a Peter L. Murray.

⁸³ Sandoval, cita a Héctor Quiñones Vargas.

Preguntas de acreditación, Preguntas introductorias, Preguntas descriptivas sobre los hechos, circunstancias y el responsable, Presentación de prueba material, Corroboración del responsable, Final probatorio⁸⁴

Asimismo, dicho autor expresa que existen lineamientos técnicos para el desarrollo en el interrogatorio directo, los cuales pueden ayudar a perfilar lo que el abogado pretende probar en el tribunal, y lo cual está referido a:

El relato sobre los hechos tiene que ser ordenado (en lo posible de modo cronológico), descriptivo, sencillo e interesante.

Las preguntas deben ser sencillas y comprensibles. De igual manera las respuestas. Por lo que no debe presumir que el juez entiende lo que está diciendo la parte.

Se recomiendan preguntas abiertas: ¿Qué?, ¿Cómo?, ¿Dónde?, ¿Cuándo?, ¿Por qué?, Explique, Diga, Describa, y similares.

No hacer preguntas sugestivas.

La parte tiene que captar la atención del juzgador.

La parte debe ubicar el lugar y tiempo en donde se encontraba cuando sucedieron los hechos.

Se pueden utilizar diagramas, dibujos o presentaciones como parte del interrogatorio, siempre y cuando se dejen sentadas las bases para acreditación

⁸⁴ Ibíd.

La parte- es la “estrella” de la audiencia. No el abogado. En el contrainterrogatorio el abogado es la estrella de la audiencia.

Las preguntas deben ser cortas, directas y dirigidas a los temas de la teoría del caso que se pretenden establecer.

El abogado debe moderar el ritmo y velocidad de las preguntas hechas a la parte y de sus respuestas.

Las respuestas narrativas en términos generales no ofrecen daños a la parte contraria, pero, en lo posible hay que evitarlas para no caer en la monotonía y para que la parte no vierta información adicional o que no se encuentre dentro de los cálculos del abogado.

El abogado debe escuchar las respuestas de la parte y continuar preguntando sobre dichas respuestas.⁸⁵

Y es que, en este tipo de interrogatorio, el legislador establece en el artículo 353 CPCM las dos formas en el que dicha declaración puede ser valorada, siendo estas:

Sana critica; contemplada en el inc.2 de la misma disposición legal, en donde se establece que el resultado de la declaración se apreciará conforme a las reglas de la sana critica.

Asimismo, se establecen como normas particulares de la declaración de parte a las siguientes:

⁸⁵ *Ibíd.*, 11 - 12.

Si la parte que ha sido debidamente citada no comparece a la audiencia probatoria, sin justa causa, se entenderán aceptados los hechos alegados por la contraparte (Art. 347 CPCM), acá se configura una sanción para el declarante que incluso puede ser contraria a la Constitución pues atenta contra lo dispuesto en el art. 12 inc. último.

Si la parte interrogada se niega a responder, dicha negativa podrá ser considerada como el reconocimiento de los hechos en que hubiera intervenido; la misma consecuencia resulta si las respuestas son evasivas o poco concluyentes (Art. 351 CPCM). Salvo que el declarante sea una de las personas que se encuentren exentas del deber de responder contempladas en los arts. 370, 372 y 374 todos de CPCM.

Las preguntas deben ser realizadas en forma oral, de manera clara y precisa sin dar espacio a dudas.

Existe a este grupo de investigación una prohibición, dirigida al abogado que efectúe el interrogatorio directo y a la contraparte, básicamente a este último por razones de practicidad, ya que la información debe provenir del declarante, es él quien debe manifestar claramente los hechos correspondientes al caso.⁸⁶

Lógicamente la parte al declarar incorpora elementos probatorios que interesan sobremanera al proceso, de ahí deriva la importancia de evitar que el abogado que interroga señale una tendencia específica, o una dirección de las respuestas del declarante, esta prohibición debe entenderse especialmente para el abogado de la contraparte, que en el

⁸⁶ Victoria Concepción Amaya Guevara. “*Producción de Prueba en los Procesos Civiles*” (Trabajo de Tesis para optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Facultad Multidisciplinaria Oriental de la Universidad de El Salvador, 2008), 70.

contrainterrogatorio que efectúe, sea claro, no especulativo, ni con malicia de desvirtuar deslealmente la manifestación del declarante⁸⁷.

Se faculta al Juez para interrogar con el objeto de obtener aclaraciones sobre los hechos.

Esta facultad se encuentra regulada en la parte final del inc. 2 del Art.350 CPCM, el cual reza que: “Para obtener aclaraciones el Juez podrá formular preguntas al declarante”.

El juez puede realizar las preguntas que considere pertinente a efecto de obtener información que considere útil para el esclarecimiento de algunos hechos, es por ello, que, dentro del interrogatorio, las partes pueden objetar la pregunta de la parte contraria u objetar la no admisión de la pregunta que el Juez realice; esto permitirá resguardar la imparcialidad del Juez; el inciso primero del Art. 349 CPCM, da la impresión de que el Juez controla el interrogatorio sin que la parte objete⁸⁸.

La declaración de parte se realizará en audiencia probatoria; el interrogatorio iniciará por la parte que propuso la prueba, las respuestas se manifestarán oralmente (Art. 350 CPCM).

Existe una reiteración en el Código Procesal Civil y Mercantil, por asegurar que la audiencia será oral; tanto la formulación de las preguntas como las respuestas a las mismas responden al mismo método⁸⁹.

⁸⁷ *Ibíd.*, 71.

⁸⁸ Rommel I. Sandoval R. “Proyecto de Código Procesal Civil y Mercantil”, *Revista de la Escuela de Derecho, Universidad Tecnológica*, N° 5, (2008): 75.

⁸⁹ Amaya, “*Producción de Prueba en los Procesos Civiles*”, 71.

En todo caso existe una excepción a la regla anterior, y la cual consiste que puede practicarse el interrogatorio de parte en el domicilio de una de ellas, o, en el lugar en donde se encuentren; en caso de enfermedad o motivos de fuerza mayor que imposibilite la comparecencia de uno de los declarantes al Tribunal (Art. 352 CPCM)⁹⁰.

2.4.2.5. Pericial

Es aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que el juez no posee, para facilitar la percepción y apreciación de hechos concretos objeto de debate⁹¹.

Esta es emitida por personas ajenas al proceso, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión; que perciben, verifican hechos y los ponen en conocimiento del juez, emiten su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos, a fin de contribuir a la convicción del juez que conoce de la causa, siempre que sean requeridos sus conocimientos⁹².

La pericia se encuentra regulada en la sección cuarta del capítulo IV del título segundo del CPCM; y es que en el art. 375 de dicho cuerpo normativo se establece que: *“Si la apreciación de algún hecho controvertido en el proceso requiere conocimientos científicos, artístico o de alguna técnica especializada, las parte podrán proponer la práctica de la prueba pericial. Todo perito deberá*

⁹⁰Ibíd., 72.

⁹¹ Carlos Climent Duran, “Sobre el valor probatorio de la prueba pericial”, *Revista General de Derecho. Nº 547, Valencia* (1990): 2121 - 2176.

⁹² Oscar Antonio Canales Cisco, cita a Roland Arazi, *“Derecho Procesal Civil Salvadoreño”, Tomo I, 2ª Ed.* (San Salvador, liz, 2003), 280.

manifestar en su dictamen la promesa o juramento de decir verdad, así como el hecho de que ha actuado y actuara con objetividad” (Sic).

La prueba pericial dentro del proceso civil o mercantil salvadoreño, es de una utilización variada, existiendo de esta manera algunos casos en los que es necesario contar con el dictamen de una persona experta en la materia, y es que tal como lo refiere el art. 376 CPCM, en cuyo caso el dictamen pericial que se emitió debe circunscribirse a los puntos propuestos como objeto de la pericia y deberá ajustarse a las reglas que sobre la ciencia, arte o técnica correspondiente existieren.

Asimismo, en dicho informe el perito deberá informar sobre las distintas posturas o interpretaciones posibles en el caso específico. Entre algunos de los casos, en los que nuestra legislación requiere el dictamen de un perito, podemos mencionar:

El valúo sobre los bienes, que servirá de base para que el partidor haga las adjudicaciones en la partición de bienes. (Art. 1214 C.C)

El caso del establecimiento de las servidumbres legales, cuando los involucrados en la misma no lograren un acuerdo en su fijación. (Art.850 C.C.), ello entre otros casos.

En los ejemplos, se verifica que el objeto del debate es determinado o específico, al igual que la existencia de puntos de hecho facultativos y profesionales; esta prueba puede ser propuesta por las partes o acordada de oficio por el Juez⁹³de acuerdo con lo establecido en el Art. 382 CPCM.

⁹³ Amaya, “*Producción de Prueba en los Procesos Civiles*”, 105.

2.4.2.6. Medios de Reproducción del sonido voz o imagen y almacenamiento de la información

Este medio probatorio se encuentra en los Arts. 396- 401 CPCM; y el cual constituye ser uno de los aspectos novedosos que incorpora el Código Procesal Civil y Mercantil ya que representa uno de los avances más importantes en materia probatoria, como producto de relegar el sistema de valoración de la prueba tasada, y abre las puertas a un tipo de evidencia, que es la base actual de almacenamiento de la información; en este sentido las nuevas tecnologías pueden suministrar a los litigantes eficaces instrumentos para acreditar o probar los hechos en que fundan sus pretensiones.

Estos medios de reproducción del sonido, voz e imagen y almacenamiento de la información deben ser entendidos como aquellos instrumentos de captación y reproducción de sonidos con registro mecánico y registro magnético.

De la interpretación que surge de la lectura del art. 398 en relación con el art. 317 ambos del CPCM, se concluye que la proposición de cualquier tipo de prueba por medio de reproducción ya sean estos de sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información debe hacerse en la audiencia preparatoria, con el fin de dar cumplimiento al principio de contradicción.

De igual forma de la lectura del art, 399 del CPCM, se puede determinar que toda persona quien ofrezca prueba en algunos de estos medios debe hacer llegar al juzgado o tribunal y a la contraparte copia del medio de reproducción en el que se encuentre el contenido del medio de reproducción o almacenamiento ofrecido, para que sean expuestos en audiencia, si fuere necesario. Igualmente se establece que si no fuera posible el traslado del

instrumento donde la información se encuentre almacenada, el Juez y las partes se trasladarán al lugar respectivo.

Y es que a estos medios de prueba le son aplicables todas aquellas reglas establecidas en los artículos 323 y 324 del CPCM, también conocidas como reglas de aseguramiento de prueba, y el procedimiento a seguir para el aseguramiento de estas.

Asimismo, se establece en el art. 400 la necesidad de auxilio pericial, la cual será única y exclusivamente pertinente en aquellos casos en que además de la grabación o duplicación se requiera de conocimiento especializado. En estos casos, el legislador da la potestad al Juez para designar un perito para ese solo efecto, circunstancia que también se ve abarcada en caso de que la información se encuentre almacenada.

2.4.2.7. Prueba Testimonial

La cual se encuentra contenida en los Arts. 354- 374 CPCM, y cuyo objeto como bien se ha expresado, lo constituye lo que debe probarse, lo que será materia de prueba. Así, puede ser objeto de prueba el derecho como los hechos (cualquier hecho cuya demostración tenga interés para el proceso). Como se ha podido observar tanto en la legislación salvadoreña como en la doctrina existente se valora al interrogatorio de testigos o como nosotros actualmente lo identificamos Prueba Testimonial como un medio de prueba de mucha relevancia.

Es así que se puede decir que el testimonio es un medio de prueba por el cual una persona que no es parte dentro del proceso declara de lo que es de su conocimiento; declaración que se efectúa ante un juez en un proceso

determinado. Es de mencionar que se “menciona el testimonio de parte referido a las declaraciones de esta cuando, por no serles desfavorables no constituye confesión”⁹⁴

Expresa Aroca “que no debe limitarse el concepto de la prueba de testigos a la declaración sobre hechos que han caído bajo el dominio de lo sentido de quien la hace. Esta restricción no es exacta, ya que el testigo puede declarar sobre hechos que no haya percibido directamente, sino que le han sido narrado por otros; la declaración puede también contener juicios lógicos o deducciones del testigo; es posible igualmente interrogarlo sobre el concepto que le merece determinada persona, etcétera.”⁹⁵

La prueba, podemos afirmar es la médula del proceso, es decir es la base en la cual el juzgador fundamenta la resolución final o sea la sentencia. Para significar la importancia de la PRUEBA se ha dicho: “Que lo que no está en el proceso, no está en el mundo”. Por eso un derecho, aunque realmente exista, siempre necesita probarse, porque de lo contrario si es imposible probarlo, es como que no existiera. De ahí que es necesario establecer a través de la prueba, ya sea documental, pericial, testimonial, etc. por cualquier medio los extremos de lo que demandamos, necesitamos probar nuestros derechos, porque de lo contrario, podemos ser legítimos titulares de un determinado derecho, pero si no estamos en posibilidades de probarlo no se nos concede su goce o ejercicio.

Para determinar la naturaleza jurídica de la prueba testimonial tenemos necesariamente que ver sus principales características y así lo expresa

⁹⁴ V. H. Álvarez Chávez “El testimonio como medio de prueba”, *Revista del Trabajo y la Seguridad Social, Buenos Aires, N° 5* (1983):126.

⁹⁵ Juan Montero Aroca, “*La prueba en el proceso civil*”, 2° Ed., (España, Madrid: Civitas, 1998), 323.

Guasp⁹⁶ que nos dice: “La naturaleza de la actividad testifical se fija señalando el carácter de esta, como una prueba procesal, cuyo medio lo constituye una persona distinta de las partes y de los terceros que se conocen con el nombre de peritos”.

En primer lugar, el testimonio es una prueba, ya que es un acto que tiende por esencia a provocar una convicción de alguien sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos. En segundo lugar, es procesal, ya que la convicción que tiende a provocar está referida a los jueces y/o magistrados sobre cierta información, y la cual recae sobre datos procesales y el testigo como dijimos antes, se utiliza dentro del proceso. En tercer lugar, la prueba testifical o testimonial, está dentro de la clasificación de las pruebas personales, ya que el medio que la integra tiene carácter subjetivo, juntamente con la prueba de confesión y la prueba pericial; diferenciándose de la primera en el hecho fundamental de que quien la presenta es una parte, mientras que el testigo es un tercero; y de la segunda o sea la pericial, en la circunstancia también fundamental de que la pericial recae sobre datos ya procesales, mientras la testimonial sobre datos extraprocesales en el momento de su observación.

De manera que se concluye: que la naturaleza jurídica de la prueba testimonial es la de ser un acto procesal, personal, de terceros ajenos al proceso y que verse sobre datos extraprocesales en el momento de su observación, tal y como pudo percibirlos la persona interrogada.

La prueba testimonial reúne requisitos objetivos y subjetivos, por lo que para que sea válida o para que sea apreciada como tal por el juzgador, además de llenar los requisitos subjetivos es necesario que llene ciertos requisitos

⁹⁶ Jaime Guasp. “*Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, (Madrid: 1948 Edt, M. Aguilar), 701-702.

objetivos que podemos enunciar así: a) Requisitos objetivos formales; b) Requisitos objetivos sustanciales; en donde los primeros: son aquellos que se le agregan a la narración de los hechos, antes y después. Y por el contrario el segundo, es pues la narración detallada de los hechos objeto de la prueba, que el testigo ha percibido por medio de la vista o de los oídos.

Determinar con precisión cuál es el objeto de la prueba ha sido uno de los problemas principales que han afrontado los tratadistas que se han ocupado en materia probatoria. Al respecto Couture⁹⁷ dice: "Que este tema implica una respuesta a la pregunta: ¿Qué se prueba? ¿Qué cosas deben ser probadas? y hace la distinción entre los Juicios de hecho y los de Puro Derecho; se dice que los primeros dan lugar a prueba y los segundos no. El maestro Couture no es terminante al afirmar esto, ya que más adelante de su obra especifica que los hechos que deben probarse son los Hechos Controvertidos.

Por su parte Rafael de Piña⁹⁸ expone: que el objeto normal de la prueba, son los hechos, comprendiendo a los hechos Jurídicos o sea los independientes de la voluntad humana, pero susceptible de producir efectos Jurídicos; así como los dependientes de la voluntad humana o sea los Actos Jurídicos. Se ha dado una noción bastante difusa de objeto de la prueba, en la que se abarca todo aquello que es capaz de formar en la psicología de Juez, un estado de ánimo tal que aplicando las normas y su buen sentido llegue a hacer de cada parte de la sentencia, una base inmovible en que se apoye la Justicia.

El concepto anterior es abstracto y más que todo científico, no es dable decir que este objeto interese al proceso en particular, pues hablamos de un amplio

⁹⁷ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, (Uruguay: Ed. B DE F, 2010), 219.

⁹⁸ Rafael de Piña. *Tratado de las Pruebas Civiles*, 3ª ed, (México: Porrúa, 1981), 46.

concepto aplicable a todos los campos de la actividad científica o intelectual, es decir es algo extraprocesal.

Sobre este punto Antonio Dellepiane⁹⁹ se expresa en estos términos: “Todo el esfuerzo de los contendores se aplica, entonces a demostrar la exactitud de la afirmación que favorezca a cada uno y a probar si es posible la inexactitud de la contraria”.

En presencia de estas dos versiones distintas, está el Juez obligado, a optar por una de ellas o a construir una tercera versión, que ponga de lado o combine la de ambos contrincantes, para lo cual toma el Juez, como base de su operación reconstructiva, los elementos de juicio o de prueba suministrados por ambos contendores, los verifica o controla, aquilata su valor y peso y los confronta entre sí y con aquellos que él mismo ha acumulado, sometiéndolos en suma, a diversas operaciones críticas, que lo llevan a través de una serie de inferencias, a una reconstrucción de hechos del pasado, a la determinación de lo que se llama el caso Sub-Judice”.

Esta operación constituye la primera de las tareas que incumben al Magistrado, terminada la cual deberá, al fin, preocuparse de la segunda, consistente en la averiguación de la ley "que rige el caso". Si se tienen en cuenta que el concepto del objeto de la prueba, es aplicable a cualquier actividad y no solo a las ciencias Jurídicas, ya que todos tratamos de justificar nuestras excusas en cualquier actividad; resulta obvio, la conclusión de que jurídicamente no puede limitarse el objeto de la prueba en un sentido general o abstracto, a los hechos controvertidos, sino que, por el contrario, es

⁹⁹ Valerio Ebeledo “*Nueva Teoría General de la Prueba*”, (Buenos Aires: Editorial Librería Jurídica, 1939), 22.

necesario extenderle a todo lo que por sí mismo, es objeto de comprobación ante el órgano Jurisdiccional del Estado, para llevar los fines del proceso en general.

La circunstancia de que un hecho no necesita prueba en un proceso no significa que ese hecho no puede ser objeto de prueba Judicial y lo mismo puede afirmarse cuando se advierte que a una parte no le interesa probar un hecho, puede que a la otra si, le porte cuenta su prueba.

En conclusión, el objeto de prueba Judicial en general es "Todo aquello que, siendo de interés para el proceso puede ser susceptible a demostración descriptiva, esto es, como algo que existió que existe y que puede llegar a existir y como en definitiva la costumbre y la Ley Extranjera son asimilables a los hechos también necesitan que se prueben entrando como objeto de la prueba.

Devis Echandía tratando de establecer algunas diferencias entre el objeto de la prueba y necesidad o tema de prueba dice: "Necesidad o tema de prueba tiene caracteres de exclusividad y significa lo que en cada proceso debe de probarse, no basta decir que todo aquello que es susceptible de prueba; es tema de la misma, es necesario individualizar y decir: en este proceso debe de probarse esto, en este otro aquello, y así particularizando lo que forma ingredientes del debate o cuestión voluntaria planteada, por constituir el presupuesto de los efectos Jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo conocimiento el Juez no puede decidir. Cuando hablamos de tema o necesidad de prueba, no decimos a quien le corresponde probar, no contemplamos a la persona o parte que debe de suministrar prueba y por ello decimos que esta es una noción objetiva y concreta, esto último porque recae sobre hechos determinados.

En el tema de la prueba se seleccionan los hechos que interesan en cada proceso, es algo así como una es cogitación en la gama basta e ilimitada de lo que puede ser objeto de prueba. Pero esa es cogitación no termina aquí, también deben precisarse los hechos de influencia en el proceso, y que sin embargo no requieren prueba por gozar de presunciones del derecho, o por ser admitidos.

Ahora bien, para ahondar más en el tema, enumeraremos los requisitos para que la prueba testimonial sea admitida por el juez:

1. Requisito de pertinencia: La prueba debe referirse a los hechos controvertidos, de lo contrario, la prueba no será admitida. Según el artículo 318 del C.P.C.M las pruebas que son pertinentes se refieren a hechos controvertidos, y las pruebas impertinentes a hechos no controvertidos.
2. Requisito de conducencia o idoneidad: Está regulado por el legislador en el artículo 319 del C.P.C.M el cual menciona que *“No deberá admitirse aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos”*. Dicha prueba debe ser capaz de probar las pretensiones alegadas por las partes, además debe ser idónea con respecto a los hechos que se van a probar. Es decir que la conducencia de la prueba conlleva a la eficacia para poder llegar al convencimiento del juez sobre la existencia o no de los hechos alegados por las partes.
3. Requisito de Relevancia: La preeminencia de la prueba es importante para poder probar los hechos. Se busca obtener más información que permite crear certeza en el juez sobre las afirmaciones hechas por las partes.

Por consiguiente, con la implementación de un proceso para la reproducción del medio probatorio de la Videoconferencia, se persigue la obtención de un proceso civil eficiente, potenciando y mejorando los principios de oralidad, inmediación judicial y economía procesal,¹⁰⁰ ya que el uso de dicha herramienta tecnológica en los tribunales supone acudir al auxilio judicial, esto es, al exhorto (o a la comisión rogatoria si la cooperación es internacional), cuando concurren los presupuestos para ello, es decir, distancia excesiva, dificultad en el desplazamiento, circunstancias personales del declarante u otras causas análogas, que imposibiliten o hagan muy gravosa la comparecencia del declarante ante el juez que conoce del asunto.¹⁰¹

¹⁰⁰ Carolina Fons Rodríguez, “La Videoconferencia en el Proceso Civil: La Telepresencia Judicial”, (España Barcelona: Universidad Abat Oliba, derecho procesal) <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/sp2fon.pdf>.

¹⁰¹ *Ibíd.*, Rodríguez, cita a Félix González Valbuena.

CAPITULO III. LA PRUEBA TESTIMONIAL

En el presente capítulo, se analiza únicamente la prueba testimonial como medio probatorio en el proceso civil y mercantil salvadoreño, ya que a través de ella se pretende receptar la recepción de la declaración de parte, parte contraria, y testigos por medio de la videoconferencia.

3.1. Definición

Conceptualizado en capítulos anteriores en qué consiste la prueba y sus generalidades, es preciso concentrarnos únicamente en la prueba testimonial también conocida como interrogatorio de testigos, por ser uno de los medios probatorios existentes en el proceso civil y mercantil; y por ser este el epicentro de nuestra investigación con respecto a la videoconferencia y su implementación en el proceso civil y mercantil salvadoreño. Según los doctrinarios, esta se define como:

Montero Aroca; “La prueba testifical es un medio concreto de prueba, en virtud de la cual se aporta al proceso, por parte de una persona ajena al mismo, una declaración sobre hechos presenciados (vistos u oídos) por ella o que ha sabido de referencia, sobre lo que viene a ser interrogada, siempre que esos hechos sean controvertidos y se refieran al objeto del proceso”¹⁰² .

Roland Arazi, al respecto manifiesta que “Se denominan pruebas de testigos a aquellas que son suministradas mediante las declaraciones emitida por persona física, distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de las

¹⁰²Juan Montero Aroca et al. “*El nuevo proceso civil*”, *Ley 1/2000 Ley de Enjuiciamiento civil*, 2ª Ed., (España, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2001), 379.

percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han visto u oído sobre éstos”¹⁰³

Lino Enrique Palacios, “La prueba testimonial o de testigos es aquella que consiste en la declaración, prestada ante un órgano judicial, por personas físicas que no sean sujetos necesarios del proceso, acerca de sus percepciones y deducciones de hechos pasados concernientes al objeto sobre el cual aquél versa.”¹⁰⁴

3.2. Importancia

La importancia de este medio probatorio radica, en primer lugar, en que ésta es la médula del proceso, es decir, la base en la cual el Juzgador extrae los elementos suficientes, idóneos y fehacientes sobre los cuales fundamenta su fallo. Por lo que, aunque realmente exista un derecho, este siempre necesita probarse, de lo contrario si es imposible probarlo, es como que no existiera.

Es de ahí de donde radica la importancia de la prueba, ya que, podemos ser legítimos titulares de un determinado derecho, pero si no estamos en posibilidad de acreditarlo no se nos concede su goce o su ejercicio, y esto solo se logra a través de su establecimiento, sea esta documental, pericial, testimonial, etc.; se puede acreditar la pretensión deseada sin importar el extremo procesal en que se encuentre, ya “que lo que no está en el proceso, no está en el mundo”.

¹⁰³Rolan Arazi, *“Derecho Procesal Civil y Comercial Parte General y Especial”*, 2ª Ed, (Buenos Aires: actualizada y ampliada, Edit. Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995), 321.

¹⁰⁴ Lino Palacios Escalante. *“La Prueba en el Proceso Penal”*, Biblioteca Jurídica Argentina Editorial Abeledo Perrot, (Buenos Aires, 2000), 395.

3.3. Características

El testimonio es un medio de prueba, en el cual una persona, la cual no es parte dentro del proceso – como en el caso de los terceros-, declara lo que es de su conocimiento, sobre el objeto de litigio; declaración que se efectúa ante un juez en un proceso determinado.

Entendiéndose al testimonio de parte, aquel “referido a las declaraciones de ésta cuando por no serles desfavorables no constituye confesión”¹⁰⁵.

Según Aroca¹⁰⁶, “no debe limitarse el concepto de la prueba de testigos, a la declaración sobre hechos que han caído bajo el dominio de los sentidos de quien la hace. Esta restricción no es exacta, ya que el testigo puede declarar sobre hechos que no haya percibido directamente, sino que le han sido narrado por otros; la declaración puede también contener juicios lógicos o deducciones del testigo; es posible igualmente interrogarlo sobre el concepto que le merece determinada persona, etcétera.”

En la cual según dicho autor se pueden observar las siguientes características¹⁰⁷:

- a) Las personas jurídicas no pueden ser llamadas como testigos, no obstante, si se les puede requerir informes o confesión por medio de sus representantes.

¹⁰⁵Víctor Hugo Álvarez Chávez “El testimonio como medio de prueba”, *revista del trabajo y la seguridad social, Buenos Aires, N° 5, (1983): 126*

¹⁰⁶Montero, “*La prueba en el Proceso Civil.*”, 323.

¹⁰⁷ Arazi, “Derecho Procesal Civil”, 321.

- b) No pueden ser testigo quienes revisten la condición de partes, cabe aclarar que, quien es citado a propuesta de su litisconsorte no reviste el carácter de parte en la relación procesal entre el que lo propone y su adversario.
- c) El testimonio puede versar sobre cualquier clase de hechos, con las limitaciones propias de las pruebas en general.

De las definiciones anteriores, se puede concluir que las principales características de la prueba testimonial son:

1. Personal: Tomando en cuenta que la prueba testimonial tiene que ser rendida por una persona física, sobre los hechos que ha presenciado o que ha tenido conocimiento por medio de los oídos. Para que haga fe, la prueba testimonial debe ser rendida personalmente ante el Juez competente, como regla general; y a manera de excepción la ley regula lo pertinente en cuanto a los sordomudos, quienes pueden darse a entender ya sea por escrito, por lo que su declaración por este medio hace fe, o empleando a peritos que lo hagan por estos últimos mediante la interpretación o informes.

2. Oralidad: Por regla general, la prueba testimonial debe de rendirse oralmente. Ante esta situación el Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño, a previsto en sus disposiciones que a efecto de preparar su pretensión, su oposición o su excepción, cada parte podrá solicitar al Juzgado o tribunal que se ordene recibir la declaración de la parte contraria.

Por lo tanto, estos tienen la obligación de comparecer a los diversos citatorios y de responder a los interrogatorios de la parte contraria y del Juez, que versen sobre los hechos personales, así como de decir la verdad en sus declaraciones. Preguntas que deberán ser formuladas de forma oral con la

debida claridad y precisión, evitando que tengan valoraciones, sugerencias, calificaciones o cualquier otra clase de indicación o comentario que pueda dirigir la contestación.

En otras legislaciones se concede la facultad al testigo de redactar su propia declaración, la misma disposición impone la obligación, de que esa declaración sea leída, de tal suerte, que siempre se llega a la oralidad. Todo esto es consecuente, ya que de otra manera si el testigo no compareciera ante el Juez, no sería posible juramentarlo y ser sometido a un eventual contra interrogatorio, etc.¹⁰⁸

3. Imparcial: Los testigos que aportan esta clase de prueba no tienen que estar unidos por ningún vínculo de parentesco, de afectividad o enemistad, sea entre ellos o con ninguna de las partes contendientes o interesada en el Juicio; ya que de ser así su testimonio puede adolecer de algún vicio que le quite o le reste valor probatorio.

4. Procesal: Por regla general las partes la vierten dentro de un proceso, con el objeto de provocar una convicción ante un Órgano Jurisdiccional, sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos o hechos, estos son procesales y la declaración del testigo se utiliza dentro del proceso.

5. Idónea: Este carácter está enfocado en que la declaración de la parte debe ser acorde y versar sobre los hechos que se pretende probar, son precisamente las afirmaciones que han hecho las partes, en torno al conflicto jurídico, que han sido sometidas a decisión del juzgador. Este carácter tiene

¹⁰⁸ Jiménez y F. de Gamboa, *“Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal”*, (España, Madrid: Santillana S.A. de Ed. Monte Espinoza, Vol. I), 987.

íntima relación con la pertinencia de la prueba marcada en el art 318 de nuestro C.P.C.M. en el cual se hace referencia a que, solo ha de valorarse aquella prueba que tenga relación con el objeto, de lo contrario ésta debe ser desechada.

3.4. Naturaleza Jurídica

Según Guasp¹⁰⁹“La naturaleza de la actividad testifical se fija señalando el carácter de esta, como una prueba procesal, cuyo medio lo constituye una persona distinta de las partes y de los terceros que se conocen con el nombre de peritos”.

Por lo que para determinar la naturaleza jurídica de la prueba testimonial tenemos necesariamente que ver sus principales características:

En primer lugar, el testimonio es una prueba, ya que es un acto que tiende por esencia a provocar una convicción de alguien sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos. En segundo lugar, es procesal, ya que la convicción que tiende a provocar está referida a los jueces y/o magistrados sobre cierta información, y la cual recae sobre datos procesales y la declaración del testigo, como dijimos antes, se utiliza dentro del proceso.

En tercer lugar, la prueba testifical o testimonial, está dentro de la clasificación de las pruebas personales, ya que el medio que la integra tiene carácter subjetivo, juntamente con la prueba de confesión y la prueba pericial; diferenciándose de la primera en el hecho fundamental, de que quien la presenta es una parte, mientras que el testigo es un tercero; y de la segunda

¹⁰⁹ Delgado, “Comentario a la Ley”, 701 - 702.

o sea la pericial, en la circunstancia también fundamental de que la pericial recaerá sobre datos ya procesales, mientras la testimonial sobre datos extraprocerales en el momento de su observación.

De manera que se puede concluir: que la naturaleza jurídica de la prueba testimonial es la de ser un acto procesal, personal o de terceros ajenos al proceso que versa sobre datos extraprocerales en el momento de su observación, tal y como pudo percibirlos la persona interrogada.

3.5. Principios que rigen la prueba testimonial

Atienza y Manero definen los principios en sentido estricto como “términos del alcance de aplicación de una norma; un principio define los casos a los que es aplicable de forma abierta: mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada”¹¹⁰.

Por su parte, Azula Camacho¹¹¹ define a los principios del derecho procesal como “los criterios aplicables a los distintos aspectos que integran el procedimiento o reglas que rigen o regulan las diferentes actuaciones que integran el procedimiento”.

Para Enrique Lino Palacio, los principios procesales “son las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento procesal”¹¹².

¹¹⁰Aleksander Peczenik, “*Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*”, (España: Publicación Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001; Edición digital a partir de DOXA-12,1992), 327.

¹¹¹ Jaime Camacho Azula, “*Manual de Derecho Procesal*”, 2ª ed.(Bogotá, Colombia: ABC, 1982), 71..

¹¹² Enrique Palacio Lino “*Derecho Procesal Civil: Nociones Generales*” Tomo I., 2ª Ed (Buenos Aires, Argentina: Abelado-Perrot 1994), 77-78.

Dentro de los principios que se encuentran regulados en la Legislación procesal civil y mercantil salvadoreña que regulan la prueba testimonial, están:

a) Principio de Legalidad: Es un axioma de valoración de lo justo por una sociedad en virtud del cual no se puede aplicar una sanción sino está escrita previamente en una ley cierta.

Constitucionalmente encuentra este principio su asidero legal en el artículo 15, el cual establece que: “Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”.

Este principio, es uno de los más importantes del proceso civil y mercantil, pues su cumplimiento supone y determina la seguridad jurídica en el proceso.

Actualmente se encuentra regulado en el art. 3 C.P.C.M.: el cual establece que todo proceso deberá tramitarse ante Juez competente y conforme a las disposiciones del código, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal, estableciendo a su vez que las formalidades previstas son imperativas, y que cuando las formas de los actos procesales no estén expresamente determinadas por la ley, se adoptarán las que resulten indispensables e idóneas para la finalidad perseguida.

Descartándose así la posibilidad de que las partes acuerden libremente requisitos de forma, tiempo, y lugar del proceso judicial, debiendo en consecuencia sujetarse a las estipulaciones fijadas por la normativa procesal correspondiente.

En ese orden de ideas, se entiende que este principio no solo está orientado a regular la acción procesal de las partes sino también a los titulares de los

órganos jurisdiccionales, ya que estos solamente tienen las atribuciones expresamente establecidas por la ley, y por lo tanto les es prohibido realizar todo aquello que no se encuentra contemplado en la Constitución y en las leyes procesales correspondiente

b) Principio de Aportación: “Principio romano, que impone la carga de la prueba de un acto jurídico a quien lo alega”.¹¹³ Este principio se encuentra regulado en el artículo 7 del CPCM, el cual establece que los hechos en que se fundamente la pretensión y la oposición que se conoce en el proceso solo podrán ser introducidos en el debate por las partes.

La actividad probatoria debe recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes o por los que tienen la calidad de terceros de conformidad a las disposiciones de este Código, en su caso: en consecuencia, el Juez no podrá tomar en consideración una prueba sobre hechos que no hubieran sido afirmados o discutidos por las partes o terceros.

La proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes o terceros, sin embargo, respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el Juez podrá ordenar diligencias para mejor proveer, con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio, de conformidad a lo dispuesto en el Código.

c) Principio de Igualdad: “Supone la existencia de un mismo procedimiento para todo, de unas reglas previas e imparciales para resolver los conflictos para llegar a la formación de la voluntad de los operadores jurídicos

¹¹³ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia Definitiva Referencia: 21-AP-2004* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005).

competentes para resolver, con independencia de las personas o de los intereses que estén en juego en cada caso.”¹¹⁴

Regulado en el artículo 5 C.P.C.M., dispone que las partes dispondrán de los mismos derechos, obligaciones, cargas y posibilidad procesales, durante el desarrollo del proceso.

“La esencia de este principio se materializa en el hecho de que en el desarrollo de la actividad jurisdiccional y en la lucha que se desarrolla entre las partes ante el Juez, estas deben ser tratadas con sujeción a un régimen de igualdad y paridad, lo que contribuirá lógicamente a una resolución más justa del conflicto, en observancia de las normas del debido proceso y con cumplimiento de las garantías constitucionales”.¹¹⁵

Las limitaciones a la igualdad que dispone el Código no deben de aplicarse de modo tal que generen una pérdida irreparable del derecho a la protección jurisdiccional.

d) Principio Dispositivo: La iniciación de todo proceso civil o mercantil corresponde al titular del derecho subjetivo o interés legítimo que se discute en el proceso y dicho titular conservará siempre la disponibilidad de la pretensión.

Las partes podrán efectuar los actos de disposición intra procesales que estimen convenientes, terminar el proceso unilateralmente o por acuerdo entre

¹¹⁴ José Albino Tinetti, *“Igualdad Jurídica”*, (San Salvador, El Salvador: Edit. Unidad de Producción Bibliográfica y documentación, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004), 67.

¹¹⁵Antonio Rocco, *“Teoría General del Proceso Civil”*, (México: Porrúa, 1959), 408.

las mismas y recurrir de las resoluciones que le sean gravosas de conformidad a lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Al respecto Odetti sostiene que el principio dispositivo consiste en la facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional de adoptar elementos formativos del proceso e instar su desarrollo para terminarlo y darle fin.

Las manifestaciones de este principio en el desarrollo del proceso Civil y Mercantil son los siguientes:

a) Iniciativa: Se refiere a que el proceso solo puede ser iniciado en base a la correspondiente petición del interesado mediante la demanda. (Art. 276, 418 C.P.C.M.), es decir, que le corresponde al demandante iniciar el proceso.

b) Tema de decisión: Lo constituye el objeto o materia del debate o controversia entre las partes. Este se determina por parte del demandante en la demanda y por parte del demandado en la contestación de aquella. (art. 305 y 306 relacionado con los artículos 276 Ord. 5º y 6º, y 284, todos del C.P.C.M.).

c) Hechos: Como ya se dijo anteriormente, la decisión se funda en los hechos y es a las partes a las que corresponde invocarlos.

d) Prueba: Es iniciativa de las partes proponer prueba para que se decreten y practiquen a fin de demostrar los hechos que sustentan en tema de decisión u objeto de discusión. (Art. 321). Lo anterior significa que al demandante le corresponde probar los hechos que sustenta sus pretensiones, mientras que

al demandado le interesa establecer los que funden sus medios de defensa. (Carga de la Prueba).¹¹⁶

e) Aportación: este se encuentra regulado en el Artículo 7 C.P.C.M, que establece que “los hechos en que se fundamenta la pretensión y oposición que conoce en el proceso podrán ser introducidos al debate por el juez. La actividad probatoria debe recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes o por los que tienen la calidad de terceros de conformidad a las disposiciones de este código, en su caso; en consecuencia, el juez no podrá tomar en consideración una prueba sobre hechos que no hubieran sido afirmados o discutidos por las partes o terceros.

La proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes o terceros; sin embargo, respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez podrá ordenar diligencias para mejor proveer con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorios, de conformidad a lo dispuesto en este código”.

Cada una de las fases en que se divide el proceso civil ésta presidido por principios distintos, así, por ejemplo, el proceso civil siempre se inicia a instancia de parte, la carga de la prueba, medios impugnatorios, legitimación en la ejecución, entre otros principios.

f) Comunidad:

Es también denominado como principio de adquisición de la prueba, y se refiere a que una vez aportadas las pruebas por las partes, estas no son de

¹¹⁶ José Corbal Fernández, “*La prueba en el proceso civil*”, (Madrid España: Consejo General del Poder Judicial, 1993), 173.

quien las promovió sino que serán del proceso, en otras palabras, pueden decirse que al momento de que las partes introduzcan de manera legal las pruebas en el proceso su función será la de probar la existencia o inexistencia de los hechos alegados con independencia de que lleguen a beneficiar o perjudicar a quien le promueva, o a su contradictor, quien de igual forma puede llegar a invocarla.

Por consiguiente, una vez las pruebas se tengan de manera definitiva y se alleguen, ya sea por cualquiera de las partes o las que decrete y practique el juez al correspondiente proceso, éstas pertenecerán a este último y no a quien las vinculó, quedando así, puestas a disposición para el uso tanto del demandante como del demandado.

Este se encuentra vinculado al principio de igualdad procesal en el que las partes dispondrán de los mismos derechos, obligaciones, cargas y posibilidades procesales durante el desarrollo del proceso.

3.6. Objeto

El objeto de este tipo de prueba y el valor de esta está determinado por la ley en el art. 353 del CPCM, el cual de manera expresa regula: "Que las partes podrán solicitar se le reciba declaración personal sobre los hechos objetos de la prueba".

En ese sentido ha de entenderse que en este tipo de prueba se busca robustecer una hipótesis o probar hechos científicos que se han obtenido a través de la prueba pericial para su concordancia y cotejo a fin de establecer la verdad pura.

3.7. Sujetos del Testimonio

En este apartado se desarrolla el tema respecto a los sujetos del testimonio, debiendo aclararse que se desarrollan los sujetos activos y pasivos de este, no obstante, para efectos prácticos del presente trabajo de investigación únicamente interesara lo correspondiente a la declaración de parte.

3.7.1. Declaración de Parte

Se trata de un medio de prueba de carácter personal, por el cual se pretende de quien ostenta el carácter de parte en un proceso o de aquel que los sustituya, obtener información pertinente y útil relacionada con los hechos controvertidos.

Como regla general de este tipo de declaración, se pide el interrogatorio de la parte contraria, sea este el actor o demandado, con el objetivo de que se le reconozcan determinados hechos que sean desfavorables y que por admitir su existencia se toma como expresión de veracidad.

La declaración de parte funciona como una expresión de autodefensa y de ejercicio de derecho de audiencia, se estima que viene a complementar la que ya se le permite mediante la fase de alegaciones.

Existen diversos tipos de declarantes, entre los cuales podemos mencionar:

3.7.1.1. La Parte

Según el Art. 58 C.P.C.M., son parte en el proceso el demandante, el demandado y quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada.

Aunado a lo anterior, el Art. 345 C.P.C.M., establece que, para efecto de preparar la pretensión, oposición a esta o su excepción, sea quien actúe en el proceso, ya sea por su propia cuenta, propio abogado o por la parte contraria, deberá acreditar dentro del proceso que es aquella persona que se encuentra legitimada para hacerlo, ya que no basta con que se proclame parte potencial, sino que debe de serlo para poder pedir sobre la pretensión.

Asimismo en el Proceso Civil y Mercantil, también pueden ser parte, el concebido no nacido, para todos los efectos favorables, las personas jurídicas, las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular, en calidad de demandadas las uniones y entidades que, sin haber cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, actúan en el tráfico jurídico, sin embargo nos referimos únicamente a las personas físicas, por esa la delimitación de la presente investigación.

3.7.1.2. La futura parte:

El artículo antes mencionado, en su parte final regula que se podrá solicitar que se reciba la declaración contraria o de quien potencialmente pudiera ser contraparte en su proceso.

Esta actividad puede realizarse de forma excepcional dentro del proceso, en el caso en el que se solicite una prueba anticipada a entablarse una demanda, siempre que se alegue y justifique la necesidad de su realización, haciendo referencia a las circunstancias que razonablemente llevarían a la pérdida de aquella, lo cual se ve reforzado a través del art. 327 del CPCM, en donde se introduce a la declaración de parte como anticipo.

3.7.1.3. El representante de la parte

En el art. 246 del C.P.C.M. abre la posibilidad de que pueda darse la declaración del representante procesal de la parte, pero no como prueba testifical sino como declaración de parte, ya que puede tener conocimiento directo sobre los hechos, cuando además quien es la parte no pueda hacerlo por razones que no le son imputables.

A manera de ejemplo se puede mencionar el caso de los representantes legales de incapaces, así como de quienes representan tanto personas físicas como jurídicas.

3.7.1.4. Personas jurídicas:

En cuanto a las personas jurídicas, se sabe que quienes deben actuar por medio de ellas es una persona física, principalmente su representante legal, siendo este último a quien se le dirigirá el interrogatorio solo respecto de los hechos que le constaten directamente por haber sucedido en el ámbito de su actuación y durante su mandato y dentro de su específica competencia funcional.

3.7.2. Testigo

La prueba testifical es una prueba personal con la que se pretende obtener información pertinente y útil sobre los hechos controvertidos a sujetos que son terceros ajenos a la contienda, ya que puede que esa persona haya percibido los hechos a través de sus sentidos y además esa persona no tenga el carácter de parte o de representante de esta según lo establecido en los arts. 346 y 347 del C.P.C.M.

Y es que el testigo únicamente da la versión sobre los hechos, no se les piden juicios de valor, ni hipótesis, ni siquiera máximas de la experiencia especializada, para cuyo cometido se implementa a su vez la prueba pericial.

3.8. Presupuestos procesales para proceder

3.8.1. De admisibilidad:

Por regla general, en el proceso civil y mercantil, la información susceptible de valoración probatorio ingresa al proceso jurisdiccional a través del testimonio o declaración de la propia parte.

Al respecto, el artículo 344 C.P.C.M., establece que cada parte podrá solicitar la declaración personal sobre los hechos objetos de la prueba, continuando en el Art. 345 del mismo precepto legal, que podrán solicitar dicha declaración a efecto de preparar su pretensión, su oposición o su excepción a esta, por lo que, cada parte podrá solicitar al Juez o Tribunal que se ordene recibir la declaración de la parte contraria o de quien potencialmente pudiese ser su contraparte en el proceso.

Estableciéndose en estos dos artículos los primeros requisitos de admisibilidad a efecto de rendir una declaración de parte, siendo estos: 1) Que el declarante sea parte o que se pida de quien pudiese serlo potencialmente; 2) Que su dicho verse sobre los hechos objeto de prueba, es decir, que tengan relación con aquellos hechos controvertidos objeto de litigio; 3) Que a partir de esa declaración se acredite la pretensión de una de las partes, la oposición de ella o en su caso la excepción correspondiente.

En cuanto al requisito que el declarante sea parte o que se pida de quien pudiese serlo potencialmente, es de expresar que en muchas ocasiones los legitimados dentro del proceso puede ser que no estén habilitados para poder actuar dentro del proceso, así a manera de ejemplo podemos mencionar: a los menores de edad o personas jurídicas.

Es por ello; que el artículo 346 regula que a manera excepcional podrán llamarse a que declaren en defecto de la parte: 1) Los representantes de los incapaces, por los hechos en que hubieren intervenido personalmente en ese carácter; 2) Los apoderados, por los hechos realizados en nombre de sus mandantes, mientras esté vigente el mandato; 3) Los apoderados, por los hechos anteriores, cuando estuviesen sus representados fuera del país, siempre que el apoderado fuese expresamente autorizado para ello y la parte contraria consienta.

3.8.2. Para rendir testimonio

A efecto de que pueda recibirse la declaración de la parte o testimonio, existen ciertas formalidades que deben de cumplirse previo a recibir, al momento de, y posteriormente de que esta se reciba.

Al respecto establece Joaquín Omar Alas Guadrón, en sus Tesis Doctoral “La prueba testimonial en materia civil”¹¹⁷, que estos requisitos son: a) Citación; b) Comparecencia; c) Juramentación; d) Prevención; e) Identificación; f) Interrogatorio y Repreguntas; g) Lecturas; h) Ratificación; i) Firma. Todas estas formalidades son de gran importancia, ya que las faltas de una de ellas a veces

¹¹⁷ Joaquín Omar Alas Guardón, “*La Prueba Testimonial en Materia Civil*”. (Tesis para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, año 2008, S/N) 50.

hacen imposible la recepción de dicha prueba testimonial porque la vuelven nula perdiendo por consiguiente todo su valor probatorio.

3.8.3. De validez y eficacia

Los principios procesales indican que una vez realizados los interrogatorios o las declaraciones de propia parte, el Juez debe valorar cada una de ellas, para emitir su fallo únicamente en cuanto a los testimonios: 1) Aquellas que hayan sido practicadas ante su presencia, 2) Que se hayan realizado bajo juramento¹¹⁸, 3) Aquellas que se encuentren bajo la inmediación de la contra parte, a fin de que esta tenga la oportunidad de contrainterrogar, con el fin de permitir que toda aquella información que ingrese a conocimiento del Juez sea confiable, utilizando métodos lógicos y racionales, sobre las circunstancias objetivas y subjetivas de los hechos declarados, y así poder llegar a la conclusión de ser declarados como ciertos o no; y aún más que dichas declaraciones sean concordantes en cuestiones de lugar, tiempo y modo.

Entonces para que una declaración o testimonio tenga validez, es necesario que esta cumpla con una serie de requisitos entre los que se puede mencionar:

1. Que haya sido sometido a un proceso de admisión;
2. La persona quien lo rinda debe estar legitimada por la ley¹¹⁹;
3. Que dicho testimonio sea recibido por autoridad judicial competente para hacerlo y de quien lo solicita o presenta, es decir, que por regla general la

¹¹⁸ Aclarando que, al tratarse de la propia parte ésta no se somete a juramento alguno.

¹¹⁹ De los cuales ya se habló con anterioridad y que se encuentran regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil, siendo como regla general las partes en el proceso y de forma excepcional las establecidas en el artículo 346 del mismo cuerpo normativo.

persona que tiene competencia para aceptar y decretar este medio de prueba guarda la misma competencia para recibirlo y analizarlo.

4. La capacidad de las partes. Este es un requisito general para la validez del testimonio, ya que este se deriva de la persona que rinde la declaración o el testimonio; asimismo, esta persona debe encontrarse hábil para poder rendirlo tanto en sus aspectos físicos, morales e intelectuales, los cuales deben cumplirse al momento en que se observan o se conoce de los hechos, así como al momento de rendirlos;

5. La declaración de la parte debe ser espontánea, libre y consciente de la persona que la realiza, ya que al no ser así y encontrarse bajo alguna coacción o violencia; y que la misma se demuestre se podría generar alguna especie de nulidad sobre el proceso;

6. La declaración de la parte debe cumplir con ciertas formalidades en cuanto al objeto de testimonio, es decir, que debe someterse a criterios de temporalidad, lugar y modo, ya que si no se cumplen dichos parámetros la declaración o testimonio podría declararse inválida¹²⁰.

En cuanto a los requisitos de eficacia, es necesario que toda declaración o testimonio cumpla lo siguiente:

1. Que el testimonio sea rendido por un medio probatorio conducente, es decir que el medio por el cual se ingresa una declaración o el testimonio debe ser

¹²⁰ Es necesario expresar que si bien es cierto la declaración puede declararse inválida, esto no quiere decir que traiga aparejada o que conlleve a una nulidad, ya que por dicha invalidez se hace suficiente negarle todo valor probatorio y excluirlo de valoración, y no acarrea la nulidad porque no presenta ningún vicio que incida en las declaraciones del resto de parte o testigos.

el idóneo y previsto en el ordenamiento jurídico.

2. Debe tratarse de un medio de prueba pertinente, es decir, que debe existir una relación ya sea esta directa o indirecta, entre los hechos que son materia del proceso o de los hechos objetos de litigio; y el mecanismo por el cual se pretende probar dicha circunstancia. Ya que la prueba vertida dentro del proceso debe ser pertinente en cuanto a los hechos, de ahí que se expresa que debe existir una relación directa entre ambas, siendo que, si alguno de ellos se encuentra entrelazado con el otro, para llegar a la verdad debe verse relacionada entre sí.

3. El testimonio o declaración deber ser útil, ya que no sirve de nada que la parte emita su declaración sobre hechos que no corresponden a los que son objeto de litigio, se entraría en un desgaste jurisdiccional, ya que el objetivo de la declaración es llevar un convencimiento al Juez sobre lo que ha sucedido o bien forma parte del proceso.

4. Que el declarante o testigo tenga credibilidad, es decir, que la declaración emitida por el mismo, en la que asevere el acaecimiento de determinados hechos, no debe haber incurrido en algún antecedente que demuestre que ha mentido o ha sido deshonesto en varias ocasiones, es decir en el sentido en que de la personalidad del testigo se puede percibir que es una persona tendiente a incurrir en falsedad de su declaración, por lo cual le corresponderá al Juez determinar los efectos probatorios de este tipo de testimonio.

5. Ahora bien, un requisito fundamental que rodea la eficacia del testimonio, hace referencia a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos objeto del proceso, y, asimismo, en los que la persona tuvo conocimiento de estos, es decir estos tres elementos deben mencionarse de

manera clara y precisa en la declaración, describiéndolos respecto del hecho como del conocimiento del mismo por parte del testigo o declarante, en el entendido en que respecto de uno solo no es suficiente para otorgarle eficacia probatoria al testimonio rendido.

Y, es claro que es importante que exista una concordancia entre las circunstancias en que se conoció el hecho y el hecho mismo, puesto que, de haber contradicciones entre éstas, cabría la posibilidad de llegar a catalogar un testimonio como falso y, por ende, negarle valor como prueba, teniendo en cuenta también, que existen factores alternos que determinan que ciertos hechos son lógicos y físicamente improbables e imposibles.

6. Otro requisito que genera eficacia en una prueba testimonial es la concordancia de los diferentes hechos ocurridos y conocidos, puesto que es necesario que exista armonía en el testimonio que se está rindiendo, en el contexto en que los diferentes hechos, principalmente aquellos sucesivos, deben guardar entre sí cierta coherencia para la estructura del relato.

De igual modo ocurre cuando se trata de varias declaraciones presentadas por un solo o por varios testigos (varios testimonios), las cuales deben guardar determinada afinidad o relación entre ellas con el fin de que no exista ninguna contradicción entre las mismas, pues de existir ésta, es evidente que no se le podrá conceder credibilidad, ni mucho menos eficacia, a dichas declaraciones.

7. Es un deber en la lógica judicial que el testimonio sea claro, seguro y coherente, por cuanto el testigo debe tratar de ser lo más completo posible en su relato, teniendo presente ciertos factores que deben agrupar dicha narración, como lo son, la concordancia entre los hechos relatados y aquellos que han sido notorios, la no contradicción entre los que da a conocer la

persona y las demás pruebas de mayor importancia que hacen parte del mismo proceso, la relación intrínseca que debe existir entre las reglas de la experiencia y los hechos enunciados en el testimonio, y, por último, la no inclusión de aspectos meramente subjetivos dentro del relato de los hechos que se pretenden dar a conocer, en el entendido en que patrones como los juicios de valor o los supuestos, no darían lugar a una declaración eficaz y valedera, sino por el contrario, estaríamos frente a un esquema de simple opinión.

8. Que no exista dolo o falsedad por parte del testigo que pretende llevarle conocimiento de los hechos al juez, por consiguiente, es merecedor que se cumplan todos los requisitos formales y demás exigidos para tal declaración, como, por ejemplo, que no se haya incurrido en cosa juzgada o presunción de derecho en contrario¹²¹.

Aunque el valor de la prueba testimonial queda al prudente arbitrio del juzgador, ello no debe valorar las reglas fundamentales sobre la prueba, pues no puede admitirse que por hecho de que los testigos o declarantes fueron uniformes en sus declaraciones sobre determinado hecho, tenga que otorgársele valor probatorio pleno a sus dichos, pues la prueba debe ser valorada en su integridad, como lo es que los testigos coincidan tanto en lo esencial como en lo incidental del acto; conozcan por sí mismos los hechos sobre los que declaran y no por inducción ni referencia de otras personas; que expresen por qué medios se dieron cuenta de los hechos sobre los que depusieron, aun cuando hubieren sido tachados por la contraparte; que justifiquen la verosimilitud de su presencia en el lugar de los hechos; que den

¹²¹ Devís. “*Compendio de pruebas judiciales*”, 347.

razón fundada de su dicho y que coincida su ofrecimiento con la narración de los hechos materia de Litis.

3.9 Oportunidad procesal para solicitar dicho medio de prueba:

Antes de internalizar en el tema de la oportunidad procesal para solicitar la prueba testimonial, es preciso denotar que en la actividad probatoria como tal, las partes tienen derecho a probar, en iguales condiciones, las afirmaciones que hubieran dado en las alegaciones iniciales para conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que el Código prevé, así como aquellos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados.

En cuanto al ofrecimiento de prueba, encontramos su asidero legal en el artículo 276 Ord. 9 CPCM, el cual establece como uno de los requisitos indispensable que debe contener la demanda, el ofrecimiento y determinación de la prueba. Al respecto el artículo 310 establece que las partes, por su orden, procederán a comunicar al juez las pruebas de las que intentarán valerse en el acto de la audiencia probatoria.

La proposición de la prueba exige singularizar el medio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido y finalidad a la parte contraria, esta se materializa en la Audiencia preparatoria, siendo la proposición y admisión de la prueba la fase tres y cuatro de dicha audiencia¹²²,

¹²² Las etapas de la audiencia preparatoria se reducen a: 1) intento de conciliación de las partes, a fin de evitar la continuación innecesaria del proceso; 2) saneamiento de los defectos procesales que pudieran tener las alegaciones iniciales; 3) fijación en forma precisa de la pretensión y el tema de prueba; 4) proposición y admisión de la prueba de que intenten valerse

en esa misma línea de ideas lo dispone el artículo 317 C.P.C.M. Para algunos medios probatorios específicos, el Código Procesal Civil y Mercantil regula particularmente la manera en que estos deben ser propuestos; así tenemos, en el caso de la prueba por interrogatorio de testigos, la proposición deberá contener la identidad de estos, con indicación, en lo posible, del nombre y apellido de cada uno, su profesión u oficio, así como cualquier otro dato que se repute necesario para su más completa identificación. En el momento de proponerlos, la parte podrá solicitar que los testigos sean judicialmente citados (Artículos 359 y 360 C.P.C.M).

Los testigos también serán necesarios para el caso de la acreditación de la prueba material o tangible que no deba acompañar la demanda o su contestación, figura regulada en el Artículo 325 del Código Procesal Civil y Mercantil. En este caso, la parte al proponer la prueba deberá acreditar previamente su pertinencia con el hecho controvertido, así como su suficiencia para apoyar el hecho que se busca probar, del mismo modo deberá solicitar que se autorice la identificación de la prueba material correspondiente, mostrará a la parte contraria la prueba identificada y lo hará también al testigo, para que éste, previo interrogatorio, establezca las bases necesarias para su admisibilidad¹²³.

Admisión de la Prueba: Una vez propuesta la prueba por las partes, el acto procesal subsiguiente es el pronunciamiento judicial sobre su admisión o rechazo; tal pronunciamiento tendrá lugar según lo establecido en el Artículo 310 C.P.C.M., durante la Audiencia Preparatoria. El Juez debe evaluar las

las partes en la audiencia probatoria como fundamento de su pretensión o resistencia. Art. 292 del Código Procesal Civil y Mercantil.

¹²³ Esmeralda Beatriz Escobar de Guch, y Marvin Adalberto Guch Majano “*Innovaciones Derivadas de la Oralidad en la Producción en la Prueba Testimonial*” (Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2010), 36 – 37.

solicitudes de las partes y debe declarar que pruebas resultan admitidas y cuáles rechazadas; debe admitir todas las pruebas que sean útiles y pertinentes (Artículo 317 Inc. 3º C.P.C.M.). El rechazo de la prueba debe acordarse en resolución debidamente motivada, no existirá recurso para tal decisión, pero las partes pueden solicitar que se haga constar en acta su disconformidad, con el objeto de interponer recursos futuros contra la sentencia que se pronuncie (Artículos 317 Inc. 3º y 320 C.P.C.M.).

El Juez no podrá admitir: Prueba sobre hechos y costumbres que no tengan carácter controvertido (Artículo 314 Ord. 1º y 4º C.P.C.M.); los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria, así como los hechos notorios y evidentes (Artículo 314 C.P.C.M.); las fuentes de prueba que se obtengan de forma ilícita (Artículo 316 C.P.C.M.); la prueba que no guarde relación con los hechos controvertidos, o sea impertinente (Artículo 318 C.P.C.M.); la prueba inidóneas que no contribuya a la averiguación del hecho alegado o a su esclarecimiento (Artículo 319 C.P.C.M.); las pruebas que aunque fuesen conducentes resulten inútiles, dilatorias o repetitivas para los fines del proceso (Artículo 320 Inc. 2º C.P.C.M.).

En el caso del Artículo 390 Inc. 2º C.P.C.M., el pronunciamiento de admisión o inadmisión de la prueba no será necesario, ya que, la prueba propuesta por el propio Órgano Judicial ha de ser considerada admisible por naturaleza, al emanar de quien es precisamente el único sujeto llamado a pronunciarse sobre ello. En el caso del anticipo de prueba, la admisión de ésta se sujetará a las reglas antes mencionadas, añadiendo el hecho de que las partes deben solicitar dicho anticipo justificando la necesidad de su realización, debiendo aducir las circunstancias que razonablemente conlleven a la pérdida de la prueba; si la solicitud no reúne estos requisitos, el Juez rechazará la proposición (Artículo 328 Inc. 1º C.P.C.M.).

3.10 Práctica de la Prueba Testimonial: Desfile y Valoración

En términos generales el interrogatorio es un medio de prueba a través del cual una persona extrovierte sus percepciones sensoriales o declara sobre un hecho que le consta. Puede ser no solo de parte (demandante/demandado) sino además de un testigo o un perito.

Señalado el día y la hora para la celebración de la audiencia probatoria, las partes deberán comparecer e iniciar su desfile de prueba según corresponda. Puede ocurrir que alguna de ellas se quiera valer de su propio testimonio o del de la contraria y transmitirle así al juzgador el conocimiento de ciertos hechos que, a juicio de cada parte resulta relevantes para la prueba de los extremos de su queja.

Cappelletti¹²⁴ señala las características de la comparecencia personal, o sea, del interrogatorio o examen libre de las partes. Específica, *primero*, la no formalidad del interrogatorio sea tal como para poder permitir un máximo de espontaneidad e inmediatez, y de ese modo un máximo de probabilidad de que las declaraciones y el comportamiento del interrogado sean susceptibles de dar una representación exacta de la realidad y susceptibles, al mismo tiempo de ser percibidos por el juez de la manera más idónea para su libre valoración. *Segundo*, las libres valoraciones de las resultantes probatorias (libertad funcional del interrogatorio).

El interrogatorio debe ser libre, no solo porque su dialéctica es no formal, sino también en el sentido de transformarlo de medio susceptible de crear solo una

¹²⁴ Carlos Mario Cappelletti, “*La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil*”, (Buenos Aires: Editoriales Jurídicas. Europa-América. 1972), 53

prueba legal (la confesión vinculante para el juez), en un medio capaz de poner al juez frente a la parte o, mejor, posiblemente frente a ambas partes en contradictorio y por ende frente a sus declaraciones y a su comportamiento con amplio poder de valoración y libertad de convencimiento.

3.10.1 Entrevista previa y ensayo del declarante

Al respecto, es propio afirmar que esta fase es el primer contacto que se tiene con la persona que va a declarar, la cual nos va a permitir conocer lo que él sabe y de esta manera orientar la investigación y la estrategia a utilizar en el desarrollo de las preguntas que llevarán a cierta convicción en el juez.

Al inicio de la entrevista se plantea la expectativa del relato, hay que decirle al declarante por qué es importante que narre la historia antes de que el abogado empiece a formular preguntas. El objetivo del relato es llegar a comprender de qué modo él percibe la situación, llegar a comprender sus preocupaciones y deseos. Las preguntas a menudo desplazan el tema de las inquietudes del cliente a las del abogado, incluso los juicios favorables ("creo que usted hizo lo que le correspondía"). La escucha activa es un recurso que nos impide apresurarnos y contener el desarrollo del pensamiento del testigo. Es un acto afín a los gruñidos, a los silencios y a los comentarios que no implican juicio ni orientación.

La escucha activa establece rápidamente el contacto; La escucha activa también alienta al testigo a alcanzar el nivel de los sentimientos. Es importante no perder de vista que lo fundamental es conseguir que el declarante diga la verdad y todos los hechos incómodos del caso. Sin ellos no se puede

juicio o la negociación, en su caso.

Por regla general, la persona que va a declarar espera asesoría del abogado, y este siente que el testigo espera algo profundo, son raras las ocasiones en que el abogado conoce la ley en la medida necesaria para aconsejar satisfactoriamente durante la primera entrevista, por ello es de tener presente que el buen asesoramiento o la buena preparación del testigo, proviene de la reflexión.

Para que el testigo sea amplio en su declaración, al momento de la entrevista se debe generar un clima de confianza, la cual se puede realizar reduciendo temores del testigo, aclararle, explicarle lo que como abogado se propone hacer y en qué consiste el inicio y término del proceso, que si lo que declara debe ser la verdad; por lo tanto, no hay nada que temer, de esta manera obtendrá la mayor información que requiere para obtener la verdad de la investigación y tener la posibilidad de recabar otros medios de pruebas por medio del relato y la escucha activa.

El relato o narración del testigo al igual que la escucha activa le permite al abogado tener más información del hecho que se investiga y de cuanto el testigo sabe acerca del mismo; de esta manera podrá visualizar la estrategia a utilizar en el desarrollo del juicio, así como valorar el alcance probatorio que tiene el testimonio y la credibilidad del declarante.

Hay que observar que este último deber llevar un orden lógico de la entrevista, tomando en cuenta lugar, tiempo y hora en que sucedieron los hechos, lo cual es fundamental para detectar si está diciendo la verdad y si él en realidad escuchó o presenció lo ocurrido; después de haber obtenido información a través del relato o narración del declarante, el abogado puede preguntar al

testigo, lo cual debe ser general sin excederse a realizar varias preguntas, luego limitarse a escuchar, ya que hay que evitar contaminar la declaración del declarante.

No hay que olvidar que, aunque la entrevista tenga un marcado carácter informal, se debe preparar. Inmediatamente después que se termina la entrevista, se sugiere que se hagan dos cosas: "La primera: escribir lo que se discutió en preguntas. Segundo, repasar la entrevista misma".

Entre los efectos que se han podido comprobar en la aplicación de las técnicas de preparación de testigos y peritos se puede mencionar que se ha obtenido:

Un buen relato; - Un orden en la declaración; - Seguridad del declarante; - Credibilidad del testimonio; - Credibilidad del testigo.

3.10.2 Acreditación del testigo

Admitida la prueba testimonial, a efecto de ser producida en los estrados, el tercero que depondrá deberá rendir juramento de decir verdad, salvo que sea la parte o la contraria, quienes no están obligados a hacerlo. Luego la parte que lo presenta iniciará interrogándolo sobre su identidad y, además, para efectos de credibilidad, sobre su posible interés o no en la causa y su eventual parentesco con alguna de las partes. La idea es que haya constancia previa sobre su identificación y, además, sobre su imparcialidad en la causa, sin perjuicio que ulteriormente, por algún motivo, la contraparte pretenda hacer valer lo contrario.

3.10.3 Interrogatorio directo (ambas diligencias anteriores son realizadas por la parte proponente)

El interrogatorio se lleva a cabo a través de la formulación de preguntas que pueden ser bien sobre hechos personales o no del declarante. El interrogatorio es un medio de prueba por el cual una parte solicita, normalmente a la contraria, que declare respecto de hechos que le sean personales, perjudiciales y relevantes para el proceso.

Algunas definiciones de ello son: “consiste en el primer interrogatorio que se realiza al testigo, por la misma parte que lo presenta, con la implementación de preguntas que sustentan la veracidad de sus alegatos”. “aquel que efectúa la parte que presenta el declarante con el propósito de establecer o aportar prueba sobre alguna de sus alegaciones¹²⁵”, regulado en el artículo 366 C.P.C.M.

Admitido como medio de prueba útil y pertinente el interrogatorio de la parte, le serán a esta formuladas las preguntas oralmente, con la debida claridad y precisión. Tales interrogantes deberán hacerse en sentido afirmativo y evitar, a toda costa, contener valoraciones personales o calificaciones especiales que orienten o reorienten las posibles respuestas.

Las preguntas a su vez deberán ser claras y precisas, pertinentes y útiles, de modo tal que no conduzcan a error. Lo mismo aplica para las respuestas, las cuales deberán ser afirmativas o negativas, claras y pertinentes al objeto de litigio. La parte interrogada tiene derecho en todo momento a solicitar que se le clarifique alguna pregunta al solo efecto de contestarla debidamente.

¹²⁵Julio Enrique Fontanet Maldonado, *Principios y técnicas de la práctica forense*, (El Salvador: UCA Editores, 2003), 21

El interrogatorio se comienza por la parte que ha propuesto esa prueba. Las respuestas habrán de hacerse directamente por la parte, a presencia del juez o tribunal competente, de viva voz, sin valerse de borradores ni de notas, aunque pueda consultar apuntes o documentos si la naturaleza de la pregunta lo exigiera y lo autoriza el juez. Las respuestas de la parte habrán de ser afirmativas o negativas, pero el declarante podrá agregar las explicaciones que estime oportunas.

Al final del interrogatorio, la propia parte declarante podrá aclarar cualquier extremo y su abogado podrá formularle las preguntas que resulten pertinentes. Para obtener aclaraciones el juez podrá asimismo formular preguntas al declarante.

Una vez que el interrogatorio cumple con esta estructura básica, debe ser dirigido hacia tres puntos precisos. Primeramente: Establecer todos los elementos o tópicos probatorios que sustentarán los argumentos del caso, por ello, resulta de gran importancia reconocer que el testigo es una fuente de la cual se debe extraer información para que en la medida de lo posible se logre cubrir la mayor cantidad de elementos a nuestro favor, para que al Juzgador considere la teoría del caso propuesta como la mejor fundada en hechos y la más apegada a los elementos de derecho alegados.

Segundo: El interrogatorio debe ser creíble: recordando uno de los fundamentos primarios de la sana crítica: las reglas de la lógica, y la experiencia, en tanto si el interrogatorio realizado rechaza o se separa de esa lógica, el Juez puede llegar a interpretar en una forma negativa la línea de hechos que se propone, o incluso puede motivar causa sobre falsedad. En lo relativo a la posibilidad de la práctica del examen re-directo el legislador lo previó en el desarrollo final del artículo 367 C.P.C.M.

3.10.4 Contrainterrogatorio: basado únicamente en las respuestas del interrogatorio directo.

Bajo el mismo esquema probatorio de interrogatorios, el declarante será juramentado e identificado y luego interrogado por la parte que lo propuso. La contra parte tendrá derecho, luego, a contrainterrogarlo sobre la base y objeto de lo que ha versado a su vez el interrogatorio.

El contrainterrogatorio puede ser descrito como el ataque frontal de que busca contravenir las preposiciones vertidas por la parte que propone al testigo, el Art. 367 C.P.C.M., determina al contrainterrogatorio como una posibilidad a la que puede optar la contraparte ante un examen directo.

En la práctica es común considerar el contra examen como todo un reto; uno de los tópicos que favorecen a la determinación de un contra interrogatorio, así como su forma efectiva de ejecución es el tener claro la teoría del caso de la parte que dirigirá este.

En la mayoría de ocasiones las partes ofertan declaración previas de sus testigos, que contienen las directrices del interrogatorio directo a realizar por la parte ofertante, de igual manera el abogado puede estudiar el contenido de documentos que posean en su tenor líneas posibles a plantear en un examen directo, en tanto, se puede intuir o conocer el contenido de dicho interrogatorio antes de su realización y tener preparada una estrategia de defensa ante tales argumentos, de allí que, el contrainterrogatorio debe de basarse única y exclusivamente sobre los elementos vertidos en el interrogatorio directo, aun cuando existe la posibilidad de que los nuevos datos introducidos puedan resultar en contra de los intereses del contra interrogador. En aras de

garantizar un contrainterrogatorio adecuado se recomienda fijar la atención en los siguientes elementos:

1) El control: Se debe mantener claro el control sobre el testigo ya que en esta oportunidad quien posee el rol protagónico es el abogado, no puede permitir que el declarante le genere argumentos de los puntos que él ha logrado debilitar.

2) Brevedad y organización: cada pregunta debe de contener solo un hecho a la vez, y dejar claro los límites en los cuales determinará sus ataques.

3) Ritmo y velocidad: en esta oportunidad entre menor tiempo de reacción posea el testigo mejor puede ser el resultado a obtener.

4) No hacer preguntas de las cuales no se sabe la respuesta: ya que se corre el riesgo de que lo que pueda surgir vaya en contra de sus intereses.

5) No continuar el interrogatorio directo: el contra examen debe de limitarse a ideas ya vertidas sin recrearle al Juzgador los datos ya introducidos.

6) Realizar el contrainterrogatorio solo si causa agravio a mis pretensiones.

7) Utilizar primordialmente preguntas cerradas o sugestivas. Con el propósito de cercar el terreno de ataque, el cerrar las líneas de su contrainterrogatorio con los argumentos propios del testigo para preparar un ataque que no esperaba es una estrategia muy aceptada para este tipo de examen.

8) Identificar contradicciones: debido a la posibilidad de cotejar documentos con los argumentos que está vertiendo el testigo, es viable resaltar, por medio

del examen directo, contradicción alguna.

9) Saber cuándo terminar el contra interrogatorio. Si ha logrado su objetivo de controvertir y dañar el testigo no intentar el “remate” pues resulta innecesario y puede que surja un dato que resulte contradictorio a las pretensiones de quien lo realiza.

Se exige para este medio de prueba también que las preguntas sean claras y precisas, pertinentes y útiles, de modo tal que no conduzcan error. Lo mismo aplica para las respuestas que deberán ser claras y pertinentes al objeto del litigio.

La parte contra interrogada tiene derecho, en todo momento, a solicitar que se le clarifique alguna pregunta al solo efecto de contestarla debidamente.

Este contrainterrogatorio se puede desarrollar utilizándose documentos, actas de declaraciones anteriores de testigo o deposiciones que hubiera rendido y que versen sobre los mismos hechos, a fin de demostrar o superar contradicciones, o para solicitar aclaraciones pertinentes.

3.10.5 Interrogatorio re directo y re-contrainterrogatorio

El interrogatorio re-directo, está limitado a las áreas cubiertas con el contra interrogatorio, tiene por finalidad aclarar las dudas que hubieran surgido en el contrainterrogatorio y rehabilitar al testigo impugnado, o sea devolverle credibilidad sobre el contenido de su testimonio, éste se lleva a cabo bajo las mismas reglas y pautas del interrogatorio directo.

3.10.6 Desacreditación de Testigo

Aunado con lo supra expuesto sobre el conainterrogatorio, es de suma importancia conocer el objetivo esencial de todo conainterrogatorio, el cual se basa en la desacreditación del testigo; ya que, a través de este, lo que pretende el contra interrogador es atacar la credibilidad y fiabilidad del testigo, para destruir su dicho y sembrar en la psiquis del juzgador la convicción de que dicho testimonio es falso.

Existen dos métodos de impugnación de la credibilidad del testigo, y ellos son: El interés y la conducta previa del testigo.

En cuanto al interés se desglosa:

- 1) Económico,
- 2) Parentesco,
- 3) Amistad,
- 4) Vecindad,
- 5) Rencillas Personales,
- 6) Dependencia Laboral y Económica,
- 7) Efectos de juicio sobre el interés del testigo.

Ahora bien, la conducta previa es aquella que el testigo ha demostrado con anterioridad a la declaración, esta debe de ser concreta y específica, y se dividen en dos tipos, el haber faltado a la verdad o haber desarrollado conductas que llevan a pensar que su testimonio es de dudosa credibilidad, como haber sido condenado por falso testimonio o por estafa¹²⁶.

¹²⁶ Oscar Fernández León, *La desacreditación del testigo durante el interrogatorio*, (España, Legal Today, 2017), www.Legaltoday.com/blogs/gestión-del-despacho/blog-manual-interno-

3.11 Formas de realizar el interrogatorio:

El Código Procesal Civil y Mercantil, en su artículo 403, delimita la producción de la prueba para que, salvo excepciones que prevé, se lleve a cabo dentro de la Audiencia Probatoria, en la Sede Judicial.

3.11.1. En Sede Judicial.

En el Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño, la producción de la prueba se lleva a cabo dentro de la sede judicial de la circunscripción a la que pertenece el Juzgado en donde se lleva a cabo el proceso, es decir, el interrogatorio se realiza dentro de esta sede, según se encuentra plasmado en el artículo 403 C.P.C.M., con la variación de las excepciones que el código prevé.

Cuando la diligencia probatoria deba de realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, el Juez podrá comisionar procesalmente a otro, debiendo el juez delegado realizar la producción de ésta¹²⁷.

3.11.2. Fuera de Sede Judicial.

Al apoyarse en el Derecho Comparado, se denota que en otros países si se suscita la producción de prueba fuera de la sede judicial, fuera de su circunscripción y también fuera del territorio del país donde se lleva a cabo el proceso. Uno de estos grandes ejemplos es la Unión Europea, ya que ésta adoptó el Reglamento (CE) N° 1206/2001, relativo a la cooperación entre

de-gestion/la-desacreditación-del-testigo-durante-el-interrogatorio, el día doce de noviembre de 2017.

¹²⁷ Código Procesal Civil y Mercantil, Art. 10.

Órganos Jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de prueba en materia Civil y Mercantil.

Este Reglamento es aplicable a toda la Unión Europea, con excepción de Dinamarca, desde el 1 de enero de 2004, el cual vino a sustituir al Convenio de la Haya de 1970, entre los países miembros.

Es así como éste ha facilitado la obtención de pruebas, ya que contempla la posibilidad de que el Órgano Jurisdiccional de un Estado miembro obtenga las pruebas directamente en otro Estado miembro a través de la comisión procesal.

Las únicas condiciones para la aplicación del reglamento son: 1) llenar la solicitud para la realización de las diligencias de obtención de pruebas, 2) que sean pruebas destinadas a utilizarse en una causa iniciada o que se prevea incoar, 3) que sea en materia Civil o Mercantil, y 4) que se realice por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro.¹²⁸

Este Reglamento promueve el uso de la Tecnología de Comunicaciones para la realización de las diligencias de obtención de pruebas; en el caso del interrogatorio, lo llevan a cabo por medio de la Videoconferencia o teleconferencia en temas transfronterizos, ya que esta es la vía más eficaz de obtener pruebas directamente, de otro modo, el testigo se vería obligado a viajar al órgano judicial requirente, y claramente esto alargaría y encarecería el procedimiento.

¹²⁸ Unión Europea, Comisión Europea “*Guía Práctica para la Aplicación del Reglamento Relativo a las Diligencias de Obtención de Pruebas*”, (España, 2015) http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/guide_taking_evidence_es.pdf; el día dieciséis de noviembre de 2017.

Es por ello por lo que la implementación de esta metodología les ha resuelto los problemas económicos y de eficacia en dichos países miembros.¹²⁹

¹²⁹ Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, “Uso de la Videoconferencia” (España: 2014) :http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/guide_videoconferencing_Es.pdf

CAPITULO IV. EL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA COMO INSTRUMENTO PARA LA RECEPCIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL, DECLARACIÓN DE PARTE Y PARTE CONTRARIA

En el presente capítulo se establece el planteamiento del uso de las tecnologías de la información y comunicación, especialmente de la videoconferencia como instrumento para receptor medios probatorios como la declaración de parte, parte contraria y testimonial, su relación con los principios procesales, así como el impacto de esta dentro de los procesos civiles y mercantiles salvadoreños.

4.1. Derechos principios y garantías procesales

El Art. 2 de la Cn., establece: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de estos (...)”.

El derecho a la seguridad, plasmado por el constituyente, en la disposición normativa antes citada, para el caso que nos ocupa, debe verse desde una óptica jurídica, tal y como lo establece el Tribunal Constitucional en su sentencia de 9-II-99, Amp. 19-98), que define a la seguridad jurídica como“ (...) la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos (...)”, la cual tiene su máxima expresión a través del principio de legalidad¹³⁰, ya que al hablar de los procesos judiciales y en el tema de aportación de prueba propiamente, podemos decir, que se genera una limitación a la

¹³⁰ Regulado en el art. 15 de la Constitución, que reza: “nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterior al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente se hayan establecido por la ley”.

actuación de los individuos dentro del poder público; - en el caso de los juzgadores, a que el individuo que se encuentre en un hecho sometido a conocimiento jurisdiccional, posea “ (...) la certeza de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente (...)”¹³¹ en la ley¹³²; y en el caso de los litigantes, a “realizar sus planteamientos conforme a derecho con la facultad de poder controlar por medio de los recursos que los juzgadores respeten esos preceptos constitucionales al momento de ofrecerse y producirse una prueba y esta resulta ilícita o nula por haberse violentado derechos, garantías y principios constitucionales (...)”¹³³; derecho, el cual se encuentra íntimamente vinculado con el derecho de Audiencia¹³⁴ contemplado en el Art. 11 de la Constitución, el cual establece que: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes (...)”, en el cual se velara por el cumplimiento de principios, derechos y garantías no solo constitucionales, sino también

¹³¹ Sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Amparo de Referencia: 62-1997*, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1997).

¹³² Dicha limitación se ve reflejada en el artículo 86 parte final, en relación con el artículo 172 inciso 3ro de la Constitución.

¹³³ Saúl Ernesto Morales, *El ofrecimiento y valoración de la prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño*, (San Salvador, El Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia UTE, 2016), 35-36.

¹³⁴ La Sala de lo Constitucional de la corte suprema de justicia, respecto del derecho de Audiencia, en su sentencia de 13-X-98, Amp. 150-97, considerando II 1, ha establecido que: “El artículo 11 de la Constitución señala en esencia que la privación de derechos – para ser válida jurídicamente- necesariamente debe ser precedida de proceso seguido “conforme a la ley”. Tal referencia a la ley no supone que cualquier infracción procesal o procedimental implique por si una violación constitucional, pero si exige que se respete el contenido del derecho de audiencia. Aspectos generales de ese derecho, de modo genérico y sin carácter taxativo son: (a) que a la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso, el cual no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones constitucionales respectivas; (b) que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas, que en el caso administrativo supone la tramitación ante autoridad competente; (c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y (d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado”.

procedimentales, con el fin de generar igualdad de oportunidades a las partes, en cuanto a la defensa de sus pretensiones.

Los hechos en que se fundamenten las pretensiones de las partes dentro del proceso solo podrán ser introducidos al debate por quien las alegue, recayendo de esta forma la actividad probatoria exclusivamente sobre los hechos afirmados y controvertidos por los mismos, o por terceros, ya que cada parte tiene un interés personal en probar sus pretensiones para así orientar al juez, y lograr el convencimiento que se desea.

No obstante, es necesario expresar que, no se cuenta con disposición normativa constitucional expresa alguna, que regule sobre la prueba, o el derecho de toda persona al debido proceso, sin embargo, dicho cuerpo normativo, deja entre ver, de manera implícita en la disposición constitucional antes citada, regulación al respecto.

En este sentido, el derecho de probar, contemplado en el Art. 312 CPCM, “constituye un derecho fundamental que se deriva del derecho de defensa, el cual implica el reconocimiento de la libertad probatoria en igualdad de condiciones”¹³⁵, en el sentido que tienen derecho a probar, en esos “1) las afirmaciones que hubieren dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamentos de la pretensión o de la oposición de esta; 2) a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y 3) a utilizar los medios que este código prevé, así como aquellos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados”¹³⁶.

¹³⁵ Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, *Amparo Referencia: 167-97*, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1998).

¹³⁶ Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 312.

“La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de amparo 150-97 define el derecho de defensa como dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso la existencia de este y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa constituye circunstancias ineludibles en el goce irrestricto del derecho de audiencia”¹³⁷

“La vigilancia de este asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentativamente su respectiva pretensión y resistencia y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular.”¹³⁸

“El planteamiento anterior, permite argumentar que el derecho de defensa se proyecta en el proceso, como la condición que fundamenta el tema objeto del litigio, y el tema a decidir, es decir, se constituye en el núcleo del proceso, el cual, se orienta a conceder a las partes procesales una protección efectiva a sus derechos y categorías jurídicas protegidas, que sean alteradas, dicha protección se materializa a través de los medios de prueba, condensándose así el derecho de defensa por el de Libertad Probatoria en igualdad de condiciones.”¹³⁹

De lo anterior se deduce, que cuando se reconoce el derecho a la Libertad Probatoria, se les garantiza el derecho a las partes, por lo que este derecho,

¹³⁷ Gil Osmar Pineda Sánchez, y Otros, citan a la Sala de lo Constitucional, sentencia de amparo, referencia 150-97 del trece/ diez/ noventa y ocho, “*Eficacia de las grabaciones en el Código Procesal Civil y Mercantil*” (Tesis de grado para la obtención del grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Ciudad Universitaria, San Salvador 2015). 60

¹³⁸ Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, Amparo Referencia: 134/98, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1998). 60.

¹³⁹ Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, Amparo Referencia: 1607-1998, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1998). 61

se vuelve fundamental, ajustándose a la pertinencia, idoneidad e ilicitud de los medios probatorios en el proceso.

El concepto de derecho a la Libertad Probatoria hace alusión a que “los medios de prueba pertinentes sean admitidos y las pruebas sean practicadas por el juez o tribunal sin desconocer u obstaculizar el derecho, incluso prefiriendo el exceso en la admisión que la restricción en caso de duda”¹⁴⁰.

Es por ello, que desde el marco jurídico constitucional establecido en el Art. 11 de la Cn, se observan una serie de derechos, principios y garantías como el derecho de audiencia, defensa, tutela judicial, entre otros, que buscan garantizar a todas las personas un debido proceso, que son la base principal, en cómo se imparte justicia en la esfera civil y mercantil.

4.2. Concepto y origen de las tics y su implementación en el proceso jurisdiccional civil y mercantil salvadoreño.

Actualmente, se afirma que la sociedad no es un ente estático, por el contrario, es una unidad cambiante, que se encuentra en constante desarrollo, la cual, a raíz de esa dinámica, han surgido diversas innovaciones que han traído aparejada la creación e implementación de nuevas tecnologías que se han desarrollado el área de la comunicación e información (TIC).

Las cuales pueden definirse como “un conjunto de innovaciones tecnológicas, así como las herramientas que permiten una redefinición radical del funcionamiento de la sociedad.”¹⁴¹.

¹⁴⁰Fernando Escribano Mora, “*La Prueba en el proceso civil*”, (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2001), 167

¹⁴¹José Huidobro, “*Tecnologías de información y comunicación*”, (El Salvador 2015) <http://www.monografias.com/trabajos37/tecnologias-comunicacion/tecnologias>

Es por ello, que pueden ser definidas como: “el conjunto de tecnologías desarrolladas que permiten el acceso, producción, tratamiento y comunicación de la información entre las personas, ya que sirven para designar lo relativo a la informática conectada a internet y especialmente al aspecto social de estos”¹⁴²

Las cuales, se originaron el Siglo XX, como producto de una larga evolución de las telecomunicaciones, con la creación del telégrafo en 1833 y el consecuente despliegue de redes telegráficas en el mundo, luego con la invención del teléfono, la televisión (1926), los ordenadores de computadoras (1942) y el internet (1962)., como producto de una larga evolución de las telecomunicaciones, es por ello, que ante los avances que la humanidad pone a disposición de sí misma, se considera necesario y pertinente, que en la medida en que la sociedad evolucione, así se actualicen los ordenamientos jurídicos a efecto de interpretar las normas jurídicas en atención al contexto impetrante que se encuentre al momento de su aplicación, a efecto de que genere consecuencias que sean factibles y aplicables a la realidad social del momento, para justificar la existencia de estas.

Y es que, si se parte de la noción de que toda norma implica una regulación de conductas, a efecto de promover y garantizar normas de carácter moral con cierto nivel de valoración, elevadas por la sociedad, como convencional social o regla de conducta a seguir dentro de la misma con el fin de promover y generar el bien común de los miembros que la constituyen, el ordenamiento

comunicacion.shtml: El autor manifiesta que, para todo tipo de aplicaciones educativas, las TIC son medios y no fines. Es decir, son herramientas y materiales de construcción que facilitan el aprendizaje, el desarrollo de habilidades y distintas formas de aprender, estilos y ritmos de los aprendices.

¹⁴² Jazmín Amanda Alvarado Zepeda, y José Darío Rojas García, “*Las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), y su eficacia dentro de los medios de prueba en el proceso penal salvadoreño*” (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2014), 13-14.

jurídico debe de actualizarse, a fin de que dichas normas sean acatadas o aplicadas de una forma eficaz.

Convirtiéndose de esta manera las TIC en un conjunto de herramientas indispensables para casi cualquier actividad, ya que en muchos de los casos, sólo se requiere del cierto acercamiento, como por ejemplo en el uso de mensajes electrónicos, creando así no solo una eficiente comunicación a nivel mundial sino también un medio de comunicación inmediato entre las personas, no solo por ser de bajo costo que logra acortar distancias y traspasar barreras de tiempo, sino porque permite a las personas el acceso a información, datos y conocimiento en general, sin ningún tipo de limitación de tipo temporal o espacial.

Ahora bien, al hacer referencia a los procesos judiciales, se puede decir que los mismos se justifican en la medida que sirvan de medios para sustituir la justicia "de propia mano" con resguardo de los derechos y garantías fundamentales en tanto que áreas de libertad que deben ser respetadas por terceros y por el Estado y, al mismo tiempo, optimizadas por éste.

Actualmente, el órgano jurisdiccional, ha implementado avances tecnológicos en los procesos jurisdiccionales, con la implementación de las TIC, un ejemplo de ello se encuentra plasmado en el Decreto Legislativo Número 146, el cual fue aprobado el día quince de octubre del año dos mil quince y entro en vigor el siete de noviembre del mismo año, en donde se reforma el Art. 138 CPP, el cual textualmente reza: ¹⁴³

“Lugar de la Audiencia y Formas de Realización”

¹⁴³ Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, (El Salvador: Casa Presidencial, Decreto N° 146, 2015).

El Juez o Tribunal podrá constituirse en cualquier lugar del Territorio Nacional. Cuando se trate de un hecho que ha tenido repercusión local y el juez o tribunal lo estime prudente, se procurara realizar la audiencia en el municipio donde el delito se ha cometido siempre que con ello no se dificulte el ejercicio del derecho de defensa, se ponga en riesgo la seguridad de los intervinientes o se pueda producir una alteración significativa de la tranquilidad pública.

Cuando la persona privada de libertad sea procesada por los delitos contemplados en la ley especial contra actos de terrorismo, agrupaciones ilícitas y aquellos ejecutados bajo la modalidad de crimen organizado y de realización compleja, el juez o tribunal competente, celebrara la audiencia virtual, salvo que el Juzgador considere pertinente, la realización de la audiencia en el Centro Penitenciario.

También se realizará audiencia virtual, por cualquier otro tipo de delito, que ha petición de parte o a consideración del Juez o Tribunal, y por la gravedad de este u otras circunstancias objetivas, se tengan indicios que existe peligro de fuga o impedimento para el traslado de la persona privada de libertad.

En los casos en los que el privado de libertad se encuentre sujeto a régimen de internamiento especial, de conformidad a la Ley Penitenciaria, deberá realizarse audiencia virtual.

Para la realización de este tipo de audiencias, podrá utilizarse videoconferencia u otro sistema que permita la comunicación multidireccional y simultánea, de la imagen y sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre dos o más personas, o grupo de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa.

El director del Centro Penitenciario, o del lugar donde el imputado se encuentra detenido, deberá colaborar con el secretario judicial, en lo que respecta a la acreditación de la identidad del imputado, y en lo necesario para la adecuada realización de la audiencia.”

Tras la lectura de los considerandos de dicho Decreto Legislativo, se puede aducir, que los motivos que llevaron a la reforma de Art. 138 CPP, estaban basados en: 1) Los indicios de existencia de peligro de fuga por el privado de libertad, 2) El impedimento para el traslado del reo, en los casos en que se encuentre bajo el régimen internamiento especial. Asimismo, a criterios del Juez para las personas privadas de libertad que se encontrara siendo procesada por los delitos contemplados en la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, Agrupaciones Ilícitas y aquellos ejecutados bajo la modalidad de crimen organizado.

De igual forma, se denota que uno de los principales objetivos de dicha reforma, era habilitar al Juzgador, para que este se constituyera en los penales a realizar la Audiencia de Vista Publica, y en caso de que estas no se pudieran llevar a cabo por motivos extraordinarios, la misma no se viera frustrada, ya que se autorizó para la implementación de la audiencia virtual, por medio de videoconferencia que permita la comunicación multidireccional simultánea de imagen y sonido, así como la interacción entre una o más personas asegurando la interacción entre las partes y el derecho de defensa.

Por su parte, en el código Procesal Civil y Mercantil, actualmente, no existe disposición alguna, que contemple la realización de audiencias virtuales, a través de videoconferencia, tal y como se expresa en el Código Procesal Penal.

Es por ello que, para su implementación en el Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño, se tomará en cuenta el Principio de Inmediación, regulado en el artículo 10 del Código Procesal Civil y Mercantil, que a su vez dispone que el Juzgador es quien debe de presidir personalmente la celebración de la audiencia y la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, con la brecha otorgada por el legislador cuando plasma lo siguiente, “excepto cuando la diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el juez delegado presidir la práctica de la misma”.

En lo supra expuesto es dónde podemos encontrar la idónea justificación para implementar los avances tecnológicos como verdaderas herramientas, y así incorporar la videoconferencia como un medio de producción de prueba necesario dentro del Proceso Civil y Mercantil cuando el declarante se encuentre en el extranjero.

4.3. La videoconferencia

Al respecto es menester expresar que la videoconferencia es la “comunicación a distancia entre dos o más personas, que pueden verse y oírse a través de una red”¹⁴⁴.

Con esta herramienta, se puede proporcionar celeridad al proceso, facilitar la realización de los actos procesales y salvaguardar los derechos de la persona, aunque esta no se encuentre en territorio nacional, la videoconferencia surge

¹⁴⁴Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, 23ª Ed. (España: avance En línea) <http://lema.rae.es/drae/>.

como un método para establecer la comunicación entre los sujetos procesales, partes o no, y el tribunal.

Y es que, el uso de la videoconferencia en los procesos judiciales permitirá volver a estos más eficientes, potenciando tras su implementación, principios como el de intermediación judicial, oralidad y economía procesal, ya que permitirá un ahorro de trabajo, tiempo y dinero dado que evitaría desplazamientos costosos, eventuales suspensiones o interrupciones de juicios, vistas o comparecencias, promoviéndose de esta manera la telepresencia judicial.

Es necesario reconocer, que, para la implementación de la videoconferencia como mecanismo para la captación del medio probatorio, es necesario, tomar en consideración el principio extraterritorialidad de la ley.

Se debe considerar que el Estado, es el reflejo de la forma en cómo se organiza una sociedad en un tiempo y espacio determinado, para poder funcionar mejor, para la consecución de la Justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Tal y como se establece en el Art. 1.1 de la Cn.

“En principio las leyes son formuladas para tener vigencia dentro del territorio sometido al Estado de su creación, no menos cierto resulta que todo Estado tiene normas que pretenden aplicación extraterritorial activa o pasiva, es decir, leyes que pretenden regir situaciones acaecidas en el extranjero fuera del territorio y leyes que permiten la aplicación de leyes extranjeras a situaciones ocurridas en el propio territorio”¹⁴⁵

¹⁴⁵ Ana María Díaz Nuila de Miro, “*Escuelas Modernas del Derecho Internacional Privado*” (Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad José Matías Delgado, San Salvador, El Salvador, marzo de 1992), 10.

Debido a lo anterior, podemos aducir que cada Estado posee Soberanía¹⁴⁶, que es ejercida dentro del territorio Nacional, por regla general y excepcionalmente en aquellos casos en los que se poseen consulados en diversos países que forman parte del territorio salvadoreño, sin afectar su soberanía, ya que los Estados pueden permitir la aplicación extraterritorial de la norma jurídica extranjera.

Dentro del ordenamiento jurídico, uno de los fines de la organización del Estado Salvadoreño, es la consecución de la seguridad jurídica, la cual no, es más, que la que toda persona que se sujete a un proceso, tenga la certeza, “de la existencia de un órgano judicial preestablecido en forma permanente por la ley (...) creado por la ley conforme a la competencia que para ello la Constitución designe”¹⁴⁷, frente a un Juez independiente e imparcial pero sometido al cuerpo normativo constitucional y demás ordenamiento jurídico, cuyo proceso será realizado conforme a las leyes previamente promulgadas y ante un Juez que tenga competencia para ello (Juez Natural)¹⁴⁸, debiendo este último ser entendido como aquel “predeterminado por la ley, cuya jurisdicción y competencia están contenidas en la legislación orgánica y procesal”¹⁴⁹

¹⁴⁶ Se entiende por soberanía según la Real Academia Española, en su Diccionario del Español Jurídico, desde un aspecto Constitucional, como el poder supremo e ilimitado tradicionalmente atribuido a la nación, para establecer su constitución y adoptar las decisiones políticas fundamentales tanto en el ámbito interno como en el plano internacional. También puede ser entendida como aquel principio político conforme al cual, la autoridad en la que reside el poder político, no son los sujetos que componen la colectividad aisladamente considerados, sino la nación en su conjunto.

¹⁴⁷ Sala de lo Contencioso administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso Referencia*: 186-2013, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

¹⁴⁸ El principio de Juez Natural tiene en la Constitución rango de derecho fundamental y en efecto lo que se deriva del precepto constitucional es que el Juez Natural es una garantía más de la jurisdicción y de los órganos que la integran, tendiente a asegurar la independencia e imparcialidad de estos últimos. El Juez Natural desde la Constitución está previsto en dos dimensiones, una positiva y la otra negativa; la primera consagra el derecho que todos tienen al Juez ordinario predeterminado en la ley, y la segunda consiste en la prohibición de los tribunales de excepción.

¹⁴⁹ Vicente Gimeno Sendra, et al, “*Derecho Procesal Penal. El Proceso Penal*”, tomo II, 3ª Ed., (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 1989), 48.

Al tratar de implementar a la videoconferencia como un instrumento por medio del cual se puede receptar el testimonio o la declaración de partes, según sea el caso, en el Código Procesal Civil y Mercantil, es necesario previamente, traer a colación el Art. 10 CPCM, el cual regula el “Juez es quien debe presidir personalmente la celebración de la audiencia y la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, con la brecha otorgada por el legislador cuando plasma lo siguiente: “excepto cuando la diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el Juez, podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el juez delegado presidir la práctica de la misma.

De la lectura del Art. 10 CPCM, pueden evidenciarse dos momentos esenciales:

- 1) Cuando la producción de la prueba o la práctica de los medios probatorios es realizada dentro de la circunscripción territorial de la sede judicial.
- 2) Cuando la prueba o diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción de esa sede judicial, en cuyo caso el juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo en consecuencia el juez delegado presidir su práctica.

Y es que, el principio de inmediación supone que sólo se debe sentenciar con fundamento en los hechos y pruebas percibidos por el propio juzgador.¹⁵⁰

¹⁵⁰ La inmediación se puede definir como la íntima relación personal entre el juzgador y las partes y con los elementos probatorios a fin de que dicho juzgador pueda conocer directamente el material del proceso desde su iniciación hasta la terminación del mismo, pues vela por la eficacia de la prueba para el cumplimiento de sus formalidades.

En el caso de la prueba testimonial o declaración de parte, así como parte contraria, el principio de inmediación se ve reflejado “en la relación que existe entre el juez y la persona cuya declaración debe valorar”¹⁵¹.

“En este sentido, el principio de inmediación se hace presente cuando el juez debe conocer, en persona, lo que dice quien esté declarando, bien sea testigo, experto o las partes, así como también lo que ellos manifiesten mediante sus gestos, su mirada y, en general, por medio de su actitud, aspectos que no pueden ser observados de las actas”¹⁵².

Se debe tener en cuenta que, el principio de inmediación regulado en el art. 10 del CPCM, es el cual permite una íntima vinculación personal entre el juzgador y las partes, y este con los elementos probatorios, a fin de que el mencionado juzgador pueda conocer directamente sobre todo el proceso desde su inicio hasta su finalización; asimismo, el principio de la dirección del juez (art.14) debe valorarse en conjunto con el principio supra expuesto, por estar íntimamente vinculado el uno con el otro por ser el juzgador el director del debate probatorio y tener facultades para intervenir en su práctica, velar por que se cumpla la finalidad de ésta y todas sus formalidades, salvaguardando los derechos de las partes, de lealtad e igualdad en el debate, así como de contradicción.

Es así como, los dos principios permiten al juez una mejor apreciación de la prueba y estar activo durante su ofrecimiento, proposición y también en su reproducción, para posteriormente valorarla en su conjunto conforme a la sana

¹⁵¹Mandrioli Crisanto. “*Diritto processuale civile*”, 16ª Ed., (España: Turín: G. Giappichelli, 2004), 476.

¹⁵²Gustavo Adolfo Amoni Riverón, “*El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal*”, (Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, 2012), 5.

crítica a excepción de la prueba documental que se valora según el valor tasado.

Al interpretar la aplicación del principio de la inmediación procesal atendiendo a los avances tecnológicos que se van produciendo, será posible la evacuación probatoria en garantía del referido principio, dado que esta tecnología constituye un medio para acercar en tiempo real a personas alejadas geográficamente y así permitir su interacción audiovisual, que es en definitiva lo que inspira al principio de inmediación, aunque aún no se contemple en el Código Procesal Civil y Mercantil la videoconferencia.

Para que exista inmediación durante el desarrollo de la videoconferencia como vehículo para captar un medio probatorio previamente establecido y regulado por la ley, es necesario que el juez y quien declara estén conectados a fin de que el administrador de justicia directamente, sin intermediarios, pueda formarse una decisión de la observación y escucha del propio declarante, de "primera mano" y no tergiversada por la representación que pudieran efectuar terceras personas o cosas.

Es importante que el Juzgador tenga en cuenta diferentes aspectos, como lo son: - la observación del lenguaje no verbal de la parte que se encuentra declarando o testificando, para esto es importante el uso adecuado de la videoconferencia, lo cual implica que se disponga de alta calidad técnica en la conexión, para que la comunicación sea fluida, sin interrupciones extensas y reiteradas que impidan equiparar la presencia virtual a la real.

Además, es indispensable que los equipos que conforman los recursos audio y visuales permitan que el juez y los demás sujetos procesales se observen y escuchen con detalle al mismo momento en que se producen sus

manifestaciones, como si estuvieran uno frente al otro; pudiendo lograr esa conexión por medio de conexiones seguras y directas, que se obtienen al enlazar dos computadoras mediante las direcciones IP, descartando al efecto, usar conexiones de redes sociales existentes, ya que, por ser gratuitos no existe garantía de funcionalidad.

El segundo aspecto por valorar es la confidencialidad de la información que se pretende verter al proceso, sobre lo que se deberán adoptar medidas técnicas informáticas que dificulten, en la mayor medida posible, el acceso y la difusión no autorizados de la videoconferencia, mediante conexiones seguras.

Y el tercer aspecto, que es indispensable para lograr el uso de la videoconferencia y de las TIC en general en el ámbito jurisdiccional es la autenticación del emisor. La cual se comprueba por un funcionario en el lugar desde donde se produce la declaración, verificando mediante la observación del documento de identidad que la persona que declarara es la persona correcta, dejando estampada su firma y huellas digitales en el acta correspondiente.

Ahora bien, si se parte de la noción que la videoconferencia no se encuentra explícitamente regulada en el ordenamiento jurídico procesal civil y mercantil; que actualmente en el código procesal penal, se encuentra expresamente regulada, y que todos los jueces en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y las leyes, ya que en atención al principio de legalidad, nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por los tribunales que previamente haya establecido la ley, debemos realizar la interrogante:

¿Podría aplicarse la videoconferencia como vehículo de recepción de dicho medio probatorio, en atención al principio de legalidad?

La respuesta es no, ya que si se parte de la noción contemplada en el Art.172Inc. 3 de la Constitución de la Republica de El Salvador, que reza: “Los magistrados y jueces en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y leyes, por lo que en atención al principio de legalidad contemplado en el mismo cuerpo normativo, debería existir una disposición expresa que contemple la implementación de las TIC en el ordenamiento jurídico y en su caso regulación respecto al uso de la videoconferencia en la normativa procesal de esta materia, tal como lo requiere el legisferante en el Art. 3 inc. 1 del CPCM.

Y es que el Legislador en el Art. 19 CC, expresa: que cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien, se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Al tenor de la Legislación actual y bajo una interpretación literal, tal como lo establece el Art. 19 CC, no podría realizarse o, mejor dicho, no tendría legalidad la incorporación haciendo uso de la videoconferencia de los medios probatorios de la declaración de parte, prueba testimonial y pericial.

Ahora bien, el legisferante en el Art. 24 CC, establece: “En los casos en que no pudieran aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretaran los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y la equidad natural”, lo que significa que si no existe normativa a lo que se pueda aplicar los métodos

de interpretación se buscara una solución mediante la integración de la legislación.

Y tal y como lo contempla en Art. 19 CPCM: “En caso de vacío legal, se Debra acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que derivan de este código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del derecho y a falta de todo ello, a consideraciones del buen sentido y razón natural, atendidas a las circunstancias del caso”.

Al hacer un análisis extensivo analógico e integrativo de la norma, y el uso del buen sentido y la razón natural, se puede aducir que la implementación de la videoconferencia es válida, por existir en otro cuerpo normativo dentro el ordenamiento jurídico salvadoreño, como lo es en el proceso penal, y que si bien es cierto, las justificantes que permitieron la implementación de la videoconferencia en el proceso penal, no serán las mismas que lo justifiquen en el proceso civil y mercantil.

4.4. La producción de prueba por videoconferencia y su relación con el principio de inmediación en el proceso civil y mercantil salvadoreño.

En materia de prueba, la moderna ciencia pone a disposición del derecho, muchos métodos de comprobación y que han tenido acogida en la doctrina procesal, en la jurisprudencia extranjera y en algunos códigos de diferentes países¹⁵³.

¹⁵³René Ayala Carranza, “*La prueba científica en el Derecho Civil salvadoreño*”, (Tesis de Doctorado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, 1966), 16.

En este apartado, corresponde analizar los aspectos jurídicos sobre el uso de las nuevas tecnologías en la práctica procesal de la prueba con la intermediación judicial. En el ordenamiento procesal civil y mercantil se regula como ya se dijo infra, en el Art. 10 el principio de intermediación, el cual preceptúa que es deber del “Juez presidir personalmente tanto la celebración de la audiencia como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable; excepto cuando la diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el juez delegado presidir la práctica de la misma”.

Del artículo citado pueden evidenciarse dos momentos esenciales, el primero de ellos, cuando la producción de la prueba o la práctica de los medios probatorios es realizada dentro de la circunscripción territorial de la sede judicial; y el segundo momento, cuando la prueba o diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción de la sede judicial, en cuyo caso el juez podrá encomendarla mediante comisión procesal debiendo en consecuencia, el juez delegado presidir su práctica.

Estableciéndose como regla general que el Juez, es quien debe presidirla dentro de su circunscripción en la audiencia indistintamente que esta sea la probatoria, la audiencia única del abreviada o en cualquier audiencia de procesos especiales u otra semejante; y a manera de excepción que dicha producción puede realizarse fuera de la circunscripción territorial siempre que sea delegada y presidida por el Juez delegado de la circunscripción territorial

correspondiente, a través de la pertinente comisión procesal, como lo es el caso del reconocimiento judicial, lo cual puede deducirse del artículo 403¹⁵⁴ en relación al art. 419 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En esa misma línea de ideas se puede inducir que las actuaciones judiciales podrían realizarse mediante videoconferencia, u otro similar que permitiera la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen, el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, así como el principio de inmediación supra mencionado.

La videoconferencia, en su caso de ser aplicada, lograría la presencia judicial o tele presencia en las actuaciones judiciales realizadas durante las diligencias judiciales, lo cual, a su vez, permite lograr que el principio de inmediación sea la principal garantía de que el proceso está basado en la legalidad de que robustece el Código Procesal Civil y Mercantil, y que por eso que se induce que la videoconferencia tiende directamente al logro de un proceso civil eficiente, ágil e incluso de mayor calidad, ya que consigue economía procesal, telepresencia judicial, oralidad, concentración y unidad de los actos, y no impide la publicidad¹⁵⁵.

¹⁵⁴Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 403: *“Las pruebas se producirán en audiencia, salvo las excepciones que este código prevé, en cuyo caso se adoptarán las medidas necesarias para su adecuada documentación, a fin de asegurar los efectos oportunos. Y deberán practicarse concentradamente, salvo que sea imposible por la naturaleza del medio probatorio. Prueba separada de la audiencia probatoria”*. – Debiéndose señalar que para realizar la prueba fuera de la sede del tribunal, la ley señala que se deben adoptar las medidas necesarias para su adecuada documentación.

¹⁵⁵ Eloy Velasco Núñez, “La videoconferencia llega a los Juzgados”, *Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.2, (2002):1778-1780.

Por otra parte, respecto a la nulidad o validez de actuaciones como consecuencia de ausencia de grabación del juicio, o de deficiencias en la grabación realizada que impidan su visión y/o audición, se pueden tener tres diferentes tipos de resoluciones judiciales:

- 1) Aquellas resoluciones que, en todo caso, vienen a considerar que la ausencia de grabación del juicio en soporte apto para la reproducción de la imagen y del sonido no puede sino comportar la declaración de nulidad de actuaciones, por cuanto al impedir al tribunal de apelación pronunciarse sobre la correcta o incorrecta valoración de la prueba por parte del tribunal de instancia, no puede proporcionar la tutela judicial debida, esto es que no existe una inmediación adecuada, ya que no se tiene claridad de lo sucedido en audiencia.
- 2) En alguna otra resolución se exige, en caso de falta de grabación, que el juicio haya sido documentado por medio de acta extensa y detallada realizada por el secretario en la que se contenga fielmente todo lo acontecido en el acto de la audiencia, con conocimiento y aceptación de las partes de la falta de grabación y de la documentación del acta por el tradicional método de la escritura.
- 3) Otras resoluciones estiman que, en el supuesto de ausencia o deficiencia de la grabación, ha de declararse la nulidad de las actuaciones cuando no se disponga de acta extendida por el secretario que recoja con extensión y detalle el contenido del juicio y cuando además el objeto del recurso sea la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador de instancia.

En virtud del principio de conservación de los actos procesales, nos alienamos con la tercera postura, es decir, si la videoconferencia no se ha grabado o si dicha grabación presenta deficiencias, ello no ha de acarrear una automática declaración de nulidad de actuaciones, ya que se cuenta con el acta de audiencia redactada por el Secretario, en donde se deja constancia de lo sucedido dentro de la audiencia. Así como con aquellas actas que deben ser levantadas por aquellos delegados que se encuentren en los consulados dando fe de lo sucedido durante la audiencia, de las actuaciones de las partes y de lo manifestado por ellos, a efecto de que no se permita alguna alteración o mal proceder dentro del desarrollo del proceso.

No se puede hablar en propiedad de una causal de nulidad, sino de una infracción procesal, porque no se estaría ante una indefensión material, ya que propiamente ante la existencia de alguna indefensión formal, puede optarse por la vía de recursos, siendo estos el de apelación y cualquier otro avalado para tal caso, por la ley, y es que en ningún momento se imposibilita la posibilidad de articular el recurso de apelación o de no poder valorar un error en la apreciación de la prueba pero si ello no es así, lo actuado puede conservar su validez.

4.5. La valoración de la prueba testimonial producida por medio de videoconferencia en el proceso civil y mercantil salvadoreño.

Cuando se hace alusión a lo que es valoración de prueba, doctrinalmente se hace alusión a lo que es la valoración de prueba, doctrinalmente puede ser definida como “el juicio de aceptabilidad de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba. Entonces, valorar consiste en

evaluar si esas afirmaciones (en rigor hipótesis) pueden aceptarse como verdaderas”¹⁵⁶.

Claro está, la anterior definición se formula en atención al principio de libre convicción, debido a que el procedimiento probatorio es por regla general de carácter inductivo, justificándose de este modo el sistema de valoración, por reglas de justificación de la inducción.

Por lo que al entenderse el procedimiento probatorio es realizado de manera inductiva, se puede llegar a la determinación de que el mismo proporcionara datos solo probables, por lo que en la utilización de esta tecnología de la información deberá de obviarse cualquier valoración de prueba legalmente predeterminada, ya que muy probablemente el grado de probabilidad alcanzado por una determinada prueba resulte aún insuficiente para fundar la decisión, por más que el legislador le haya atribuido un valor específico.

En esa línea de ideas, dentro de nuestro ordenamiento procesal civil y mercantil, se regula¹⁵⁷ que el Juzgador debe valorar la prueba en su conjunto

¹⁵⁶ Marina Gascón Abellas, “*La Prueba judicial: Valoración racional y motivación*”, (España: Universidad de Castilla-Lamancha, 2012), 120: En este artículo se menciona que si se asume que el procedimiento probatorio (inductivo) proporciona resultados sólo probables debe descartarse cualquier valoración legalmente predeterminada de los medios de prueba (prueba legal), pues es muy posible, que en el caso concreto, el grado de probabilidad alcanzado por una determinada prueba resulte aún insuficiente para fundar la decisión, por más que el legislador le haya atribuido un valor específico. Y el principio de libre convicción proscribiera que deba darse por probado lo que a juicio del juzgador todavía no goza de un grado de probabilidad aceptable.

¹⁵⁷ Código Procesal Civil y Mercantil, Art 416: “*El juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica. No obstante, lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado. El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento.*”. En nuestro ordenamiento procesal civil y mercantil, se regulan dos sistemas de valoración de la prueba,

y conforme a las reglas de la sana crítica. No obstante, la prueba documental se regirá por el sistema de valoración del valor tasado. Al respecto, doctrinariamente se entiende que “la sana crítica implica que en la valoración de la prueba el Juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una consecuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis”¹⁵⁸

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, en materia procesal civil y mercantil como regla general se establece que los medios probatorios se encuentren reglados o no dentro del ordenamiento mismo, deberán ser sujetos a valoración mediante el sistema de la sana crítica por regla general, expresándose en el mismo ordenamiento que la única que estará sujeta a una especie de valoración bajo el sistema tasado, es la prueba documental.

Al respecto cabe señalar que, para cada uno de los medios de prueba reglados en el Código Procesal Civil y Mercantil, se especifica claramente el sistema de valoración que se deberá utilizar y sobre ello nos referiremos. Sin embargo, se considera importante de señalar en este punto, lo relativo a que en el caso de la prueba documental si bien es cierto, debe ser valorada de acuerdo con la prueba tasada. Lo anterior, en virtud que los instrumentos públicos¹⁵⁹

¹⁵⁸ Casimiro Varela, “*Valoración de la prueba*”, 2ª Ed., (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea 2004), 158: El autor sostiene en su obra que el criterio valorativo debe estar basado, en consecuencia, en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos a juzgamiento, y no debe derivar sólo de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica

¹⁵⁹ Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 341: “Los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide. Los instrumentos privados hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada. Si no quedó demostrada tras la impugnación, los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica.”

El legislador estableció el valor probatorio de este medio de prueba, supliendo al Juzgador en esta valoración lo que a diferencia de la sana crítica donde todo el razonamiento jurídico es realizado por el Juez competente.

constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten, de la fecha y de personas que intervienen en el mismo, así como del funcionario que lo expide y en el caso del documento privado, hace plena prueba de su contenido y otorgantes si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada; también es factible utilizar el sistema de valoración de la sana crítica, en el caso de haberse impugnado la autenticidad del documento.

Ahora bien, al referirse a la videoconferencia, esta puede ser definida en un sentido doctrinario como: un servicio multimedia que se auxilia de un sistema operativo como lo es la computadora, auxiliándose de una conexión vía telefónica o inalámbrica a internet, por medio del cual se puede interactuar de manera parcialmente directa, en tiempo real entre personas o distinto grupo de personas que se encuentran en diferentes lugares y circunstancias, combinando en la interacción la transmisión de imágenes y sonidos a distancia, por medio de video, y la conversación o dialogo existente entre las personas que se encuentran conectadas.

Convirtiéndose de esta manera, la videoconferencia en una de las herramientas principales para la destrucción de barreras de tiempo y espacio, a fin de procurar acercar a personas que se encuentren en tiempos diferentes y asimismo en distancias demasiado largas y que producto del uso de dicha herramienta virtual es viable que las personas se encuentren comunicadas en tiempos reales sin importar distancias y tiempos.

Por lo que, dentro del proceso civil y mercantil, conllevaría a que fácilmente el declarante pueda rendir su deposición sobre los hechos sea de una manera anticipada o dentro del desarrollo de la Audiencia, en tiempo real, teniendo

pleno conocimiento de lo que está ocurriendo, lo cual robustecería el derecho de igualdad y de defensa para el actor como para el demandado.

Estableciéndose, así como uno de los principales medios tecnológicos para la producción de los diversos medios de prueba reglados y no reglados de acuerdo con las normas procesales contempladas dentro del Código Procesal Civil y Mercantil.

Por su parte, ante la implementación de dicho medio tecnológico, debería de evaluarse lo correspondiente a la valoración efectuada por el Juez respecto a la prueba producida a través de videoconferencia en atención al principio de inmediación procesal, la cual según la normativa debe de existir dentro del proceso en la etapa probatoria. Y es que la inmediación procesal conlleva en su definición un contacto directo entre el juzgador y los diversos medios de prueba en el momento procesal de su producción.

En el caso particular de la videoconferencia, ese contacto no necesariamente debe ser realizado de manera física, ya que con el uso adecuado de este sistema tecnológico, es factible acortar distancias entre los sujetos que pueden intervenir en una determinada práctica probatoria y en consecuencia hablaríamos de contacto virtual pero que siempre representaría esa necesaria presencia judicial en el desarrollo de la producción de la prueba, que es lo que la ley requiere para efectos de darle validez a esa actuación procesal.

En esa línea de ideas, la doctrina sostiene que, no obstante, siempre ha de preferirse el contacto visual y físico al virtual, ya que podría darse el caso que la falta de proximidad física pueda “distanciar” al sujeto, afectando la inmediación.

Lo anterior se explica en aquellos casos en donde la práctica de la prueba se suele encomendar o delegar a otro Juez que no será el que dictará sentencia en el caso en conflicto.

Debido a ello, debe procurarse que el Juez de la causa sea quien valore la prueba de forma eficaz y justa ello en razón que este presencie de forma física o real o de manera virtual, la producción de los diversos medios de prueba propuestos dentro del proceso.

Así las cosas, es viable mencionar que existen dos modelos de videoconferencia, a saber; la videoconferencia punto a punto, que es la que se realiza estableciendo la comunicación entre dos únicos terminales y la videoconferencia multipunto, que es aquella que se realiza estableciendo la comunicación entre más de dos terminales, pudiendo sus participantes mantener una conversación en una reunión virtual.

En ese sentido, será eficaz que el Juez presencie por medio de videoconferencia, para el caso, la declaración de un testigo que se encuentre fuera de la jurisdicción territorial del Juez competente, que por medio de comisiones procesales, es decir, que con el uso de los avances tecnológicos como lo es la referida videoconferencia, se podrá prescindir del auxilio judicial, ya sea nacional o internacional, y el mismo Juez que deberá dictar su correspondiente decisión sobre la pretensión procesal iniciada, será quien presencie la producción de la prueba, obviamente de manera virtual que, dicho sea de paso, traspasa las barreras del tiempo y del espacio.

De esa manera se podrá considerar al principio de inmediación como una verdadera garantía al justiciable, ya que existirá presencia judicial ya sea de manera física o virtual en el caso del uso de la videoconferencia y no como un

mero requisito de presencia judicial, que conlleva a admitir que un Juez distinto del que va a emitir un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión, sea el que presencie la prueba judicial, so pretexto de considerar al principio de inmediación como un mero contacto físico entre el Juzgador y la prueba producida; ya que en este caso nos limitaríamos a la presencia física únicamente; lo cual ya no es concebible en la actualidad, donde los avances tecnológicos ayudan a diversas materias y por consiguiente también a la ciencia del derecho. La doctrina argumenta que la tarea valorativa es fundamental en cualquier proceso, al Juez o tribunal que ha de resolver el caso.

En ese sentido, la tarea de valorar no es un acto meramente caprichoso o arbitrario ni mucho menos subjetivo; sino que por el contrario es el reconocimiento de una labor residente en el objeto y no se trata de una cuestión de hechos sino más bien de derechos, no obstante que será preciso que el Juzgador realice una labor tanto de argumentación fáctica como jurídica para llegar a una determinada conclusión que será la que al final resolverá el conflicto planteado.

Es decir, que dicha argumentación jurídica deberá realizarse debido a la actividad probatoria efectuada dentro del proceso judicial. Esta valoración es viable realizarla en relación con la prueba que se produzca con auxilio o, mejor dicho, a través de herramientas virtuales como la videoconferencia.

En consecuencia, la valoración probatoria respecto a los medios de prueba producidos a través de la tecnología que integran a la videoconferencia, a nuestra particular consideración no atenta contra el principio de inmediación procesal.

Todo lo contrario, ya que precisamente el mismo Juez competente podrá advertir, para el caso de la prueba testimonial, aquellos aspectos relevantes como gestos, expresiones, etc. Es decir, el lenguaje corporal utilizado por el testigo al momento de estar declarando y a fin de poder tener un mejor convencimiento de los hechos alegados y controvertidos en el proceso.

El analizar estos aspectos que se pueden presenciar directamente a través de la videoconferencia será más garantista que el análisis efectuado a la letra plasmada en el acta levantada por el tribunal que preste auxilio judicial en la práctica de un determinado medio de prueba que deba realizarse fuera de la sede del tribunal”¹⁶⁰.

4.6. La cooperación judicial internacional para el uso de la videoconferencia.

La cooperación judicial internacional puede ser entendida, como el auxilio que entre si se otorgan los órganos jurisdiccionales en y para el desarrollo del proceso.

En un sentido amplio se puede definir a toda cooperación judicial o asistencia

¹⁶⁰ María Elena Conde García, “*El principio de inmediación en la producción de la prueba con el uso de tics en el Código procesal civil y mercantil salvadoreño*” (tesis para obtener el grado de maestría judicial, El Salvador), 98-100.

como 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.

Lo anterior resulta lógico, ya que existe una gran limitante 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 internacional.

Y es que, durante el desarrollo de un proceso civil y mercantil, a veces no solo es requerida la colaboración que se encuentra dentro del territorio nacional, sino también de aquellos tribunales que se encuentran fuera del mismo, es decir la colaboración de tribunales extranjeros, con el objetivo de realizar a través de los mismos diligenciamientos en las diversas actuaciones.

No obstante, es necesario distinguir que en cuanto a la ejecución de las actuaciones debe existir un vínculo de reciprocidad, pero no reciprocidad en un sentido estricto, sino en uno amplio, es decir que, así como pueden darse

actuaciones ordenadas por un tribunal nacional, pidiendo la cooperación a autoridades extranjeras, puede darse la situación de que se generen actuaciones emanadas por autoridades extranjeras solicitando la cooperación de tribunales nacionales.

“El uso de la videoconferencia en los tribunales supone acudir al auxilio judicial, esto es, al exhorto o a la comisión rogatoria si la cooperación es internacional, cuando concurren los presupuestos para ello, es decir, distancia excesiva, dificultad en el desplazamiento, circunstancias personales del declarante u otras causas análogas, que imposibiliten o hagan muy gravosa la comparecencia del declarante ante el juez que conoce del asunto”¹⁶¹

En el ordenamiento procesal salvadoreño, la cooperación judicial internacional se encuentra regulada de los Art. 149-159 CPCM, y puede ser definida La cooperación judicial internacional puede ser entendida, como el auxilio que entre si se otorgan los órganos jurisdiccionales en y para el desarrollo del proceso. En un sentido amplio se puede definir como, 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. Lo cual resulta lógico, ya que existe una gran limitante 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

¹⁶¹ Rodríguez, “*La videoconferencia*”, 8.

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 internacional.

Y es que, durante un proceso civil y mercantil, mejor dicho, durante su desarrollo, a veces no solo es requerida la colaboración que se encuentra dentro del territorio nacional, sino también de aquellos tribunales que se encuentran fuera del mismo, es decir la colaboración de tribunales extranjeros, con el objetivo de realizar a través de los mismos diligenciamientos en las diversas actuaciones.

No obstante, es necesario distinguir que en cuanto a la ejecución de las actuaciones debe existir un vínculo de reciprocidad, pero no reciprocidad en un sentido estricto, sino en uno amplio, es decir que, así como pueden darse actuaciones ordenadas por un tribunal nacional, pidiendo la cooperación a autoridades extranjeras, puede darse la situación de que se generen actuaciones emanadas por autoridades extranjeras solicitando la cooperación de tribunales nacionales.

Al traer dicha información a la práctica y su implementación en el ordenamiento jurídico salvadoreño, podemos decir, que los tribunales salvadoreños pueden solicitar la cooperación de los tribunales extranjeros para la ejecución de actuaciones procesales – entendiéndose estas mayormente como comunicaciones procesales, la actividad probatoria, las medidas cautelares y la ejecución de sentencias extranjeras - fuera del territorio de la Republica, ello

se encuentra establecido en el Art. 149 CPCM.

Posteriormente dicho capítulo, en el Art. 150 el legislador reconoce al menos dos tramitaciones para lograr la intención de la ejecución de la actuación procesal, siendo la primera de ellas aquella por la parte interesada y la segunda de ellas realizada por acuerdo del tribunal, en los cuales se combina una serie de leyes nacionales junto a leyes extranjeras para el diligenciamiento de las actuaciones procesales, así como también establece pautas comunes en ambos procesos para la realización de actos procesales, siendo estos a) Petición de parte interesada; b) Indicación de la causa y c) Alcance de la actuación procesal solicitada.

Pautas, a las cuales también son aunadas todas aquellas contenidas y agregadas en los instrumentos internacionales vigentes para la cooperación internacional, tanto multilaterales como bilaterales, y entre los cuales se pueden mencionar: La convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, La convención interamericana sobre recepción de prueba en el extranjero, Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia, entre otros.

Por lo que, a partir de la lectura de los Arts. 150-159 se puede concluir como el procedimiento a efecto de obtener cooperación internacional judicial para la ejecución o diligenciamiento de actuaciones procesales fuera del territorio nacional, el siguiente:

1) La parte interesada en su realización debe solicitarla indicando la causa por la cual la solicita y el alcance de la actuación procesal solicitada, la cual deberá ser realizada ante el tribunal que este conociendo del hecho en controversia.

Art. 150 inc. 1.

2) Respecto a dicha solicitud el tribunal admitirá o no la procedencia y admisión de dicha resolución.

a. Si el tribunal la deniega, la propia parte en virtud de lo establecido en el Art. 152 inc. 1, podrá transmitir el exhorto o carta rogatoria, por medio de los agentes consulares o diplomáticos a través de la autoridad administrativa competente en la materia.

b. Si el tribunal acordare su realización, librará exhorto, que remitirá a la Corte Suprema de Justicia, para su envío al Órgano Ejecutivo en el ramo a cargo de las relaciones internacionales, a fin de hacerlo llegar a las respectivas autoridades extranjeras.

Debiéndose establecer que el Art. 151 es claro en establecer que para la realización de actos procesales de mero trámite en el extranjero – como notificaciones, citaciones o emplazamientos - así como la obtención y recepción de la prueba e informes, los tribunales librarán exhortos o cartas rogatorias.

Dichos exhortos o cartas rogatorias según el Art. 5 de la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, se cumplirán en los Estados parte siempre que reúnan los requisitos siguientes:

a. Que el exhorto o carta rogatoria se encuentre legalizado, salvo lo dispuesto en los Artículos 6 y 7 de esta Convención. Se presumirá que el exhorto o carta rogatoria se halla debidamente legalizado en el Estado requirente cuando lo hubiere sido por funcionario consular o agente diplomático competente;

b. Que el exhorto o carta rogatoria y la documentación anexa se encuentren debidamente traducidos al idioma oficial del Estado requerido.

Los cuales según el Art. 8 de la antes referida convención, expresa que dichos exhortos o cartas rogatorias deberán ir acompañados de los documentos que se entregarán al citado, notificado o emplazado, y que serán:

a. Copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada;

b. Información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos de que dispusiere la persona afectada para actuar, y las advertencias que le hiciera dicho órgano sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad;

c. En su caso, información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente.

Los cuales de conformidad al Art. 152 del CPCM serán tramitados de acuerdo con las leyes procesales del Estado de su cumplimiento.

Ahora bien, de la lectura de la sección central del inciso primero del Art. 151 del CPCM, que preceptúa: “así como para la recepción y obtención de pruebas e informes, los tribunales librarán exhortos y cartas rogatorias”, se denota la clara intención del legislador de delegar dicha función a los tribunales extranjeros, lo cual a nuestro parecer no es muy recomendable en el caso de la prueba testimonial o de la recepción de declaración de parte y es que eso genera en duda la inmediación del juez en cuanto al dicho o deposición de

aquel que la realice, ya que la percepción que se cree al momento de rendirla y de la información vertida crea o mejor dicho influye en la concepción del Juez, el cual al ser delegado, no podría ser apreciado por el Juzgador del tribunal requirente.

Asimismo, es de mencionar que, según la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, establece que todas aquellos exhortos o cartas rogatorias emanados de procedimiento jurisdiccional en materia civil o comercial, que tuvieren como objeto la recepción u obtención de pruebas o informes, dirigidos por autoridades jurisdiccionales de uno de los Estados Partes en esta Convención a las de otro de ellos, serán cumplidos en sus términos si:

- a. La diligencia solicitada no fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente la prohíban;
- b. El interesado pone a disposición del órgano jurisdiccional requerido los medios que fueren necesarios para el diligenciamiento de la prueba solicitada.

De igual forma, de conformidad a lo preceptuado en el Art. 4 del referido convenio, dichas cartas rogatorias o exhortos, deberán contener la relación de los elementos pertinentes para su cumplimiento, a saber:

- a. Indicación clara y precisa acerca del objeto de la prueba solicitada;
- b. Copia de los escritos y resoluciones que funden y motiven el exhorto o carta rogatoria, así como los interrogatorios y documentos que fueran necesarios Para su cumplimiento.

- c. Nombre y dirección tanto de las partes como de los testigos, peritos y demás personas intervinientes y los datos indispensables para la recepción u obtención de la prueba;
- d. Informe resumido del proceso y de los hechos materia del mismo en cuanto fuere necesario para la recepción u obtención de la prueba;
- e. Descripción clara y precisa de los requisitos o procedimientos especiales que el órgano jurisdiccional requirente solicitare en relación con la recepción u obtención de la prueba.

Los exhortos o cartas rogatorias relativos a la recepción u obtención de pruebas se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido. Y es que, a solicitud del órgano jurisdiccional del Estado requirente podrá aceptarse la observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales adicionales en la práctica de la diligencia solicitada a menos que sean incompatibles con la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento por éste. Por lo que respecto al trámite y cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias las costas y de más gastos correrán por cuenta de los interesados.

Considerándose este último un trámite muy engorroso y extenso, de igual forma que pone en duda la inmediatez del Tribunal requirente en cuanto a la percepción y recepción de la prueba testimonial o de la declaración de parte vertida en el proceso, si es otro quien ejecuta dicho acto procesal, por lo que a manera de dar una solución a dicho problema, consideramos pertinente establecer un procedimiento, el cual desde nuestra perspectiva podría resultar factible al momento de la producción de prueba testimonial en el extranjero, y esto no quiere decir que sea el correcto, ya que pueden existir variantes o

circunstancias que sean desconocidas y a su vez modificar dicha propuesta, la cual es realizada con el fin de solventar dicho problema de intermediación ante la recepción de dicha declaración como ya se dijo con anterioridad en el extranjero.

4.7. Propuesta de procedimiento para producción de prueba por videoconferencia en el proceso civil y mercantil salvadoreño.

Paso 1: existencia de una solicitud.

De lo preceptuado en el Art. 150 inciso primero, la parte interesada solicitara la ejecución de dicho acto procesal, indicando la causa y el alcance de la actuación procesal.

1) Respecto a dicha solicitud el tribunal admitirá o no la procedencia y admisión de dicha resolución.

a. Si el tribunal la deniega, la propia parte en virtud de lo establecido en el Art. 152 inc. 1, podrá transmitir el exhorto o carta rogatoria, por medio de los agentes consulares o diplomáticos a través de la autoridad administrativa competente en la materia.

b. Si el tribunal acordare su realización, librará exhorto, que remitirá a la Corte Suprema de Justicia, para su envío al Órgano Ejecutivo en el ramo a cargo de las relaciones internacionales, a fin de hacerlo llegar a las respectivas autoridades extranjeras.

Dichos exhortos o cartas rogatorias según el Art. 5 de la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, se cumplirán en los Estados parte siempre que reúnan los requisitos siguientes:

1. Que el exhorto o carta rogatoria se encuentre legalizado, salvo lo dispuesto en los Artículos 6 y 7 de esta Convención. Se presumirá que el exhorto o carta rogatoria se halla debidamente legalizado en el Estado requirente cuando lo hubiere sido por funcionario consular o agente diplomático competente;

2. Que el exhorto o carta rogatoria y la documentación anexa se encuentren debidamente traducidos al idioma oficial del Estado requerido. Los cuales según el Art. 8 de la antes referida convención, expresa que dichos exhortos o cartas rogatorias deberán ir acompañados de los documentos que se entregarán al citado, notificado o emplazado, y que serán:

a. Copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada; en el caso preciso de la declaración de parte se incorporarían aquellos aspectos preceptuados en los Arts. 344 y 345 CPCM ya que cada parte podrá solicitar se le reciba declaración personal sobre los hechos objetos de prueba, y para efectos de preparar su pretensión, su oposición a esta o su excepción cada parte podrá solicitar al juez o tribunal que se ordene recibir la declaración de la parte contraria o de quien potencialmente pudiera ser su contraparte en el proceso, los cuales se encuentran regulados en el art. 346 CPCM, y pueden ser:

1) Los representantes de los incapaces, por los hechos en que hubieran intervenido personalmente en este carácter, 2) Los apoderados, por los hechos realizados en nombre de sus mandantes, mientras esté vivo el mandato; 3) Los apoderados, por hechos anteriores, cuando estuvieren sus

representados fuera del país, siempre que el apoderado fuese expresamente autorizado para ello y la parte contraria consienta.

b. Información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos de que dispusiere la persona afectada para actuar, y las advertencias que le hiciere dicho órgano sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad;

c. En su caso, información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente.

Los cuales de conformidad al Art. 152 del CPCM serán tramitados de acuerdo con las leyes procesales del Estado de su cumplimiento.

Paso 2: remisión del exhorto o carta rogatoria

Una vez acordada la realización, el Juzgador, formulara la comisión rogatoria, a través de un suplicatorio civil, este es remitido a la Corte Suprema de Justicia, propiamente a la Secretaria General de la Corte Suprema.

Recibido en Secretaria General, el mismo será remitido a la Unidad de Asesoría Técnica Internacional, quien será el encargado de analizar si dicho suplicatorio, cumple con los requisitos legales tanto nacionales e internacionales.

Si no reúne los requisitos, se prevendrá a la parte solicitante, a través del Juzgado requirente, que subsane los elementos que hacen falta.

Si reúne los requisitos, el mismo es sometido a conocimiento de la Corte en Pleno, para su respectivo diligenciamiento. Si es aprobado, se levanta resolución fundamentada y dicho suplicatorio es remitido a Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia, la cual será la encargada de remitirlo al Ministerio de Seguridad Pública y Justicia, quien según el Reglamento del Órgano Ejecutivo¹⁶², es el encargado de realizar las comunicaciones respectivas entre los órganos del Estado, por lo que dicho Ministerio, es el encargado de remitirlo a la oficina de Cancillería del Ministerio de Relaciones Exteriores y este último de remitirlo al consulado del País o Estado en el que se encuentre la persona.

Luego la Cancillería lo remitirá al consulado del País o Estado en el que se encuentre la persona.

Paso 3: citación de persona

Recibido el Suplicatorio Civil, el cónsul debe advertir, si se trata de un salvadoreño o de un extranjero.

Si se trata de un Nacional, el Cónsul, lo mandará a citar por tres ocasiones a efecto de hacerle del conocimiento la resolución; asimismo; lo emplazará, citará o notificará según el caso, y remitirá debidamente diligenciado el suplicatorio. Si no logra contactar a la persona, lo hará constar en una resolución y remitirá nuevamente al País requirente, por la vía antes descrita. Si se trata de un extranjero, el Cónsul será el encargado de remitirlo a la Oficina de contacto del Consulado, el cual remitirá a la Oficina de Contacto de

¹⁶² En dicho reglamento en el Artículo 34 ordinal 13, el Órgano Ejecutivo le da la facultad al Ministerio de Gobernación.

la Corte del Estado en el que se encuentra la persona, a efecto de que sea citado, por el ente Judicial, del Estado o país que corresponda.

Paso 4: recepción de la declaración o testimonio

Una vez citada la parte correspondiente y realizada las gestiones pertinentes, el declarante se presenta y se reporta con el cónsul, este será el encargado de identificar al testigo, perito o declarante, de lo cual dejará constancia en Acta.

Posteriormente hará del conocimiento del lugar dentro del consulado o embajada, en donde se realizará la transmisión virtual y lo escoltará hasta el mismo.

Establecido los enlaces, se procederá a la identificación del testigo o declarante, por parte del Juzgador, se hará del conocimiento de la realización de la audiencia y la forma en cómo se llevará a cabo, a raíz de ser de su conocimiento de la situación por la documentación que se encontraba anexa al citatorio y notificación realizado.

Seguidamente, se realizará la recepción de la declaración o testimonio, de lo cual deberá dejar constancia en acta tanto el cónsul, como el secretario del Tribunal del Juzgado que practica la recepción el medio probatorio.

1. Recepción de una declaración de parte o parte contraria:

Cuando se trate de una declaración de parte, una vez realizada la identificación de la persona, tal y como lo preceptúa el Art. 349 CPCM: El juez conforme se vayan formulando las preguntas admitirá o rechazara las que no

cumplan con los requisitos previstos consistentes en: la debida claridad y precisión, evitando que las mismas contengan valoraciones, sugerencias, calificaciones o cualquier otra clase de indicación o comentario que pueda dirigir la contestación.

El interrogatorio directo lo hará la parte que haya propuesto la prueba, tal y como lo preceptúa el Art. 350 CPCM; debiéndose hacer las respuestas directamente por la parte, de viva voz, sin valerse de borradores ni de notas, aunque si podrá consultar apuntes o documentos, si la naturaleza de la pregunta lo exigiera y el Juez lo autoriza, y a los cuales deberá tener acceso la parte contraria.

Las respuestas de la parte habrán de ser claras y precisas, pero el declarante podrá agregar las explicaciones que estime oportunas. Para obtener aclaraciones el Juez podrá formular preguntas al declarante.

En el caso de que sobre unos mismos hechos deban declarar varias personas, el tribunal adoptará las medidas pertinentes para evitar la comunicación previa y posterior entre ellos que pueda perjudicar la práctica de los interrogatorios.

La negativa del interrogado a responder podrá ser considerada como reconocimiento de los hechos en que hubiera intervenido y que fueran perjudiciales para aquéllos a los que se refieran las preguntas, salvo en el caso de que resulte amparado por la facultad de guardar secreto o el derecho a no auto incriminarse por un delito.

Finalizado el interrogatorio, el Juez o tribunal podrá considerar como ciertos los hechos que una parte haya reconocido en la contestación al interrogatorio, si en ellos hubiera intervenido personalmente, siempre que a tal reconocimiento no se oponga el resultado de las otras pruebas.

En lo demás, el resultado de la declaración se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica.

Por lo que, finalizado el interrogatorio, se terminaran las comunicaciones, si la parte decide no continuar en el desarrollo de la Audiencia hasta su finalización, se terminaran las comunicaciones. Si decide continuar en la misma, se mantendrán las comunicaciones hasta la finalización del mismo, por la sentencia de la forma prevista y contemplada en el Código Procesal Civil y Mercantil.

2. Recepción de declaración de testigo.

Si se trata de un testigo, previo a rendir su declaración, el Juez de la causa tomará al testigo juramento o promesa de decir la verdad, de inmediato le cede la palabra a la parte que lo hubiera ofrecido como medio de prueba, la cual mediante interrogatorio acreditará a su testigo e identificará preguntándole su nombre, edad, estado familiar, domicilio y ocupación, posteriormente se procederá al examen a través del interrogatorio directo y conainterrogatorio. Si se trata de un perito (únicamente se realizará su recepción en la audiencia probatoria).

Posteriormente la parte que oferto al perito o la contraparte, a través de interrogatorio directo y conainterrogatorio, podrán pedir que el perito exponga el dictamen, lo aclare, lo ilustre, responda a preguntas concretas sobre el método seguido, premisas, conclusiones y todos aquellos extremos que puedan contribuir a aclarar y comprender mejor su opinión.

Paso 5: constancia de lo actuado en acta.

Finalizada las actuaciones y recepción de la declaración o medio probatorio, el cónsul deberá remitir vía diplomática certificación del acta en donde se identifica a la persona y hace constar los hechos y actos realizados en la Audiencia.

CAPITULO V. ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS POR LA INVESTIGACIÓN

El presente capítulo expone el resultado de las encuestas realizadas a personas inmersas en el tráfico jurídico diario nacional, en cuanto a la factibilidad de la implementación de la videoconferencia como instrumento de recepción de medios probatorios, con lo que se pretende establecer si es viable o no la implementación de esta, a los procesos civiles y mercantiles salvadoreños. En esta etapa del trabajo se explicarán los métodos, técnicas e instrumentos que se utilizaron para realizar la labor de campo, basado en el método científico estadístico; además, se enumeran las formas para recopilar, presentar, analizar e interpretar los datos obtenidos en esta.

5.1. Nivel de Estudio

Es de carácter descriptivo, explicativo y de campo, en el que se analiza el problema desde el mes octubre del año dos mil quince hasta el mes de mayo de dos mil dieciséis.

- a) Es descriptiva porque se han consultado diferentes fuentes bibliográficas de las que se retomará algunos aspectos o conceptos relacionados directamente con el tema de estudio.
- b) Por el lugar en el que se realiza, se considera de campo, ya que se recolectó la información directa de Magistrados, Jueces, Litigantes, Fiscales y otros, que son los sujetos involucrados en el problema de investigación, así como las variables sujetas a comprobación por medio de las hipótesis planteadas.

5.2 Diseño de la Investigación

En toda investigación el diseño estadístico es muy importante, porque permite conocer la población, la muestra y todos aquellos procedimientos que son necesarios para llevar a cabo las fases de la investigación.

5.3 Justificación de la adopción del universo

En el plan de trabajo realizado para esta investigación, se delimitó la misma espacialmente a los Juzgados Civiles y Mercantiles del área metropolitana de San Salvador, por ser de mayor accesibilidad, así como de disponibilidad de los diferentes estratos poblacionales.

5.4 Población

El universo está constituido por: 15 Jueces de lo Civil y Mercantil del área metropolitana de San Salvador, 6 Magistrados, 8 abogados en el libre ejercicio de la profesión, 7 procuradores, y 14 auxiliares fiscales, todos relacionados al área de derecho civil y mercantil en la circunscripción territorial antes descrita.

5.5 Elaboración del Cuestionario

La técnica utilizada para la recolección de datos fue la entrevista, utilizando un cuestionario dirigido a los diversos estratos, jueces y magistrados, abogados en el libre ejercicio de la profesión, defensores públicos y fiscales; con preguntas abiertas y cerradas alternas con 2 a 5 alternativas de respuesta cada una (los cuestionarios se anexan al final).

Las preguntas se estructuraron con base en los indicadores que corresponden

las variables y los objetivos de la investigación, así mismo se formularon preguntas con el mismo propósito, de manera que el indicio de la realidad buscada fuera cuestionado con la perspectiva propia de los elementos muestrales.

5.5.1 Validación del cuestionario

Para validar el cuestionario se procedió de la siguiente manera: se dirigió una prueba piloto orientada a 10 personas conformadas por 2 jueces, 3 defensores públicos, 1 magistrado, 2 defensores particulares y 2 auxiliares fiscales para evaluar el grado de comprensión del cuestionario y poder modificar lo no comprensible, previo a ejecutar la encuesta definitiva.

5.5.2 Procedimientos para recolectar datos

Para llevar a cabo la recopilación de datos se visitó a cada uno de los lugares determinados para la muestra, en donde se les administró el cuestionario dividido proporcionalmente de conformidad a la población total, debiéndose aclarar que no todos los cuestionarios fueron contestados, en atención a no disponibilidad de personal para poder hacerlo, por factores de tiempo, carga laboral o por no tener el ánimo de colaborar.

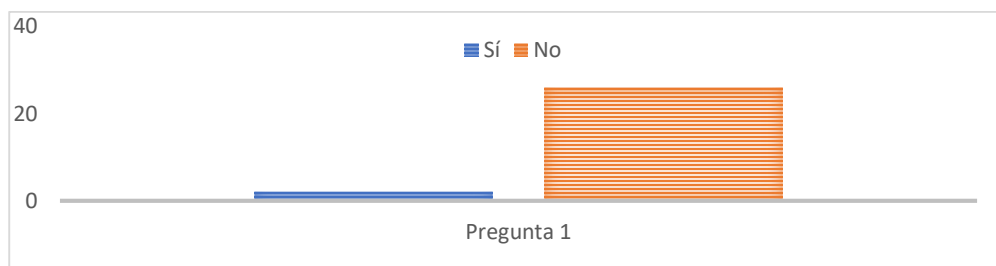
5.6 Presentación de Datos.

La presentación de datos se realizó tomando en consideración que esta debe permitir la evaluación de las hipótesis, para ese propósito, los datos se presentan en tablas estadísticas, de las que fueron seleccionadas por el grupo investigador teniendo en cuenta la similitud de estas entre los cuatro estratos encuestados para la verificación de dichas hipótesis.

5.7 Análisis e Interpretación de resultados

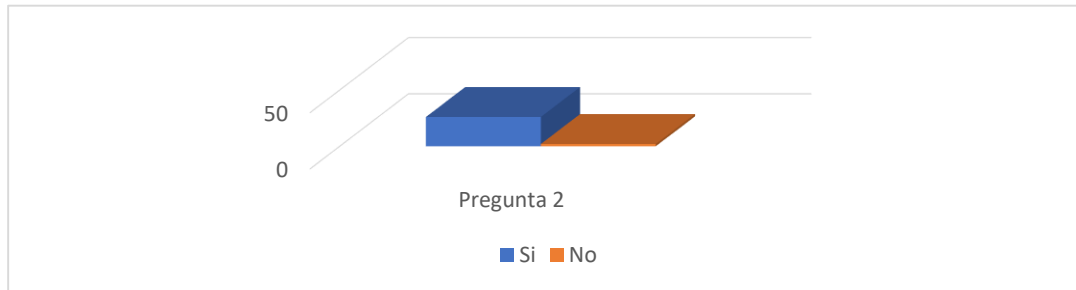
Para el análisis, interpretación y comprobación de hipótesis fue necesario elaborar tablas estadísticas por cada pregunta en donde se encontraban los cuatro estratos, debiéndose establecer que del total de la población consistente en 50 personas, solo se contó con la respuesta de 28 de ellas, por las razones antes expuestas; en este momento se detallará la interpretación de los datos de una manera general y posteriormente por estratos, a efecto de ver la tendencia según el pensamiento o inclinación de cada uno de los estratos antes expresados.

1. ¿A su juicio, considera que el ofrecimiento de los medios probatorios regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil se presenta de una forma cerrada?



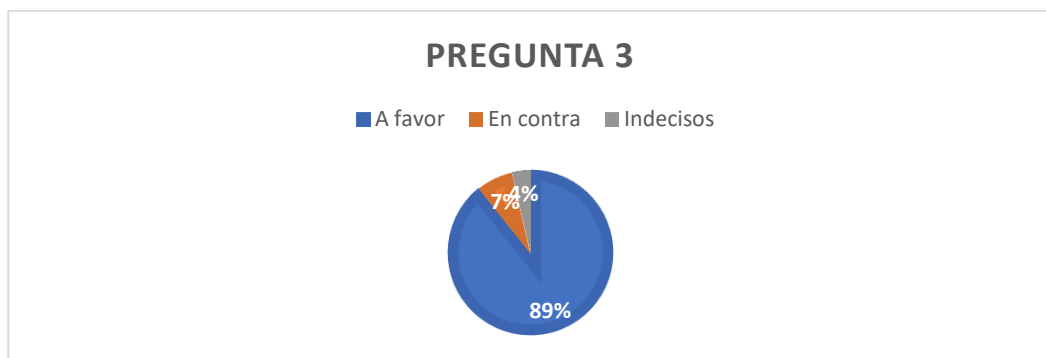
Analizando el rubro anterior, se puede observar que el 93% de la población encuestada considera que el ofrecimiento de los medios probatorios regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil no se presenta de una forma cerrada, mientras que el 7% considera que sí.

2. ¿Si la respuesta anterior fue negativa, considera que la videoconferencia puede ser considerada como un medio de prueba válidamente admisible en atención a lo dispuesto en el Art.330 inc. 2 CPCM?



De la tabla anterior, se logra determinar que el 93% de las personas, consideran que la videoconferencia puede ser considerada como un medio de prueba válidamente admisible en atención a lo dispuesto en el Art. 330 inc. 2 CPCM, en atención al principio de libertad probatoria, debido a no encontrarse dicho medio reglado, el legislador y la ley no pueden limitar los medios admisibles, mientras que el 7% considera que no.

3. ¿Qué opinión tiene sobre la implementación de la videoconferencia cuando el declarante se encuentra en el extranjero?



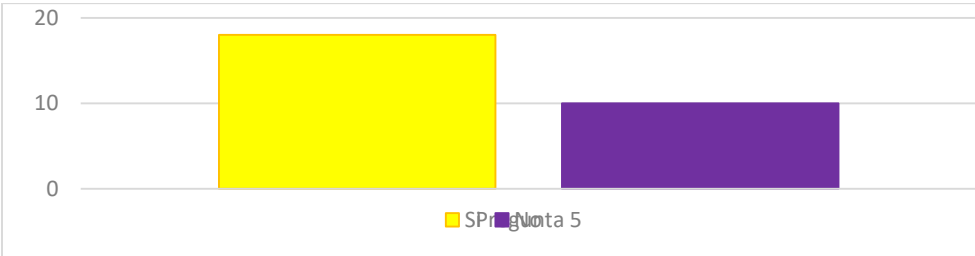
El 89% considera que el uso de la videoconferencia produciría un efecto positivo en cuanto a la agilización del proceso, mientras que el 7% considera que su implementación no generaría ningún aporte al proceso y el 4% se encuentran indecisos sobre la utilidad de su implementación.

4. ¿El uso de la videoconferencia del declarante en el extranjero produciría una celeridad en los procesos civiles y mercantiles en los que se implemente?



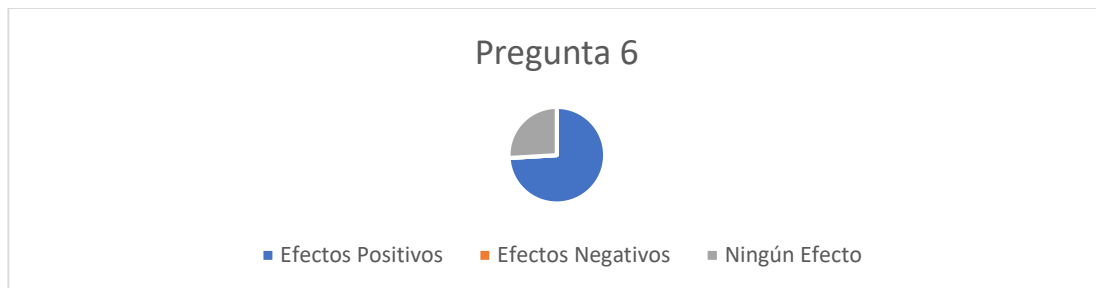
El 89% de la población considera que la implementación de la videoconferencia en el proceso civil y mercantil salvadoreño produciría una celeridad en los procesos que se implemente, mientras que el 11% está en contra de que su implementación generaría dicho efecto.

5. ¿Considera conveniente usar las embajadas o consulados de nuestro país en el exterior como medio útil de captación de la declaración del demandado en función del principio de extraterritorialidad?



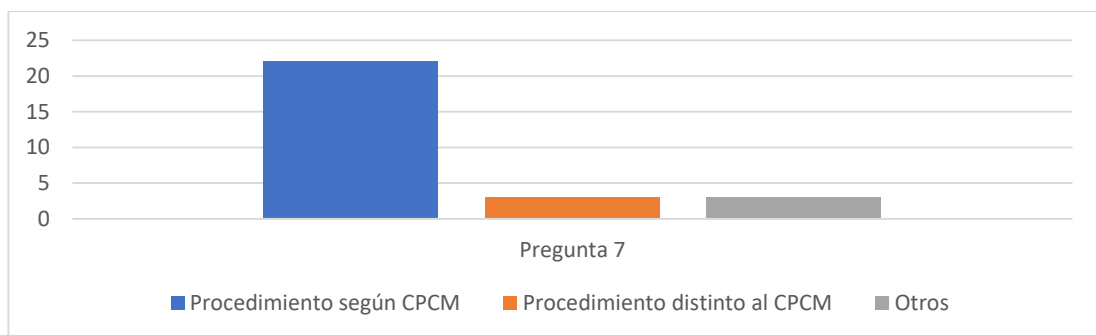
El 64% de las personas entrevistadas considera conveniente usar las embajadas o consulados de nuestro país en el exterior como medio de captación de la declaración del demandado en función del principio de extraterritorialidad.

6. A su juicio, ¿cuál sería el efecto generado en el proceso civil al hacer uso de la videoconferencia cuando el declarante se encuentra en el exterior?



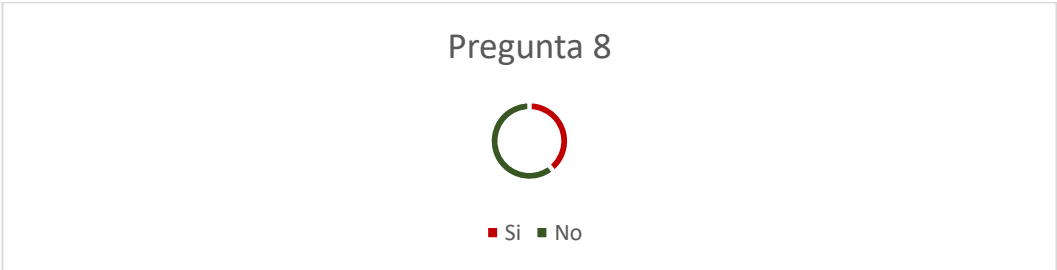
El 74% de las personas entrevistadas considera que sería positivo el efecto generado en el proceso civil al hacer uso de la videoconferencia como medio probatorio.

7. Según su opinión y experiencia, ¿cuál debe de ser el procedimiento por seguirse para introducir una declaración que ha sido obtenida mediante el empleo de la Videoconferencia?



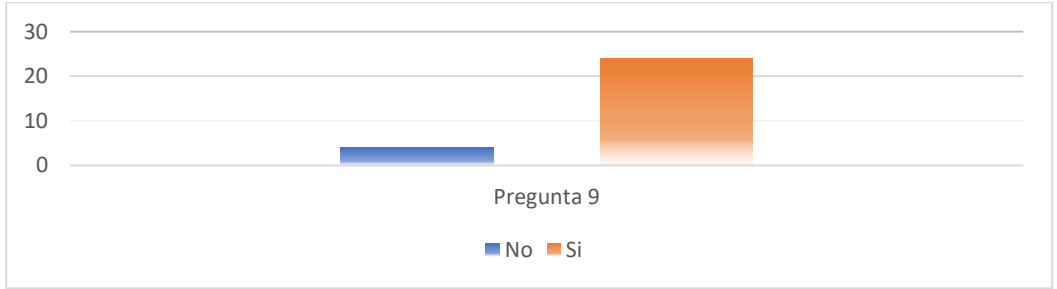
El 79% de las personas entrevistadas consideran que debería seguirse el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil al introducir una declaración que ha sido obtenida mediante el empleo de la Videoconferencia, mientras que el 11% considera que debería ser otro procedimiento distinto, pero previamente regulado.

8. ¿A su particular opinión podría existir afectación del principio de inmediación en caso de admitirse la recepción de una declaración empleando la videoconferencia?



El 61% de los profesionales entrevistados considera que, si podría existir afectación al principio de inmediación en caso de admitirse la recepción de la declaración mediante videoconferencia, y el 39% considera que no se afectaría.

9. Considera usted que el uso de videoconferencia en la realización de audiencias sería una herramienta útil y de fortalecimiento para el desarrollo de estas en el proceso judicial.



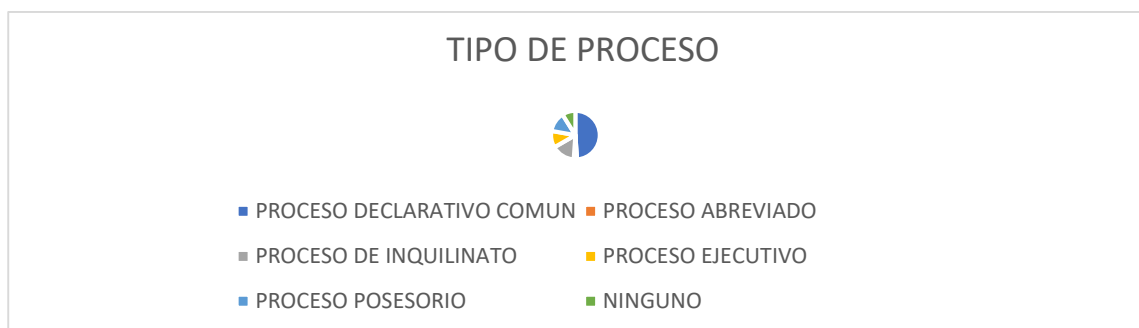
El 86% de los profesionales entrevistados consideran que la implementación de la videoconferencia en el proceso civil y mercantil como medio de recepción de prueba sería una herramienta útil.

10. ¿Qué grado de dificultad considera que existiría para el juez, así como para las partes al momento de la recepción de una prueba testimonial empleando la videoconferencia en cuanto al manejo de las reglas del interrogatorio?



El 44% de las personas entrevistadas considera que existiría un grado medio de dificultad para el juez y las partes intervinientes en el proceso al momento de la recepción de prueba testimonial en cuanto al manejo de reglas del interrogatorio, si la misma es mediante videoconferencia y el 33% de las personas entrevistadas considera que sería poca la dificultad.

11. ¿A qué tipo de proceso considera usted que resultaría más factible la implementación y uso de la videoconferencia como medio de producción de prueba?



El 49% de los profesionales entrevistados considera que sería factible la implementación de la videoconferencia en el proceso declarativo común como medio de producción de prueba, el 16% en el proceso de inquilinato, el 13% en el proceso posesorio, el 11 % en el proceso ejecutivo y el 2% considera que es en el proceso abreviado.

12. ¿Según su experiencia, en vista de no constar la videoconferencia de manera reglada como medio probatorio válidamente admisible en el Código Procesal Civil y Mercantil, considera necesaria la implementación de una reforma a dicho código para el valido uso de dicho medio de prueba?



El 64% de las personas entrevistadas considera que no es necesaria la implementación de una reforma al Código Procesal Civil y Mercantil para el valido uso de la videoconferencia como medio de prueba.

ANÁLISIS POR ESTRATOS

JUECES MAGISTRADOS	Y	ALTERNATIVAS				TOTAL
		SI		NO		
PREGUNTA 1		Fo	%	Fo	%	9
			0	0%	9	

Según los resultados de la tabla anterior, se observa que el 100% de los jueces y magistrados encuestados opinan que el ofrecimiento de los medios probatorios regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil se presenta de una forma cerrada.

JUECES Y MAGISTRADOS	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 2	Fo	%	Fo	%	
	9	100%	0	0%	9

Siempre en la opinión de jueces o magistrados, se puede observar que el 100% de ellos opina que la videoconferencia puede ser considerada como un medio de prueba válidamente admisible.

JUECES Y MAGISTRADOS	ALTERNATIVAS						TOTAL
	A FAVOR		EN CONTRA		INDECISOS		
PREGUNTA 3	Fo	%	Fo	%	Fo	%	
	7	78%	0	0%	2	22%	9

Según los resultados de la tabla anterior, se observa que el 78% de los jueces o magistrados encuestados opinan que la implementación de la videoconferencia cuando el declarante se encuentra en el extranjero sería útil, ya que permitiría la agilización del proceso, mientras que el 22% se encuentran

indecisos sobre si su implementación seria de provecho para el proceso civil y mercantil salvadoreño.

JUECES MAGISTRADOS	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 4	Fo	%	Fo	%	
	8	89%	1	11%	9

El 89% de las personas encuestadas considera que la videoconferencia produciría una celeridad en los procesos civiles y mercantiles en los que se implemente, mientras que el 11% considera que no.

JUECES MAGISTRADOS	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 5	Fo	%	Fo	%	
	7	78%	2	22%	9

El cuadro presentado supra demuestra que el 78% de la población encuestada considera conveniente utilizar a las embajadas o consulados de nuestro país en el exterior como medio útil de captación de la declaración del demandado en función del principio de extraterritorialidad, ya que el art. 373 CPCM regula

la declaración fuera de la sede del tribunal y en el caso de residir en otro país. Mientras que el 22% considera lo opuesto.

JUECES Y MAGISTRADOS	ALTERNATIVAS						TOTAL
	EFECTO POSITIVO		EFECTO NEGATIVO		EN CONTRA		
PREGUNTA 6	Fo	%	Fo	%	Fo	%	
	9	100%	0	0%	0	0%	9

El 100% de la población encuestada en el presente estrato considera que el efecto sería positivo en cuanto a la implementación de la videoconferencia como medio de producción de prueba.

JUECES Y MAGISTRADOS	ALTERNATIVAS						TOTAL
	PROCEDIMIENTO CPCM		PROCEDIMIENTO DISTINTO		OTRO		
PREGUNTA 7	Fo	%	Fo	%	Fo	%	
	7	78%	1	11%	11	0%	9

Se logra determinar de la tabla anterior, que el 78% de las personas encuestadas consideran que el mejor procedimiento a efecto de incorporar la declaración de propia parte o parte contraria es el reglado en el CPCM para la introducción de los medios probatorios, mientras que el 11% expreso que no.

JUECES Y MAGISTRADOS	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 8	Fo	%	Fo	%	
	1	12%	8	88%	9

Se denota que el 12% considera que, si podría existir violación o afectación al principio de inmediación en cuanto a la implementación de la videoconferencia, mientras que el 88% considera que no habría afectación alguna.

JUECES Y MAGISTRADOS	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 9	Fo	%	Fo	%	
	9	100%	0	0%	9

Se determina que el 100% de la población considera que el uso de la videoconferencia en la realización de las audiencias sería una herramienta útil y de fortalecimiento para el desarrollo de estas en el proceso judicial, aunque existiesen casos excepcionales como en contemplado en el Art. 373 CPCM.

JUECES Y MAGISTRADOS	ALTERNATIVAS						TOTAL
	POCA		MEDIA		MUCHA		
PREGUNTA 10	Fo	%	Fo	%	Fo	%	9
		5	55%	3	34%	1	

El 55% de la población piensa que existiría un poco dificultad para el Juez, como para las partes la recepción de prueba testimonial mediante el uso de la videoconferencia, mientras que el 34% considera que la dificultad sería media, y un 11% que sería de mucha dificultad.

JUECES Y MAGISTRADOS	ALTERNATIVAS												TOTAL
	Declarativo común		Abreviado		Inquilinato		Ejecutivo		Posesorio		Todos		
PREGUNTA 11	Fo	%	Fo	%	Fo	%	Fo	%	Fo	%	Fo	%	9
		9	100%	5	55%	3	33%	3	33%	2	20%	2	

De la tabla anterior, se puede denotar que no todos los participantes consideraron de una manera única la implementación de un solo procedimiento para el uso de la videoconferencia, por lo que se determina que el 100% escoge el 100% del procedimiento común, el 55% al abreviado; el 33% al inquilinato; el 33% al Ejecutivo; el 22% a todos los procedimientos.

JUECES MAGISTRADOS	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 12	Fo	%	Fo	%	
	8	88%	1	12%	

El 88% de las personas encuestadas consideran que, si es necesaria una reforma al código procesal civil y mercantil a efecto de introducir la videoconferencia como medio de producción de prueba, mientras que el 12% considera que no.

ABOGADOS EN EL LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN.

ABOGADOS LITIGANTES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 1	Fo	%	Fo	%	
	0	0%	8	100%	

Los abogados encuestados opinaron en un 100% que el Código Procesal Civil y Mercantil no regula de una manera cerrada el ofrecimiento de los medios probatorios.

ABOGADOS LITIGANTES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 2	Fo	%	Fo	%	
	8	100%	0	0%	8

En la tabla previa, el 100% de los encuestados consideran que la Videoconferencia si puede ser considerada como un medio de prueba admisible en el Proceso Civil y Mercantil.

ABOGADOS LITIGANTES	ALTERNATIVAS						TOTAL
	A FAVOR		EN CONTRA		INDECISOS		
PREGUNTA 3	Fo	%	Fo	%	Fo	%	
	7	87%	0	0%	1	13%	8

Según las respuestas que nos proporcionaron los encuestados, en un 87% se encuentran a favor de la implementación de la videoconferencia cuando el declarante se encuentra en el extranjero, ya que es una gran solución para evitar dilaciones dentro del proceso, al contrario de lo que piensan 13% de ellos.

ABOGADOS LITIGANTES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 4	Fo	%	Fo	%	
	7	87%	1	13%	8

Analizando el rubro anterior, se puede analizar que el 87% simpatiza con la idea de la celeridad que habría dentro del proceso al implementar la Videoconferencia como medio probatorio, a diferencia del 13% que opina lo contrario.

ABOGADOS LITIGANTES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 5	Fo	%	Fo	%	
	5	63%	3	37%	8

Se observa en el cuadro anterior, que el 37% de las personas entrevistadas no consideran conveniente usar a las Embajadas o Consulados de nuestro país en el exterior como medio útil de captación de la declaración emitida en una videoconferencia, por la falta de capacitación que tendrían estas. Pero el 63% está de acuerdo con esta alternativa por ser viable por el principio de extraterritorialidad.

ABOGADOS LITIGANTES	ALTERNATIVAS						TOTAL
	EFECTO POSITIVO		EFECTO NEGATIVO		EN CONTRA		
PREGUNTA 6	Fo	%	Fo	%	Fo	%	
	7	87%	0	0%	1	13%	8

A consideración del 87% de los abogados litigantes en el libre ejercicio, el efecto generado al implementar dentro del Proceso Civil y Mercantil el uso de la videoconferencia sería positivo, ya que se daría pleno cumplimiento de los principios procesales.

ABOGADOS LITIGANTES	ALTERNATIVAS						TOTAL
	PROCEDIMIENTO CPCM		PROCEDIMIENTO DISTINTO		OTRO		
PREGUNTA 7	Fo	%	Fo	%	Fo	%	
	6	74%	1	13%	1	13%	8

El 74% de los entrevistados opinan que el procedimiento a seguirse para introducir este tipo de declaración que ha sido obtenida mediante el empleo de video conferencia debe de ser el mismo que ya opera como procedimiento en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil; mientras los demás consideran lo contrario.

ABOGADOS LITIGANTES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 8	Fo	%	Fo	%	
	2	25%	6	75%	8

Se observa que aquellas personas que respondieron que sí, fue porque consideran que el Principio de Inmediación se vería afectado y por consiguiente se vulneraría el derecho de las partes y la certeza de la prueba, ya que no estaría el juez en presencia física del declarante; el 75% que dijo que no, es porque siempre es el juez quien inmediatearía la prueba de forma directa.

ABOGADOS LITIGANTES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 9	Fo	%	Fo	%	
	8	100%	0	0%	8

El 100% de los encuestados opina que sería una herramienta útil la implementación de la Videoconferencia ya que fortalecería el desarrollo de la audiencia.

ABOGADO LITIGANTES	ALTERNATIVAS						TOTAL
	POCA		MEDIA		MUCHA		
PREGUNTA 10	Fo	%	Fo	%	Fo	%	8
		5	62%	2	25%	1	

El 62% que respondieron que el grado de dificultad sería poca, es porque se transmite en tiempo real la videoconferencia, pero siempre dependería del sistema que se utilice. Los que respondieron media, consideran como obstáculo la ignorancia de los que llevarían a cabo en el interrogatorio; y los que respondieron mucha, es debido a que no se podría controlar al testigo.

ABOGADOS LITIGANTES	ALTERNATIVAS												TOTAL
	Declarativo común		Abreviado		Inquilinato		Ejecutivo		Posesorio		Todos		
PREGUNTA 11	Fo	%	Fo	%	Fo	%	Fo	%	Fo	%	Fo	%	8
		8	100%	3	38%	3	33%	1	13%	3	38%	0	

El análisis a la información anterior muestra que en un 100% los abogados litigantes en el libre ejercicio concuerdan al considerar que el Proceso Común es el más factible para la utilización de la videoconferencia como medio de producción de prueba.

ABOGADOS LITIGANTES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 12	Fo	%	Fo	%	8
	5	62%	3	38%	

El 62% considera que sí se debe de implementar de manera reglada el uso del medio de prueba de la videoconferencia, a diferencia del 38% que opina que ya existe la norma jurídica que lo permite.

PROCURADORES.

PROCURADORES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 1	Fo	%	Fo	%	5
	2	40%	3	60%	

En el presente cuadro, el 60% de los procuradores consideran que el ofrecimiento de los medios de prueba regulados en el CPCM se presenta de forma cerrada, a diferencia del 40% de ellos.

PROCURADORES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 2	Fo	%	Fo	%	5
	3	60%	2	40%	

Al analizar la tabla anterior, se observa que el 60% de los procuradores consideran como medio de prueba válidamente admisible la videoconferencia

y el 40% opinan lo contrario ya que para ellos violenta principios constitucionales de igualdad y legalidad.

PROCURADORES	ALTERNATIVAS						TOTAL
	A FAVOR		EN CONTRA		INDECISOS		
PREGUNTA 3	Fo	%	Fo	%	Fo	%	
	3	60%	2	40%	0	0%	5

Los procuradores entrevistados opinan en un 60% que la videoconferencia es un medio de prueba muy efectivo y se comprueba el mismo a través de procesos ya realizados en las que se implementó dicho medio.

PROCURADORES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 4	Fo	%	Fo	%	
	4	80%	1	20%	5

Por los resultados observados, se denota en la tabla que el 80% de los procuradores considera que el uso de la videoconferencia como medio de prueba produciría una celeridad en los procesos civiles y mercantiles.

PROCURADORES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 5	Fo	%	Fo	%	5
	4	80%	1	20%	

Se observa que las personas que manifestaron que no, que es el equivalente al 20% fue a raíz de que consideran que el personal que se encuentra en las oficinas consulares de El Salvador, no se encuentra capacitado como un Juez y no sabrían como valorar la importancia de la contradicción de la prueba.

PROCURADORES	ALTERNATIVAS						TOTAL
	EFECTO POSITIVO		EFECTO NEGATIVO		EN CONTRA		
PREGUNTA 6	Fo	%	Fo	%	Fo	%	5
	2	40%	2	40%	1	20%	

Según el análisis de nuestra encuesta, el 40% de los procuradores creen que la implementación de dicho medio probatorio generaría economía procesal y otros beneficios, así como ha suscitado en la implementación de ese medio probatorio en el proceso penal en nuestro país.

PROCURADORES	ALTERNATIVAS						TOTAL
	PROCEDIMIENTO CPCM		PROCEDIMIENTO DISTINTO		OTRO		
PREGUNTA 7	Fo	%	Fo	%	Fo	%	5
	4	80%	0	0%	1	20%	

De la tabla antes planteada se observa que un 80% de los procuradores considera que para introducir una declaración que ha sido obtenida mediante el empleo de la videoconferencia el procedimiento que ya se tiene en el Código Procesal Civil y Mercantil es el adecuado.

PROCURADORES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 8	Fo	%	Fo	%	5
		4	80%	1	

Con base a la tabla anterior, se observa que los procuradores que respondieron que no, son el 20% y es porque consideran que el juez y las partes tendrían las mismas funciones y oportunidades que si esta declaración fuera física y presencial.

PROCURADORES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 9	Fo	%	Fo	%	5
		2	40%	3	

El 60% de los procuradores considera que el uso de la videoconferencia no sería una herramienta útil, al contrario del 40% que considera que sí fortalecería el desarrollo del proceso.

PROCURADORES	ALTERNATIVAS						TOTAL
	POCA		MEDIA		MUCHA		
PREGUNTA 10	Fo	%	Fo	%	Fo	%	5
	2	40%	2	40%	1	20%	

El 40% respondió poca, es porque no les genera mucho grado de complejidad su realización, y aquellos que respondieron media, los cuales forman parte del otro 40% es porque no podrían los jueces controlar por completo al declarante.

PROCURADORES	ALTERNATIVAS												TOTAL
	Declarativo común		Abreviado		Inquilinato		Ejecutivo		Posesorio		Todos		
PREGUNTA 11	Fo	%	Fo	%	Fo	%	Fo	%	Fo	%	Fo	%	5
	3	60%	2	40%	1	20%	1	20%	0	0%	0	0%	

Se observa que el 60% coincidieron que la Videoconferencia puede ser implementada en el Proceso Declarativo Común.

PROCURADORES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 12	Fo	%	Fo	%	5
	1	20%	4	80%	

En la tabla que se observa supra, se denota que el 80% de los procuradores considera que no es necesaria la implementación de una reforma, por ser la videoconferencia un medio no reglado, ya que el mismo Código permite su introducción por medio del art. 330 inc. 2 CPCM.

FISCALES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 1	Fo	%	Fo	%	
	0	0%	6	100%	6

El cien por ciento de fiscales entrevistados concuerda que el ofrecimiento de los medios probatorios regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil no se presenta de una forma cerrada.

FISCALES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 2	Fo	%	Fo	%	
	6	100%	0	0%	6

Al análisis de la tabla anterior, se infiere que el cien por ciento de los agentes fiscales entrevistados considera que la videoconferencia puede ser empleada como un medio de prueba válidamente admisible en atención a lo dispuesto en el artículo 330 inciso 2º C.P.C.M.

FISCALES	ALTERNATIVAS						TOTAL
	A FAVOR		EN CONTRA		INDECISOS		
PREGUNTA 3	Fo	%	Fo	%	Fo	%	
	4	67%	0	0%	2	33%	6

En síntesis, las opiniones vertidas por los profesionales entrevistados opinan que la implementación de la videoconferencia cuando el declarante se encuentra en el extranjero sería un avance para el proceso civil, y mercantil, en cuanto que aseguraría la comparecencia del declarante mismo, contribuyendo a que exista una pronta y cumplida justicia evitando incurrir en irregularidades y que al establecer un procedimiento regulado por el Código Procesal Civil y Mercantil, este adquiriría efectos como cualquier otro medio probatorio establecido en la actualidad, teniendo en cuenta siempre la sana crítica.

FISCALES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 4	Fo	%	Fo	%	
	6	100%	0	0%	6

El cien por ciento de los profesionales entrevistados concuerda en que el uso de la videoconferencia como medio para tomar la declaración del declarante que se encuentra en el extranjero produciría celeridad en los procesos civiles y mercantiles en los que se implemente.

FISCALES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA	Fo	%	Fo	%	
5					
	4	67%	2	33%	6

Al analizar la tabla, se observa que el 67% de los fiscales entrevistados considera que, si sería conveniente usar a las Embajadas o Consulados de El Salvador ubicados en el exterior como un medio útil de captación de la declaración del demandado en función del principio de extraterritorialidad, en aras de ser instituciones que serían transparentes y que deberían tener un protocolo previo establecido para el caso.

FISCALES	ALTERNATIVAS						TOTAL
	EFECTO POSITIVO		EFECTO NEGATIVO		EN CONTRA		
PREGUNTA	Fo	%	Fo	%	Fo	%	
6							
	6	100%	0	0%	0	0%	6

El cien por ciento de los fiscales entrevistados considera que el uso de la videoconferencia generaría un efecto positivo en el desarrollo del Proceso Civil y Mercantil, en tanto que ofrecería mayor celeridad al proceso mismo, y garantizaría el derecho de defensa y de audiencia dentro del proceso.

FISCALES	ALTERNATIVAS						TOTAL
	PROCEDIMIENT O CPCM		PROCEDIMIENTO DISTINTO		OTRO		
PREGUNT A 7	Fo	%	Fo	%	Fo	%	
	4	67%	2	33%	0	0%	6

En este estrato el 67% de los fiscales entrevistados concuerdan que el procedimiento a seguirse para introducir una declaración que ha sido obtenida mediante el empleo de la videoconferencia debería ser el mismo regulado por el Código Procesal Civil y Mercantil.

FISCALES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 8	Fo	%	Fo	%	
	4	67%	2	33%	6

Del análisis de las encuestas, se tiene como resultado que el 67% de los fiscales entrevistados consideran que, si podría existir afectación al principio

de intermediación en caso de admitirse la recepción de una declaración empleando la videoconferencia, siempre y cuando no fuere una transmisión en vivo que permitiese la intermediación entre las partes y el juez, ya que es este último quien dirige el proceso.

FISCALES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 9	Fo	%	Fo	%	
	6	100%	0	0%	6

El total de fiscales entrevistados consideran que el uso de la videoconferencia en la realización de audiencias sería una herramienta útil si se regulara en el Código Procesal Civil y Mercantil, estableciéndose un procedimiento a seguir, el cual prevea los principios y garantías fundamentales.

FISCALES	ALTERNATIVAS						TOTAL
	POCA		MEDIA		MUCHA		
PREGUNTA 10	Fo	%	Fo	%	Fo	%	
	0	0%	4	67%	2	33%	6

El 67% de fiscales entrevistados opina que la dificultad que podría existir para el Juez, así como para las partes al momento de la recepción de prueba testimonial por medio de la videoconferencia, es media, ya que debería de

regularse el procedimiento legal a seguir, la forma en que se llevaría a cabo, de manera que, su implementación no sea arbitraria a cada juez sino un procedimiento preestablecido que prevea principios y garantías.

FISCALES	ALTERNATIVAS										TOTAL
	Declarati vo común		Abrevia do		Inquilina to		Ejecuti vo		Posesori o		
PREGUN TA 11	Fo IIII	%	Fo III	%	Fo	%	Fo	%	F o I	%	6
		5	83 %	3	50 %	0	0 %	0	0 %	1	

El 83% de los fiscales entrevistados considera que resultaría más factible la implementación y uso de la videoconferencia como medio de prueba en el Proceso Declarativo Común, mientras que el 50% considera que resultaría más factible aplicarlo al Procedo Abreviado y el 17% de los fiscales consideran que al Proceso Posesorio.

FISCALES	ALTERNATIVAS				TOTAL
	SI		NO		
PREGUNTA 12	Fo	%	Fo	%	6
		5	83%	1	

El 83% de fiscales entrevistados según su experiencia considera que es necesaria la implementación de una reforma al Código Procesal Civil y Mercantil para el válido uso de la videoconferencia como medio probatorio.

CONCLUSIONES

De acuerdo con los resultados obtenidos, en cuanto al planteamiento de “Si la falta de procedimiento establecido dentro del ordenamiento jurídico, que regule la forma de producir prueba testimonial cuando el declarante se encuentre en el extranjero y no pueda tomarse la respectiva declaración por medio de los mecanismos establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, afecta garantías y principios fundamentales en cuanto al derecho de defensa y contradicción dentro del proceso civil y mercantil salvadoreño”, se puede concluir:

Actualmente en la legislación salvadoreña, al observar el Art. 330 inc.1 del CPCM, se puede denotar que el sistema procesal civil y mercantil salvadoreño, tiene un sistema cerrado o números clausus, ya que regula que la prueba únicamente podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios previstos en dicho Código. No obstante, como toda regla general existe una excepción, la cual se encuentra en el inc. 2º del referido artículo, el cual establece “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 diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios regulados”, estableciéndose por el legislador salvadoreño en este inciso una apertura probatoria, es decir, una libertad probatoria que es otorgada a las partes para la utilización de medios probatorios no previstos por el Código, previniéndose precisamente por el legislador, la existencia de medios probatorios que no se encuentran reglados o que pueden ser creados atendiendo a las necesidades y evolución de la sociedad en cuanto a tecnología y otros, que permitan llevar ese conocimiento y generar convencimiento en el Juez, ante un hecho que se encuentre en controversia.

No obstante, se reconoce la incapacidad que todo Juzgador tiene en cuanto a la recepción o producción de prueba cuando alguna de ellas se encuentra en el extranjero o como en el caso del tema de investigación, cuando dicha prueba recae en una declaración de parte que reside en el extranjero, optándose como alternativa, la cooperación judicial internacional, que se encuentra comprendida del Art. 149-159 del CPCM, no obstante ello se denota, que dicho trámite provoca un retardo en la Administración de Justicia, y en el caso de la declaración, un debate en cuanto a la inmediación del Juzgador, respecto de la prueba producida por otro.

Ante tal situación como se expresó anteriormente, el legislador mediante el inc. 2 del Art. 330 da una libertad probatoria a efecto de que se utilicen mecanismos, como la videoconferencia, como medios probatorios a efecto de producir prueba y permitir al Juez arribar sobre cierto hecho, generándose en su momento la interrogante si realmente la implementación de dicho sistema generaría o no un impacto positivo en el proceso civil y mercantil salvadoreño.

Al respecto es de mencionar que, de la totalidad de personas encuestadas de la muestra tomada para esta investigación, el 89% expreso que el uso de la videoconferencia produciría un efecto positivo en cuanto a la agilización del proceso, creyendo el mismo porcentaje de personas que esto produciría una celeridad en aquellos procesos en los que se implemente.

Lo que en su momento determinado, generó la interrogante de que si bien es cierto el CPCM regula la forma en cómo se puede solicitar y generar cooperación judicial internacional, no expresa nada pero tampoco establece un procedimiento a efecto de la recepción de dicha prueba, ya que si bien es cierto, los convenios internacionales contemplan dos alternativas que atañen en cuanto a la cooperación internacional judicial que son 1) la recepción de

prueba, informes entre otros; y 2) la realización de actuaciones de mero trámite.

Ante tal situación, el 79% de las personas entrevistadas manifestaron que debería seguirse un procedimiento establecido en el CPCM al introducir una declaración que ha sido obtenida mediante el empleo de videoconferencia y que el 61% de dicha población considera que podría existir afectación al principio de inmediación en caso de no admitirse la recepción de la declaración mediante el uso del medio propuesto, ya que el 44% de la población considera que existiría un grado medio de dificultad para el juez y las partes intervinientes en el proceso al momento de la recepción de prueba testimonial, en cuanto al manejo de las reglas del interrogatorio, si la misma es mediante videoconferencia y que el mismo debería ser implementado según el 49% al proceso declarativo común, debiéndose emplear para su recepción a las embajadas y consulados de nuestro país.

Por lo que se logra establecer, que la implementación del sistema de videoconferencia en el proceso civil y mercantil salvadoreño, en los procesos llevados a cabo empleando el que corresponde al declarativo común, generaría no solo una celeridad y efecto positivo, sino una mejor garantía en cuanto a la seguridad jurídica, principio de inmediación y contradicción dentro del mismo, generándose un impacto positivo en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

No obstante lo anterior, si bien es cierto, el Art. 330 inc. 2 CPCM permite el uso de este medio probatorio, se considera pertinente que sea establecido por el legislador mediante la observancia de un procedimiento a seguir en cuanto a la utilización y coordinación con los tribunales requeridos y las embajadas o consulados en donde se realice la recepción, ya que ocurren circunstancias

que deben ser contempladas para poder realizarse de forma exitosa la instalación de una audiencia virtual y la forma en cómo esta se producirá.

Y si actualmente, únicamente se considera válida la implementación de la videoconferencia a través de la integración de normas, se recomienda como parte de los resultados de esta investigación, una reforma al cuerpo normativo que rige la materia en comento, a efecto de que exista una disposición que regule explícitamente la implementación de las TIC como la videoconferencia como medio de captación de prueba, en virtud de lo establecido en el Art. 86 de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Arazi, Roland. *Derecho Procesal Civil y Comercial.* 2ª ed. Parte general y especial, actualizada y ampliada, Edit. Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma. (Buenos Aires. 1995).

Camacho Azula, Jaime. *Manual de Derecho Procesal.* 2ª ed. Editorial ABC. (Bogotá. 1982).

Canales Cisco, Oscar Antonio. *Derecho Procesal Civil Salvadoreño I.* 2ª ed. (San Salvador. 2003).

Carnelutti, Francesco. *La Prueba Civil.* Editorial Arayú, (Buenos Aires. 1955).

Carnelutti, Francesco. *La Prueba Civil.* 2ª ed. Editorial de Palma, (Buenos Aires. 1979).

Cappelletti, Carlos Mario. *La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil.* Editoriales Jurídicas. Europa-América. (Buenos Aires. 1972).

Corbal Fernández, José. *La prueba en el proceso civil.* Consejo General del Poder Judicial. (Madrid. 1993).

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Editorial B DE F, (Buenos Aires. 2010).

Delgado Guasp, Jaime. *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Editorial M. Aguilar. (Madrid. 1948).

De Piña, Rafael. *Tratado de las Pruebas Civiles.* 3ª ed. Editorial Porrúa. (México. 1981).

De Santo, Víctor, *La Prueba Judicial.* 3ª ed, Editorial Universidad de Buenos Aires. (Buenos Aires. 2005).

Ebeledo, Valerio. *Nueva Teoría General de la Prueba.* Editorial Librería Jurídica. (Buenos Aires. 1939).

Echandía, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal: Pruebas Judiciales.* Tomo II, 5ª ed. Editorial ABC. (Bogotá. 1997)

Echandía, Hernando Devis. *Compendio de la Prueba Judicial, Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso.* Tomo I, Rubinzal- Culzoni Editores. (Buenos Aires. 2000).

Fontanet Maldonado, Julio Enrique. *Principios y técnicas de la práctica forense.* UCA Editores. (El Salvador. 2003).

Lessona, Carlos. *Teoría General de la Prueba.* Tomo I, Editorial Hijos de Reus. (Madrid. 1906).

Montero Aroca, Juan. *Manual de Derecho Procesal Civil. El Juicio Ordinario..* Editorial Civitas. (1999).

Montero Aroca, Juan. *Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco. El Juicio Ordinario.* Editorial Civitas. (1999).

Montero Aroca, Juan. *La prueba en el Proceso Civil.* 2ª ed. Civitas. (Madrid. 1998).

Montero Aroca, Juan, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo, Silvia Barona Vilar. *El nuevo proceso civil Ley 1/2000 Ley de Enjuiciamiento civil.* 2ª ed. Editorial Tirant lo Blanch. (Valencia. 2001).

Morales, Saúl. *Los Medios Probatorios.* Universidad de El Salvador. (San Salvador 2010.)

Olaso Álvarez, Jorge. *La Prueba en Materia Civil.* Editorama. (San José, Costa Rica. 2006).

Palacios, Lino Enrique. *La Prueba en el Proceso Penal.* Biblioteca Jurídica Argentina. Editorial Abeledo Perrot. (Buenos Aires. 2000).

Palacios, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil, Tomo I. Nociones Generales.* 2ª ed. Editorial Abelado-Perrot. (Buenos Aires. 1994).

Peczenik, Aleksander. *Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.* Edición digital a partir de DOXA-12. Publicación Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001. (1992)

Rocco, Antonio. *Teoría General del Proceso Civil.* Porrúa. (México. 1959).

Sáenz Jiménez, Epifanio, Jesús Fernández de Gamboa. *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*. Vol. I. Santillana S.A. de Ed. Monte Espinoza. (Madrid 1969).

Sandoval R., Rommel I. *El Nuevo Proceso Civil y Mercantil salvadoreño*. Universidad Tecnológica de El Salvador. (El Salvador. 2010).

Sentis Meléndo, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho Probatorio*. Ejes. (Buenos Aires. 1978).

Tinetti, José Albino. *Igualdad Jurídica*. Editorial Unidad de Producción Bibliográfica y documentación, Consejo Nacional de la Judicatura. (El Salvador, 2004).

TESIS

Alas Guardón, Joaquín Omar, “La Prueba Testimonial en Materia Civil”. (Tesis Doctoral. Universidad de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. 2008).

Alvarado Zepeda Jazmín Amanda, Ana Deysi Borja López y José Darío Rojas García José Darío, “Las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC’s), y su eficacia dentro de los Medios de Prueba del Proceso Penal Salvadoreño”. (Tesis de grado. Universidad de El Salvador 2014),

Amaya Guevara, Victoria Concepción. “Producción de Prueba en los Procesos Civiles” (Tesis de grado. Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Multidisciplinaria Oriental. 2008).

Escobar de Guch, Esmeralda Beatriz y Marvin Guch Majano Marvin Adalberto, “Innovaciones Derivadas de la Oralidad en la Producción en la Prueba Testimonial” (Tesis de licenciatura. Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. 2010).

Hernández, Evelyn Rossana. “Expectativas y perspectivas de la prueba testimonial regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil”. (Tesis de grado. Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. 2009).

Mejía Contreras, Laura Elizabeth, Luis Federico Roque Arévalo, José Leonardo, Sánchez Cuyunque. “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”. (Tesis de grado. Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. 2009).

LEYES

Código de Procedimientos Civiles. (Asamblea Legislativa de El Salvador. 1882)

Código Procesal Civil y Mercantil. (Asamblea Legislativa de El Salvador. 2008)

Ley de Procedimientos Mercantiles. (Asamblea Legislativa de El Salvador. 2012).

Ley del Notariado. (Asamblea Legislativa de El Salvador. 1962. Última reforma 2003).

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Código de Derecho Internacional Privado. (6° Congreso Panamericano, Cuba. 1928)

Declaración Americana de Derechos y Deberes de la Persona. (IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá. (1948)

JURISPRUDENCIA

Sentencia Definitiva. Referencia: 21-AP-2004 (Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. 2005)

REVISTAS

Álvarez Chávez, Víctor Hugo. “El testimonio como medio de prueba”. *Revista del Trabajo y la Seguridad Social*. N° 5. (Buenos Aires. 1983).

Climent Durán, Carlos. “Sobre el valor probatorio de la prueba pericial”, *Revista General de Derecho*. N° 547. (Valencia. 1990).

Devis Echandía, Hernando. “Conferencias Dictadas por él en la Facultad de Derecho de la Universidad de El Salvador”. (El Salvador. Primer Trimestre de 1969).

Melero, Silvia. “La Prueba Procesal”, *Revista de Derecho Privado*. Tomo I, Madrid. (1963).

Sandoval R., Rommel I. Proyecto de Código Procesal Civil y Mercantil. *Revista de la Escuela de Derecho*. Universidad Tecnológica, año 3, N° 5 (2008).

DICCIONARIOS:

Enciclopedia Jurídica. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/iura-novit-curia/iura-novit-curia.html>.

Real Academia Española, “*Diccionario de la Lengua Española*”, avance de la 23a. ed. [En línea], <http://lema.rae.es/drae/>.

SITIOS WEB

Asamblea Legislativa. Biblioteca Legislativa “Dr. y Pb. Isidro Menéndez”. <http://asamblea.gob.sv/eparlamento/biblioteca/dr.-y-pbro.-isidro-menendez>.

Asamblea General de Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos (París. 1948). <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Fernández León, Oscar. La desacreditación del testigo durante el interrogatorio. *Legal Today*. (Noviembre. 2017). <http://Legaltoday.com/blogs/gestión-del-despacho/blog-manual-interno-de-gestion/la-desacreditación-del-testigo-durante-el-interrogatorio>.

Fons Rodríguez, Carolina. “La Videoconferencia en el Proceso Civil (La Telepresencia Judicial)”. http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/s_p2fon.pdf

HUIDOBRO, José. “Tecnologías de información y comunicación”.
<http://www.monografias.com/trabajos37/tecnologiascomunicacion/tecnologias-comunicacion.shtml>

Organización de Estados Americanos. Declaración Americana de Derechos y Deberes de la Persona. (Bogotá, IX Conferencia Internacional Americana, 1948), <http://www.oas.org>.

Sandoval R., Rommel I. *La Práctica Adversativa de la prueba de testigos en el nuevo Código Procesal Civil Y Mercantil de El Salvador.* <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1234/laprat icaadversativacodigoprocesalcivilmercantil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.