

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2010
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**LAS EXENCIONES DE DECLARAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL
Y MERCANTIL.**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO Y TÍTULO DE:

LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTAN:

AYALA BONILLA ADA GERARDINA
GARCIA LEONARDO SARA NOHEMY
RIVERA LAINEZ CARLOS FRANCISCO

LIC. WILFREDO ESTRADA MONTERROSA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE DE 2010.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SÁNCHEZ

RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ANGEL PÉREZ RAMOS

VIRRECTOR ACADEMICO

LICENCIADO OSCAR NOÉ NAVARRETE ROMERO

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHÁVEZ

SECRETARÍA GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMÉNEZ

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES

DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

SECRETARIO

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILA

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICENCIADO WILFREDO ESTRADA MONTERROSA

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO.

AGRADECIMIENTO:

A DIOS TODOPODEROSO por haberme dado la paciencia y sabiduría necesaria para culminar con mis estudios y lograr alcanzar una meta en mi vida, la cual es graduarme de la Universidad de El Salvador.

A MIS QUERIDOS PADRES, por apoyar siempre las decisiones que he tomado a lo largo de mi vida, por ser parte de este triunfo y por estar con siempre.

A MIS HERMAN@S Y SOBRINOS, que de alguna manera me han dado su apoyo en este logro que he alcanzado.

A MIS TI@S, que apoyaron en todo momento y circunstancias de mi carrera.

A MI NOVIA, por apoyarme en este proceso que hemos culminado.

A MIS AMIGOS, por brindarme su amistad incondicional y su apoyo a lo largo de la carrera.

INDICE

INTRODUCCION.....	I
CAPITULO UNO	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1 UBICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN EN SU CONTEXTO SOCIO – HISTÓRICO	1
1.1.1 Aspectos Coyunturales	1
1.1.2 Aspectos Históricos.....	3
1.1.3 Creación y Aprobación del Código Procesal Civil y Mercantil	6
1.2 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.3 IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	11
CAPITULO DOS	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	13
2.1 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y MERCANTILES.....	13
2.2 DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.....	14
2.3 ANTECEDENTES DE LAS EXENCIONES A DECLARAR POR PARTE DEL MEDICO	23
2.3.1 El Juramento Hipocrático como el más Antiguo de los secretos profesionales.....	28
2.4 ANTECEDENTES DE LAS EXENCIONES A DECLARAR POR PARTE DEL LOS SACERDOTES O RELIGIOSOS	29
2.4.1 Antecedentes Antes de Cristo.....	30
2.4.2 La Confesión en el Romanismo	30

2.5	ANTECEDENTES DE LAS EXENCIONES DE DECLARA DEL ABOGADO	33
2.6	ANTECEDENTES DE LAS EXENCIONES DE DECLARA DEL PERIODISTA	36
2.7	EL SECRETO COMERCIAL.....	37

CAPITULO TRES

ASPECTOS DOCTRINARIOS Y REGULACIÓN LEGAL DE LA PRUEBA

	TESTIMONIAL Y LAS EXENCIONES DE DECLARAR	41
3.1	NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	41
3.1.1	Objeto de la Prueba Testimonial.....	42
3.1.2	Objeto de la Prueba Testimonial en el Código Procesal Civil y Mercantil	43
3.2	LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE TESTIGOS.....	43
3.3	REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	46
3.3.1	Requisitos para que exista procesalmente un Testimonio	48
3.3.2	Requisitos de validez y eficacia del testimonio	51
3.4	DEBERES Y DERECHOS DEL TESTIGO.....	56
3.4.1	Deberes	56
3.4.2	Derechos del Testigo	61
3.5	SUJETOS DEL TESTIMONIO	63
3.5.1	Distintas Clases de Testigos	63
3.5.2	Práctica de la prueba testimonial	67
3.5.3	Proposición de la Prueba Testimonial.....	67
3.5.4	Admisión de la Prueba Testimonial.....	69
3.6	DECLARACIÓN DEL TESTIGO	71
3.7	REGULACION LEGAL DE LAS EXENCIONES DE DECLARAR.....	72
3.7.1	La Exención de Declarar del Abogado.....	72

3.7.2	La Exención de Declarar del Medico.....	75
3.7.3	Otras Exenciones del Deber De Declarar	78
3.7.4	La Regulación Internacional de las Exenciones de Declarar	82

CAPITULO CUATRO

	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	87
4.1	HIPÓTESIS GENERAL.....	87
4.1.1	Hipótesis Específicas	87
4.2	PROCESO DE OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS.....	87
4.3	DETERMINACIÓN DE MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS UTILIZAR	91
4.3.1	Método	91
4.3.2	Técnicas.....	92

CAPITULO CINCO

	RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO	95
5.1	PRESENTACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS.....	95
5.2	PROFESIONALES ENTREVISTADOS.....	95
5.3	¿HA RECIBIDO ALGUNA CAPACITACIÓN SOBRE CONTENIDO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL?	98
5.4	¿CONOCE ALGUNA DE LAS FIGURAS JURÍDICAS EN RELACIÓN A LA PRUEBA TESTIMONIAL, INCLUIDAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL?.....	99
5.5	SEGÚN SU OPINIÓN ¿CUÁLES SON LAS VENTAJAS QUE TRAE CONSIGO LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, EN COMPARACIÓN AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES?.....	100

5.6	DESDE SU PUNTO DE VISTA ¿CONSIDERA QUE CON LA REGULACIÓN LA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL HABRÁ MAYOR APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS?.....	102
5.7	¿QUÉ OPINIÓN LE MERECE LA ELIMINACIÓN DE LAS INCAPACIDADES DE LAS INCAPACIDADES Y LAS TACHAS DE TESTIGOS EN EL ANTIGUO PROCESO CIVIL Y MERCANTIL SALVADOREÑO A LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y MERCANTIL?	103
5.8	CREE USTED QUE LOS CAMBIOS APLICADOS A LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL GENERARA VENTAJAS EN LA CELERIDAD DEL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL SALVADOREÑO PARA LA APLICACIÓN DE JUSTICIA.	105
5.9	¿CONSIDERA USTED, QUE EL SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA SANA CRÍTICA AYUDARA A UNA MEJOR VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN LOS PROCESOS CIVILES Y MERCANTILES?	106
5.10	¿CONSIDERA OPORTUNA LA INCLUSIÓN DE LA EXENCIONES DE DECLARAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL?	107
5.11	CONOCE USTED A QUIENES SE LE ATRIBUYE LA FACULTAD DE NEGARSE DE DECLARAR AMPARÁNDOSE EN LAS EXENCIONES	108
5.12	¿CONSIDERA CORRECTO QUE EXCUSÁNDOSE EN EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS EXENTOS DE DECLARAR, SE DEJAN FUERA CIERTOS ELEMENTOS IMPORTANTES DEL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL POR LA NEGATIVA DE DECLARAR?	109
5.13	¿CUALES SERIAN ALGUNAS VENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE LA FACULTAD DE NO DECLARAR PARA DICHAS PERSONAS EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL?	110
5.14	¿CREE USTED QUE LA REVELACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL PUEDE TRAER CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA LOS TESTIGOS?	112

CAPITULO SEIS	113
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	113
6.1 CONCLUSIONES	113
6.2 RECOMENDACIONES.....	118
BIBLIOGRAFÍA	122

INTRODUCCION

El estudio constante de las instituciones procesales resulta no solo importante, sino algo necesario, ya que una de las características del Derecho es que debe actualizarse constantemente, de acuerdo a las necesidades y a la realidad jurídica de cada país y de cada época. Nuestro Derecho Procesal Civil y Mercantil, por tanto no se queda atrás en este esfuerzo y en aras de actualizar el Derecho Procesal Civil y Mercantil, se creó el Código Procesal Civil y Mercantil, el cual incorpora de una serie de innovaciones en cuanto a las figuras procesales, que de alguna manera demandan una preparación profunda en los todos los actores del proceso.

En este orden de ideas, el presente trabajo de investigación denominado “Las Exenciones de Declarar en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil”, se ha enfocado en las innovaciones que dicho cuerpo legal aporta, en especial a lo que a Exenciones de Declarar en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil se refiere, en vista de que dicha exenciones protegen los secretos profesionales, en la nueva legislación Procesal Civil y mercantil.

El trabajo de investigación que se muestra a continuación se compone de seis capítulos. En Primer capítulo se presenta el planteamiento del problema, conformado por la ubicación que el objeto de investigación tiene en el contexto socio-histórico, los antecedentes de la investigación, identificación de la situación problemática.

En el segundo capítulo se presenta los antecedentes históricos, donde encontraremos antecedentes históricos del código de Procedimientos Civiles, la

prueba testimonial en materia civil, como antesala para el tema de investigación es decir a las Exenciones de Declarar, de la cual se presentan los antecedentes de las exenciones a declarar por parte del medico, seguido de los antecedentes de la exenciones a declarar por parte de los sacerdote o religiosos y del abogado, de la cual se presenta su desarrollo de antecedentes históricos de la investigación.

En el Tercer capítulo se muestra los aspectos doctrinarios y la regulación legal de la prueba testimonial y las exenciones de declarar, es decir, se abordan las distintas doctrinas sobre le tema del estudio, pero también su regulación legal, tanto a nivel nacional como internacional, hace el Código de Procedimientos Civiles y el Código Procesal Civil y Mercantil.

En el Cuarto Capítulo, se muestra la metodología de la Investigación, es decir el planteamiento de las Hipótesis, generales y específicas, el proceso de operacionalizacion de las mismas y los métodos, técnicas e instrumentos a utilizar, donde la entrevista selectiva, juega un papel muy importante.

El Quinto capítulo, se desarrolla la presentación y descripción de datos, en este apartado encontraremos el resultado de las entrevistas efectuadas a profesionales del Derecho, así como la interpretación de los datos recopilados.

En el sexto capítulo está conformado por las Conclusiones y Recomendaciones, a las cuales se arribó luego de analizar el trabajo de investigación en su conjunto.

Todo lo cual pretende ser de gran ayuda para entender un poco el nuevo papel que las exenciones de declarar traerá consigo en el proceso, a la luz del Código Procesal Civil y Mercantil.

CAPITULO UNO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 UBICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN EN SU CONTEXTO SOCIO – HISTÓRICO

1.1.1 Aspectos Coyunturales

Periodos de cambios y de mayores exigencias en cuanto a los procesos civiles y mercantiles son los que conllevan a tener como menester introducirse en un período de transición jurídica en La Legislación salvadoreña, ya que el Código de Procedimientos Civiles estuvo en vigencia desde 1882, una trayectoria y vigencia centenaria, razón por la que los legisladores se ven en la necesidad de innovar y así presentar una opción mucho mas practica y sin perder la efectividad del anterior código, por ello se tiene un nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, que entra en vigencia a partir del 1 de julio de 2010, donde los operadores del sistema de justicia civil y mercantil, se han visto en la necesidad de estar capacitados y preparados, ya que desde hace algún tiempo han estado siendo instruidos por medio de capacitaciones y sesiones en las cuales se ha visto de lleno el contenido de este nuevo orden jurídico, que es totalmente novedoso para el proceso Civil y Mercantil salvadoreño, por lo que de igual manera se considera de suma importancia el estudio de algunos aspectos importantes del Código Procesal Civil y Mercantil, por ello resulta imprescindible, ya que estamos incursionando en un proceso más moderno y que demandará preparación en las diversas instituciones procesales y en especial en lo que respecta a las Exenciones de Declarar se refiere, puesto que el sistema de la escritura a la que estamos acostumbrados dejará de prevalecer casi por completo y el sistema de

oralidad prevalecerá en la nueva legislación Civil y Mercantil junto a nuevas figuras procesales.

“Para nadie es un secreto que nuestros tribunales de justicia Civiles y Mercantiles, con la aplicación del vigente código (1882) se vuelven depositarios de libros de biblioteca, más que de expedientes. El proceso se convierte en algo engorroso, fastidioso e interminable, la escritura hace de él un trámite impersonal y estratégico. Impersonal, porque el contacto que tiene el juez con la partes, y lo que se expresa por escrito es muy diferente a lo que se podría subrayar en forma oral y directa; estratégico, pues la escritura permite que el abogado inescrupuloso, desarrolle las más creativas técnicas para demorar el proceso.”¹

Ante esta problemática, era muy necesario contar con un nuevo cuerpo normativo que unificara y estableciera procesos y procedimientos uniformes en materia Civil y Mercantil, y que tuviera como fin primordial la brevedad de los procesos y procedimientos, además de la incorporación del sistema de oralidad se pretende dejar atrás el sistema de escritura que ha prevalecido por mas de un siglo y donde el juez no tiene un papel protagónico en el proceso, la nueva legislación pretende que el juez tenga un papel mas protagónico en el desarrollo del proceso, garantizando una mejor administración de justicia y mejores garantías para las partes del proceso.

Indudablemente uno de los factores más importante en torno a esta cambio es la posibilidad de aportar mayor celeridad en la tramitación de procesos que son notoriamente lentos, y que se ha incluido en este nuevo cuerpo normativo, comprobando así que, la inmediación en el conocimiento de la prueba

¹ Exposición de Motivos del Código Procesal Civil y Mercantil, tomado del Código Procesal Civil y Mercantil, Editado por la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2009.-

por parte del juzgador y además, las partes procesales con su alegato ante el mismo permite una mejor aplicación del derecho, cosa contraria a lo que sucedía con el sistema escrito mediatizado y excesivamente formal que tradicionalmente ha sido implementado en el país. Es por ello que los tribunales de lo Civil y Mercantil, aplicarán todos estos aspectos importantes en un único procedimiento simplificado, que hará posible un proceso más práctico y con mucha más celeridad en la aplicación de justicia

1.1.2 Aspectos Históricos

Los antecedentes inmediatos para la creación del Código de Procedimientos Civiles que estuvo vigente desde la fecha de 1882, los encontramos en la época Napoleónica, ya que “en dicho momento histórico, en Europa, y en especial en Francia, comenzó a darse el fenómeno de la Codificación. Así tenemos que el 1º de Enero de 1807 en Francia, se creó el *Code de Procedure Civile*, cuerpo legal que posteriormente sirviera como ejemplo para otras legislaciones a nivel mundial.”²

El fenómeno de la Codificación en El Salvador, fue hasta el año de 1843, cuando el Presbítero y Doctor Isidro Menéndez, comienza a dar los primeros trabajos de codificación, quien fue también el redactor de un Proyecto de Código de Procedimientos Judiciales, el cual fue sometido a múltiples observaciones y declarado como Ley de la República el 20 de Noviembre de 1857, constituyendo nuestro primer Código de Procedimientos Civiles y Criminales. Sin embargo con el surgimiento del Primer Código Civil, trajo como consecuencia una innumerable cantidad de reformas a diferentes cuerpos de ordenamiento jurídico, lo cual hizo determinar que existía una serie de inconsistencias entre ciertos cuerpos legales

² Francoz Rigalt Antonio “La Oralidad en el Proceso Civil”, México.-Archivo PDF.-

incluido el Código de procedimientos Judiciales, por dichas circunstancias se implementa una serie de reformas al mismo, lo que llevo a delegar una comisión de Abogados para que revisara el proyecto de reformas. Fue así como un proyecto de reformas termino como un nuevo Código, el cual unificaba dos cuerpos de leyes, por un lado el Código de Procedimientos Civiles y por el otro el Código de Instrucción Criminal, los cuales fueron publicados en la Gaceta Oficial el 15 de Enero de 1863. El cual tiene su fuente en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, se consagró en el ordenamiento jurídico el “solemnis ordo iudiciarius” caracterizado por ser un Sistema escrito, lento, burocrático, exceso de ritualismos y formalidades generando una pérdida de tiempo.

De la misma manera el 28 de Agosto de 1879, se nombró una nueva comisión de Abogados para que redactaran proyectos de reformas a los Códigos, esta comisión fue nombrada por el Poder ejecutivo, facultado previamente por la Asamblea Nacional Constituyente, dicha comisión, por Decreto Ejecutivo del 31 de Diciembre de 1881, publicado en el Diario Oficial el 1º de Enero de 1882, se tuvo por Ley de la República un nuevo Código de Procedimientos Civiles, vigente hasta el treinta de junio del año del presente año.”³

En síntesis, “el Código de Procedimientos Civiles, tuvo su inspiración en los movimientos codificadores españoles de principios y mediados del siglo XIX, se trata de un proceso medieval y con retoques de la época liberal”.⁴, ya que se dieron ciertos cambios como el crecimiento gremial que produjo un proceso de colección por escrito de las costumbres de cada corporación, ordenándolas

³ Mendoza Orantes Ricardo “Comentarios sobre los Antecedentes del Código de Procedimientos Civiles” expuestos en la Recopilación de Leyes Civiles, Editorial Jurídica Salvadoreña, 26ª Edición, San Salvador, 2006.-

⁴ Velasco Mauricio Ernesto Magistrado de la Sala de lo Civil de la CSJ) “Ponencia en la presentación y entrega oficial del Código Procesal Civil y Mercantil a la Asamblea Legislativa” Pág. Web- <http://www.csj.gob.sv/comunicaciones>.

cronológicamente en tomos, que se llamaron Estatutos, que han servido de preciosos precedentes de una legislación mercantil. Como estos Estatutos estaban escritos en latín, lengua que no dominaban los comerciantes y sus jueces, fue preciso refundirlos en colecciones para lograr su difusión, sobresaliendo entre éstas por su carácter de generalidad y mayor mérito: el Consulado del Mar, para los mares de Levante: los Rooles o juicios de Olerón, para los mares de Poniente; y las Leyes de Wisbuy, para los mares del Norte.

Todo esto dio lugar a que al lado del Derecho Civil se fuera formando un Derecho Mercantil , con características cada vez más propias, lo que determinó que al llegar la época de la Codificación se considerara la necesidad de elaborar un Código de Comercio paralelamente al Código civil.

El Derecho tiene la característica de ser cambiante, y por ello debe de adecuarse constantemente a las condiciones jurídicas, sociales, económicas, políticas, etc. de la sociedad en que vivimos. Por lo cual, cabe mencionar que el Código de Procedimientos Civiles fue publicado en el año de 1882, teniendo por ello mas de un siglo de vigencia, por lo que ya no corresponde con las necesidades jurídicas que presenta nuestra sociedad. En la actualidad era necesario que dicha normativa procedimental fuera renovada mediante otro cuerpo normativo y que este le diera a la sociedad mejores condiciones en el proceso, actualizándose de acuerdo a las nuevas corrientes del pensamiento jurídico, incorporando una serie de preceptos modernos y propios de los procesos orales, como son el predominio de la palabra, a viva voz y la presencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, función activa del juez, reducción de incidentes e impugnaciones y dotando el sistema de libre valoración de la prueba.

1.1.3 Creación y Aprobación del Código Procesal Civil y Mercantil

“La creación del anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil, tuvo su inicio a partir de enero del año 2001, por dos comisiones una redactora y una revisora; en el mes de noviembre de ese mismo año, se entregó a la Corte Suprema de Justicia el anteproyecto ya sistematizado. Las corrientes que se tomaron en cuenta están la Ley de Enjuiciamiento Civil Española y los Códigos Procesales suramericanos (Peruano y Uruguayo) y las reglas de evidencia o prueba del sistema anglosajón.”⁵

“En la elaboración del Código, sus redactores tomaron en consideración los textos legales en materia procesal, que se han aprobado en las últimas décadas en los países de nuestra cultura, pero sin perder de vista la tradición jurídica salvadoreña, así como la idiosincracia del Órgano Judicial. Particularmente, el código recoge la experiencia vivida en nuestro país en los procesos de reforma legal y judicial que ha habido en las materias de Menores, Penal y especialmente de Familia. Toda esta experiencia ha sido capitalizada grandemente, sobre todo en los principios del proceso por audiencias y en la incorporación de las reglas de derecho probatorio propias de dicho sistema.”⁶

Lo que se buscaba en los intentos por reformar y crear un nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, era un sistema que simplificará y unificará los procesos judiciales en estas materia y que los encaminara a lograr una eficacia y eficiencia del proceso y en especial del órgano judicial, de manera tal, que los procesos fueran mas sencillos y agiles posible, la conclusión de los conflictos mediante el dictado de una sentencia firme, otro motivo propuesto era la unificación de los Procesos Civiles y Mercantiles por la razón de afinidad de sus

⁵ Ídem.

⁶ Exposición de Motivos. Ob. Cit.

materias, con lo cual también se pretendió innovar con incorporación de la oralidad del proceso donde se pretende que los juicios sean por audiencia e implementar nuevas garantías y principios que regirán el buen funcionamiento y desarrollo del proceso.

“En razón de ello, el día 18 de Septiembre del año 2008,⁷ la Asamblea Legislativa aprobó el Código Procesal Civil y Mercantil, por unanimidad, los diputados avalaron que todo litigio sea ventilado a través de audiencias orales en el que demandante y demandado a través de sus apoderados puedan exponer de forma verbal al juez sus argumentos, dicha aprobación contó con el aval de todas las fracciones legislativas luego de subsanar observaciones sobre determinados artículos.

Sin embargo, la ley no podría entrar en vigencia sino hasta el 1º de julio de 2010.⁸

1.2 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Hasta la fecha en El Salvador, el tema sobre la exenciones de declarar en la calidad de testigo no ha sido tratado previamente como tal, es un tema de innovación en el Código Procesal Civil y Mercantil, ya que el código de Procedimientos Civiles y la Ley Procedimientos Mercantiles, no regulaba las exenciones de declarar; y, en consecuencia con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, se establece una nueva regulación sobre las exenciones de declarar de los testigos en materia Civil y Mercantil, objeto de

⁷ Decreto Legislativo No. 712 de fecha 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo 381 de fecha 27 de noviembre de 2008

⁸ La razón de dicha prórroga, según los argumentos que ha dado la Corte Suprema de Justicia, es el recorte al Presupuesto de dicha institución para el año 2010.

nuestro estudio, del cual no existe antecedente alguno; sobre las novedades que se han incluido en la misma y como resultado de las expectativas y perspectivas que se producen alrededor de las Exenciones de Declarar en dicha regulación, vemos la necesidad de hacer un estudio de este tema tan interesante e innovador y así poder brindar un aporte a la sociedad jurídica salvadoreña.

En materia penal se regula, estas figuras con la facultad de abstención, el deber de abstención y el derecho de abstención, estas tres figuras jurídicas tienen un mismo fin que es proteger el secreto profesional de los testigos para que este no sea revelado en el Proceso Penal. Lo que se procura con estas figuras, es que los secretos profesionales sean protegidos y si se llegan a revelar por alguna circunstancia este sujeto que lo revela será sancionado con una pena prevista en el Código Penal; estas figuras jurídicas va encaminada para aquellas personas ya sea por el grado de consanguinidad o relación familiar que existe entre el testigo y una de las partes, entre relación de Medico y Paciente, de Cliente y Abogado, puedan estas alegar en su caso la abstención de declarar, y en caso de los profesionales el deber o el derecho de abstención. Con el cual pueden ellos evitarse posibles consecuencias jurídicas como lo es de ser enjuiciados por la revelación de sus secretos profesionales.

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, hay un aspecto novedoso dentro de la actividad probatoria, específicamente dentro de la Prueba Testimonial. Es conocido que un testigo, luego de estar calificado como tal y poseer su capacidad, tiene el deber de declarar, de exponer, de decir la verdad en el proceso, pero existen ciertas exenciones al deber de declarar con el fin de darle protección al secreto profesional, para que este no sea revelado, ni que perjudique a ninguna de las partes, es un tema apasionante y siempre de actualidad, pues atañe a todo profesional a quien directa o indirectamente, se

hacen de su conocimiento hecho o acciones, cuya revelación podría causar un perjuicio real.

“Sobre el tema de los testigos pueden hallarse normas expresas, en el antiquísimo Código de Manú, la Biblia (Antiguo Testamento), las Constituciones Griegas y en el derecho Romano en cualquier época. En las postrimerías de la Edad Media, a la obra civilizadora de este último en la justicia contribuyo decididamente a su reflatamiento como prueba principal, tanto en el proceso inquisitorio como acusatorio.”⁹

“El testimonio de terceros durante las pruebas bárbaras en la Edad Media pasó a segundo término; pero al caer en desuso las decisiones fundadas en el Juicio de Dios, las Ordalías, el dicho judicial y el juramento aquel fue obteniendo preeminencia.”¹⁰

“Encontramos a los testigos entonces, antes y en el mismo proceso judicial, así por ejemplo, en la etapa denominada *In Ius Vocatio*, por la que comenzaba el proceso regulado por las Leyes de XII Tablas, empleados ya inicialmente como fuentes o medios, la acreditación de haberse dirigido por el Actor la citación al demandado a objeto de que éste se constituyera en el juicio, frente a cuya incomparecencia habría de traérselo por la fuerza (*Si in Ius Vocat It. Ni It Antestaminor; Igitur em Capito; Si llama a Juicio, que vaya. Si no van, pon testigos*); después échale mano. La declaración de testigos ya para la demostración de los hechos o afirmaciones deducidos en el proceso como presupuestos de las acciones y defensas esgrimidas, era entonces la manera que lo sería en el viejo Derecho Egipcio, Babilónico, Hindú y Hebreo, entre otros, y

⁹ DE SANTOS, VÍCTOR. “**La Prueba Judicial**” Teoría y Práctica. Segunda edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 1994. Pág. 5

¹⁰ Idem.

que habría de perdurar en el Derecho Romano Clásico hasta llegar a nuestros días con una variable eficacia.”¹¹

“Los testigos en esa época se pesaban, no se contaban; o lo que es lo mismo, interesaba más la sustancia del testimonio que el número o la singularidad del testigo, o vale decir, se valoraba más el contenido de la declaración en sí misma, que su eventual coincidencia con el de otras personas que pudieran deponer en igual sentido”.¹²

En esos casos, era que se aplicaba la máxima *Unus Testis Nullum Testis*¹³ no había sido aún aceptada, por lo que la declaración de un solo testigo podía tener entonces mayor valor, que la de un conjunto o grupo de ellos”.¹⁴

Nosotros definimos al testigo como la persona que declara voluntariamente ante el tribunal sobre hechos que son relevantes para la resolución del asunto sometido a su decisión, dicha declaración recibe el nombre de testimonio.

El testigo puede ser un testigo presencial o no presencial (que es aquel que declara sobre algo que ha oído o le han contado).

Los testigos son aquellas personas extrañas a la litis terceros que deponen sobre hechos que han percibido por sus propios sentidos y tienen relevancia probatoria en el proceso.¹⁵

¹¹ KIELMANOVICH, JORGE “**Medios de Prueba**”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993. Pág. 21-22

¹² Ídem.

¹³ Loc. Latino que significa “Un testigo, ningún testigo”; es decir, un solo testigo es como si ninguno hubiera, ya que su veracidad no puede confrontarse con la declaración sobre el mismo hecho que formule otra persona.”

¹⁴Kielmanovich Jorge. Ob. Cit. Pág. 22

El testimonio es una de las distintas pruebas que pueden plantearse en un juicio. Su validez dependerá de la credibilidad del testigo, que a su vez depende de una serie de factores como la afinidad o enemistad que pueda tener con alguna de las partes.

1.3 IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

A lo largo de la historia, la resolución de los conflictos se ha dirigido bajo las directrices del derecho procedimental, donde se siempre se ha llegado a encontrar la verdad real o procesal sobre los hechos controvertidos entre las partes y para poder llegar a la resolución del conflicto las partes en conflicto siempre han recurrido a las pruebas para llegar a esclarecer los hechos reclamados o controvertidos en el conflicto.

En El Salvador hasta la fecha, la protección al secreto profesional es deficiente en materia procesal Civil y Mercantil, ya que, la legislación que se encuentra en vigencia en nuestro país solo es en materia penal se le da protección al secreto profesional ya que se regulan una serie de abstenciones en cuanto a que no se declare en el proceso; por lo cual en materia civil y mercantil se deja en desprotección los secretos profesionales de muchos testigos que participan en los diferentes procesos entre los particulares, en donde se ven obligados a revelar los secretos profesionales en el proceso, porque la Legislación Procesal Civil y Mercantil, no dan una verdadera regulación que proteja los secretos profesionales en las diferentes causas privadas.

Se presenta el problema de hasta qué punto es admisible una limitación al secreto profesional, sin que ello signifique una vulneración de los derechos del

¹⁵ Enrique Paillas, estudios de derecho probatorio, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

testigo ni perjudique al desarrollo de la actividad jurisdiccional. Es este conflicto central que se presenta en el ámbito de las excepciones al secreto profesional, pues se cuestiona sobre la legitimidad de esos límites y si ellos son tolerables en el ejercicio de las diferentes profesiones.

CAPITULO DOS

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y MERCANTILES

El Código de Procedimientos Civiles, recientemente derogado, data de 1882, es de recalcar que aun en esa época no se mostro con un alto grado de vanguardismo, es más, fue carente al momento de agregar elementos novedosos de las legislaciones que tomo como base, muestra de ello es la oralidad, que se encontraban contenida en la Ley Española, pero el Código preservó la forma de proceso tradicional, es decir, que se respaldaba en la escrituralidad, formalismo, mediación, etc.

En este sentido, no es nuevo el esfuerzo de los Juristas a lo largo de la historia, el poder adoptar un sistema jurídico que potencialice la sistematización de los procesos y que además los oriente a alcanzar de la manera más sencilla y ágil posible, la finalización de los conflictos, por medio de la declaratoria de un sentencia definitiva; y que así se le de solución a los conflictos de la manera mas rápida de lo posible en donde se respeten los principios procesales y se hagan cumplir en el proceso el cual será por medio de audiencias orales donde queda atrás la escrituralidad que imperado por mas de un siglo en los procesos civiles y mercantiles.

El Código Procesal Civil y Mercantil, demuestra el más vigente de dichos esfuerzos, que desde el siglo pasado vienen desplegándose. La presentación de este como anteproyecto ha sido un trabajo que inicio en el 2001, hasta llegar a su respectiva aprobación el 19 de septiembre de 2008, el cual ha entrado en vigencia el primero de julio del presente año y se ha comenzado a implementar

en El Salvador una nueva forma de procesos en materia Civil y Mercantil, que con la nueva normativa son procesos por audiencias con lo cual se deja de lado la escrituralidad que había venido imperado en los proceso de naturaleza Civiles y Mercantiles.

La legislación que mayormente se tomo en cuenta para la elaboración de este proyecto, fue la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

Esta Ley entro en vigencia el 8 de enero de 2001 y fue promulgada en el año 2000, en el cual habilita la práctica del sistema por audiencias, que vino a abolir el viejo sistema y diseño estrictamente escrito. En la Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentra contenido el Principio de Oralidad. Asimismo se encuentra contemplada en nuestro Código la oralidad, además de la inmediatez de la evaluación de los elementos probatorios, este principio persiste conjuntamente con la oralidad.

2.2 DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

La prueba testimonial es considerada como una de las más antiguas, incluso, se le identifica con el nacimiento del proceso mismo.¹⁶

Siempre se ha observado la Prueba Testimonial, como uno de los medios de prueba más apto para producir el convencimiento del Juez sobre los hechos o eventos que se someten a su juicio. En otras palabras la prueba testimonial se vuelve elemento fundamental para solucionar conflictos jurídicos.

¹⁶GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Editorial Harla. México, quinta edición, pág. 58.

Así mismo la prueba de Testigos; como también se le conoce, por su esencia se ha vuelto el medio más utilizado para demostrar la existencia de un hecho o acontecimiento pero poco se sabe su antigüedad y cómo surge la prueba testimonial.

Es así, que “la prueba de testigos es tan antigua como el más antiguo de los ordenamientos positivos humanos. Este tipo de Prueba nació a la vida del derecho con el derecho mismo y todas las estructuras jurídicas la legislan con la misma relevancia”.¹⁷

Las pruebas mediante documentos, peritos, reconocimiento judicial e indicios, necesitaron y necesitan siempre de la evolución de la sociedad y de los Estados.

“La palabra oral en los pueblos primitivos a diferencia de la prueba escrita, era el principal medio de expresión de y entre las personas, y por ende de recreación o representación de hechos sucedidos en otras circunstancias de tiempo o de lugar”.

Los hechos se “conocían” pues, por los relatos o narraciones más o menos fieles que se transmitían oralmente de persona en persona, cuya existencia así en un cierto momento se confundía casi con la propia narración; el hecho existía por la narración que de éste hacían otros individuos y en tanto ella se verificara.”¹⁸

¹⁷De Santo, Víctor. El Proceso Civil. Tomo VI. Prueba de Testigos, Nociones Generales. Procedimiento probatorio. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1986. Págs. 3-4.

¹⁸ Kielmanovich Jorge, “Medios de Prueba”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993. Pág. 19

Como dice Alarcón, un gran valor porque era el único medio con el cual contaban los hombres para hacer constar los Actos Jurídicos que celebraban o los hechos de los cuales derivaban sus derechos”.¹⁹

Por ende la practica Judicial no escapo del alcance de este mecanismo, así fue como la exposición presentada por terceros fuero admitida para la reconstrucción de hechos llamados a constituirse en objeto de la prueba en los procesos Judiciales, debido ello fundamentalmente a la credibilidad en la palabra del hombre y al común desconocimiento de la escritura, que para ese entonces, era patrimonio, en todo caso de unos pocos.²⁰

Por lo tanto a Prueba Testimonial se sobrepuso a la prueba Documental por la poca utilización del documento, aun hasta la época designada como Edad Media y buena parte de la Eda Moderna, se consideró como un de los principales mecanismos para la resolución de conflictos.

Es por esto que Bentham sostenía que los testigos son los ojos y los oídos de la Justicia”.²¹

Por esta razón durante muchos años se consideró como infalible el principio que estimaba como suficiente la prueba testimonial (*in ore duorum ciel trium stat omne verbum*) así también el proverbio Francés “testigos prima sobre escritos” (*témous passent lettres*).

El suministro de información proporcionado por la prueba de testigos ha sufrido diferentes cambios y adelantos, pero sucedió algo importante en el

¹⁹ Ibídem. Pág. 20

²⁰ Ídem.

²¹ Bentham. Autor citado por De Santo, Víctor. Ob. Cit. Pág. 2.

momento en el que toma mayor relevancia la prueba escrita, y como dice Díaz Ramón “porque esta es independiente de la moralidad individual y por que no se borra y oscurece como se borra y oscurece el recuerdo de los hombres con el trascurso de los años”²²

Según la opinión de Devis Echandía “el documento, la peritación, la inspección judicial, los indicios, requieren cierto grado de cultura para su aplicación y entendimiento, mientras que la Prueba Testimonial, se deduce lógica y espontáneamente del uso del lenguaje como medio de comunicación entre los seres humanos.”²³

Citado por Víctor de Santo, expone Alsina²⁴“los pueblos primitivos, cuando el acusado no contestaba el hecho que se le imputaba se recurría, en primer termino a los testigos, no solo porque se consideraba la palabra un medio suficiente de convicción, por la sencillez de las costumbres y las reducidas proporciones de los grupos sociales, sino porque la escritura no estaba desarrollada y era un beneficio que pocos tenían”.

Pero, “cuando la práctica de la escritura se extendió, no tardó en superar en importancia probatoria a la Prueba Testimonial, pues traía sobre ésta la ventaja de la permanencia en sus enunciaciones, sin los peligros de aquella y por otra parte, la progresiva declinación del sentimiento Religioso con la transformación de las costumbres había debilitado considerablemente la fe en el testimonio del hombre.”²⁵

²² P. Díaz Ramón, "De la Prueba Testimonial", Editor Jerónimo Sureda Colonia, Montevideo, 1929. Pág. 8

²³ Echandía Devis y Gorphe. Autor es citados por Kielmanovich Jorge.

²⁴ Alsina Hugo, Citado por De Santo, Víctor. Ob. Cit. Pág. 3

²⁵ Ídem. Pág. 3

Es preciso recalcar que los conflictos se sucitaban dentro de grupos o comunidades sociales, basadas en practicas o tradiciones de fuerte contenido místico, que reforzaban la credibilidad y confianza en la palabra del hombre; y al mismo tiempo al temor de lo Divino.

En el momento que toma fuerza el documento se fue generalizando especialmente a partir de los movimientos codificadores asimismo se fue minimizando el uso del testimonio en relación a aspectos Económicos, Familiares y Mercantiles, etc.

Por ello no existía, ninguna regla de exclusión, entorno al número de testigos que las partes podían proponer, era el Juez quien habría de valorar la eficacia de la declaración.

Cuando se prescindía en un juicio de la presencia de testigos, estos se hallaban sometidos a la obligación de decir la verdad, ya que su declaración se realizaba bajo una regla de carácter Religioso de juramento "*Iurati Testimonium*, en medio de una época que proporcionaban gran importancia al valor de la palabra.

Existía una situación para entonces ya que la comparecencia del testigo se establecería como un deber generalizado, del cual solo aparecerían exceptuados los ilustres, esto es los más altos dignatarios del Estado, excusándose incluso y por un cierto tiempo, a los Obispos de tener ya que rendir testimonio que el tema que nos converge.

Los testigos debían prestar juramento antes de declarar, "tal cual ocurriría en el Periodo Formulario, y debían asistir a la sede del Tribunal, salvo si

se domiciliaban a mucha distancia, supuesto en el cual se autorizaba la producción de la prueba ante el magistrado de su domicilio”.²⁶

“Las partes podían cuestionar la credibilidad (Alegar acerca de su idoneidad y de los dichos) de los testigos y ofrecer a su turno, otros testigos en contraposición a los propuestos por la contraria, pudiendo dirigirles preguntas y solicitarles aclaraciones, sin que la ausencia de aquellas impidiese la práctica de la prueba”.²⁷

Se levantaban actas con las respuestas dadas que hacían Fe Pública, copias de las cuales se les entregaba a las partes para su defensa.

Declaración de un solo testigo no tendría valor, y que habría de perdurar hasta épocas recientes”.²⁸

Por otra parte, “la tendencia contra la prueba testimonial, se veía reforzada mediante la incorporación de una Ley Griega (L. 1 Cod Tit), en virtud de la cual se establecería ya la inadmisibilidad de la prueba testimonial para probar en contra de un documento, prohibición expresada mediante el latinismo *Contra Scriptum Testimonium Non Scriptum Testimonium Haud Profertur*, que habría de introducirse en la mayoría de los ordenamientos sustanciales en los que continuara hasta nuestros días.”²⁹

²⁶Kielmanovich Jorge. Ob. Cit. Pág. 23. Esto con el fin de evitar que se extendiera el proceso ya que para que las personas se desplazaran cuando las distancias eran grandes, podían llevarse hasta días o semanas. .

²⁷ En este apartado se distingue la aplicación del principio de Contradicción, que hoy por hoy ha logrado un reconocimiento constitucional, en la mayoría de legislaciones vigentes, en nuestro país, este principio se regula en el Art. 11 Cn.

²⁸ Ibídem.

²⁹ Ídem. Pág. 25

En una importantísima Constitución de Justiniano, la Novela XC De Testibus, ya se extraen limitaciones apriorísticas en torno a la valoración de la prueba testimonial, a resultas de las cuales el Juez debía de atender a la clase social a la que pertenecía el testigo, su oficio y por sobre todas las cosas, a si éste era una persona acaudalada o pobre, sin duda era para evitar la corrupción que había invadido todos los estratos sociales de la sociedad Romana de aquellos tiempos.

Es ilustrativo en tal sentido, el caso que parece haber inspirado a Justiniano: “Encontramos que aún ahora se ha realizado ante un Juez esclarecido de la provincia de Bitinia, con ocasión de un testamento algo así, quedó demostrada la falsedad de los testigos, abiertamente convictos y finalmente confesos, de que al hacerse un testamento y cuando ya la testadora hacía muerta, algunos de ellos, tomando la mano de la ya difunta, la fueron llevando por el preparado papel e hicieron como si la difunta hubiese estampado aún el mismo venerable signo de la cruz.

Este disfavor con que comenzaba a ser mirada la prueba de testigos, se acentuaría con relación a los humiliores (Personas de las clases bajas que se dedicaban a trabajos manuales), los cuales debían ser tratados de manera parecida a como lo fueron los esclavos en la época clásica, en orden al admisión y recepción de sus declaraciones.

Así todavía en el Derecho Justiniano, el principio era que el testimonio del humilior no valía, aunque si tenía que recurrirse a su declaración debía de procederse a la aplicación del tormento, a la quaestio.”³⁰ (Cuestión sometida al

³⁰ Ídem.

dictamen de un jurista o hipótesis o casos prácticos que el jurista se plantea para su solución.)

La desconfianza en la prueba testimonial no solo que no se habría de modificar en los siglos siguientes, sino que se agudizaría en el Derecho Canónico y en el proceso común Europeo, al establecerse restricciones cuantitativas y cualitativas de la más variada laya en punto a la admisibilidad o eficacia que pudiera atribuírsele a las declaraciones rendidas.

“Es así que ahorrajada del denominado sistema de la prueba legal que incorporaría ese procedimiento común del Medioevo, como muestra también de la profunda desconfianza que sentía por sus Jueces, en lo que respecta a la prueba testimonial, se continuaría con la aplicación de la máxima del *TESTIS UNUS TESTIS NULLUS*³¹, con la sola excepción del Papa, se preferiría al Noble por sobre el Plebeyo; al Eclesiástico por sobre el Laico; al Varón por sobre la Mujer; al Anciano por sobre el Joven; al Rico por sobre el Pobre; al Cristiano por sobre el Infiel, etc.”³²

“Se enseñaba así que Todas las mujeres que hay en el universo no pueden dar testimonio ni por un solo hombre”, que era necesario el testimonio de ocho o de dieciséis burgueses de buena fama para hacer prueba contra la declaración de un Conde o de un Barón, o que el testimonio concordante de dos o tres testigos hacía plena prueba, o en ciertos casos sólo un cuarto o un octavo de ella.

³¹ Testis Unus Testis Nullus, Significa: testigo solo, testigo nulo

³² Kielmanovich Jorge. Ob. Cit. Pág. 26

Así, en el Fuero Viejo de Castilla, el número de testigos dependía de que el litigio versara sobre cosas muebles o inmuebles, y de que los mismos se domiciliaran o no, en la misma ciudad.”³³

“En el Fuero Real de España, se excluía por regla, el testimonio de la mujer, salvo para declarar acerca de hechos escuchados o realizados en baño, horno, molino, río, fuente, hilados, tejidos, partos, hechos mujeriles y no en otra cosa”.³⁴

La Partida Tercera³⁵ “señalaba que dos testigos idóneos hacían plena prueba y que si ambas partes presentaban igual número de testigos, prevalecerían los que fueran de mejor fama; y que cuando ambas partes presentasen testigos en igual número y de igual calidad, se aplicaría el precepto de Derecho Natural, que obligaba a absolver al demandado, etc.

Esto no significaba que la Prueba Testimonial no fuera bien vista, ya que la Ley Primera, Título 16 de la Partida Tercera, reconocía su importancia, porque los testigos saben la verdad por su testimonio, que en otras maneras sería escondido muchas veces.

Será recién en, y a partir de la Revolución Francesa y la magnífica Codificación Napoleónica que le siguió (*Code de Procedure Civile de 1806*), que el proceso volvería a refrescar en las frescas fuentes clásicas Romanas, restableciéndose de tal suerte, y por lo general, la libre valoración de la Prueba Testimonial y su admisibilidad con relación a personas que antes se excluían, Por

³³ Ídem

³⁴ Hay que recordar que para este tiempo la mujer no tenía muchos derechos reconocidos, y era considerada inferior al hombre.

³⁵ Partida Tercer retomada por Kielmanovich.

su sexo, su religión, parentesco, posición o interés en la causa, entre otras facetas que han contribuido a dar a dicho medio su estado actual.

La Prueba Testimonial ha sido por esto objeto de constante atención por la Ley, siempre en vacilación desde la limitación formalista a la concesión de amplias atribuciones al Juez para valorarla, “según su convicción íntima” o “según las reglas de la Sana Crítica”.

A medida que se ha afinado pues, el concepto y el contenido de las reglas de la Sana Crítica en orden a la valoración de la Prueba Testimonial se ha reafirmado la enorme importancia que ella tiene en la actividad probatoria desplegada por las partes, a punto tal que bien podría decirse que en pocos o en casi ningún proceso puede prescindirse de testigos.

2.3 ANTECEDENTES DE LAS EXENCIONES A DECLARAR POR PARTE DEL MEDICO

El Secreto en las Profesiones ha tenido un tratamiento antiguo según los pueblos y las costumbres. Pero para muchos analistas del tema el secreto impuesto a determinadas actividades deviene de la época de los Romanos. Por supuesto, aplicado en términos generales primero y luego en forma más específica a ciertas profesiones. En el Corpus Juris del Derecho Romano, se hace referencia a la obligación de no propalar secretos respecto de Abogados, Procuradores y Escribanos.

Respectivamente para los médicos el Juramento Hipocrático, es un juramento público. Su contenido es de carácter ético, para orientar la práctica de su oficio.

Durante casi dos Milenios la medicina todas las formas o practicas de la medicina dominada por una tradición que, se generó del griego Hipócrates, tomando su forma definitiva de la mano de Galeno, un griego que ejerció la medicina en la Roma imperial en el Siglo II que comprende una serie de votos de naturaleza Religiosa, de carácter sagrado y fuerte solemnidad según la tradición, fue redactado por Hipócrates o un discípulo suyo en el siglo V antes de Cristo.³⁶

Lo cierto es que forma parte del Corpus Hipocraticum, y se piensa que pudo ser obra de los Pitagóricos. Según Galeno, Hipócrates creó el juramento cuando empezó a instruir, apartándose de la tradición de los médicos de oficio, a aprendices que no eran de su propia familia. Los escritos de Galeno han sido el fundamento de la instrucción médica y de la práctica del oficio hasta casi el Siglo XX.³⁷

En el período Clásico de la civilización Griega sobresalió el arte de curar. Aunque seguía contemplando principios Religiosos, la curación ya no estaba orientada por la magia, sino por lo Clínico.³⁸

³⁶ Thomas Percival y la Ética Médica. Ricardo Sardi, Md, Psiquiatra Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza. Argentina. Septiembre del 2006. Revista electrónica

³⁷ Ídem.

³⁸ Díaz González, Joaquín. (1974). Historia de la medicina en la antigüedad, Mérida: Universidad de Los Ángeles (Venezuela). Ediciones del rectorad. Revista electrónica.

En esa época se escribió el primer escrito ético relacionado con el compromiso que asumía la persona que decidía curar al prójimo; el compromiso del Médico era actuar siempre en beneficio del ser humano, y no perjudicarlo.

El contenido del juramento se ha adaptado a menudo a las circunstancias y conceptos éticos dominantes de cada sociedad. El Juramento Hipocrático ha sido actualizado por la Declaración de Ginebra de 1948.³⁹

El rasgo más sobresaliente es su paternalismo, encarnado en la frase: Del daño y la injusticia le preservaré (al paciente).

Con esto reviste una completa responsabilidad del Médico sobre el enfermo, dotando el compromiso asumido en la actividad Profesional, como así también de una serie de reglas específicas de conducta médica.

Oponiéndose fuertemente al paso del tiempo, como prueba de esto se reconoce su aplicación en las ceremonias de graduación de los nuevos Médicos.

Aun este no es el único esfuerzo realizado en diferentes Culturas, con el objeto de estructurar principios rectores influenciados por diferentes perspectivas, como se observa ve en los Códigos representativos: los Juramentos Hindúes, Hebreo y Persa, que explicaremos a continuación.

- El Caraka Samhita es un texto escrito por un Médico Hindú en el primer Siglo d.C. y contiene un juramento para los estudiantes de medicina con

³⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_Ginebra. Consultado el día 10 de julio de 2010 a las 11:30

votos, al estilo del Juramento Hipocrático. El estudiante jura tratar a sus pacientes con respeto y no aprovecharse de ellos.⁴⁰

- El Libro de Asaf Harofé es el texto Médico Hebreo más antiguo conocido y también contiene el juramento que los estudiantes debían realizar en su graduación. Asaf ben Berejiahu (llamado Asaf Harofé) fue un médico judío que ejerció en Siria o Mesopotamia alrededor del siglo VI d.C. Gran parte del juramento es de carácter religioso e insta al estudiante a que deposite su confianza en Dios, fuente última de misericordia y saber.⁴¹

Con similar énfasis en lo divino se expresa el texto de ética médica de < al' bn Ali>, un médico persa del siglo X, respetando a Hipócrates y considerando omnisciente a Dios y por tanto origen de la sabiduría. Exhorta a respetar al maestro y proteger las necesidades de la siguiente generación médica y con énfasis también en el paciente.

Después de de mucho tiempo aparecen nuevos códigos. En 1617, el médico chino Chen Shih-Kung incluyó en su manual de cirugía una declaración sobre ética médica con cinco “mandamientos”, con el respeto a la dignidad de los pacientes como denominador común.

La declaración ética del persa Mohamed Hosin Aghili (1770) enumera hasta 23 deberes, entre los que pueden encontrarse precedentes de las obligaciones éticas actuales en medicina.⁴²

⁴⁰ Thomas Percival y la Ética Médica. 10 de septiembre de 2006. Revista electrónica.

⁴¹ *Ibíd*em

⁴² *Ídem*.

Por ejemplo, el médico debe consultar a un colega si no está suficientemente preparado para tratar un caso, y guardar el secreto respectivo.

La contribución más notable a la codificación de la ética médica desde el Renacimiento se debió indudablemente al médico inglés Thomas Percival. Su papel fundamental como fuente del pensamiento ético médico contemporáneo, se expresa en su *Code of Institutes and Precepts Adapted To The Professional Conduct of Physicians and Surgeons*, publicado en 1803, que es esencialmente, un manual de ética y etiqueta médica.⁴³

En el año de 1791 Percival, recibió el encargo de redactar un código de conducta para resolver un áspero enfrentamiento que tenía lugar en el Manchester Infirmary, al tratar de la conducta profesional en el marco hospitalario, tiene más de código de práctica que de código de ética.⁴⁴

En el libro Percival hace una responsable alusión al hombre sabio que actúa según “principios definitivos” y al hombre bueno que se asegura que estos principios sean “conformes a la rectitud y la virtud”.

En este sentido aborda lo que debe ser una práctica médica correcta, planteando cuestiones como la necesidad de auditorías y el control de calidad, la idea clave es que “la figura del médico es la única garantía del bien y del bienestar del paciente”. El corolario es claro: para ser buen médico hay que ser buena persona.⁴⁵

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Ídem

⁴⁵ Thomas Percival y la Ética Médica. 10 de septiembre de 2006. Revista electrónica.

Modernamente los Códigos consideran que esta norma no es absoluta es decir que se consideran que hay situaciones particulares en las cuales no es obligatorio el Secreto Profesional, incluso en muchos casos se fijan explícitamente aquellas excepciones a la norma.

2.3.1 El Juramento Hipocrático como el más Antiguo de los secretos profesionales

Juro por Apolo el Médico y Esculapio y por Higía y Panacea y por todos los dioses y diosas, poniéndolos de Jueces, que éste mi juramento será cumplido hasta donde tenga poder y discernimiento. A aquel quien me enseñó este arte, le estimaré lo mismo que a mis padres; él participará de mi mantenimiento y si lo desea participará de mis bienes.

Consideraré su descendencia como mis hermanos, enseñándoles este arte sin cobrarles nada, si ellos desean aprenderlo.

Instruiré por precepto, por discurso y en todas las otras formas, a mis hijos, a los hijos del que me enseñó a mí y a los discípulos unidos por juramento y estipulación, de acuerdo con la ley médica, y no a otras personas.

Llevaré adelante ese régimen, el cual de acuerdo con mi poder y discernimiento será en beneficio de los enfermos y les apartará del perjuicio y el terror. A nadie daré una droga mortal aun cuando me sea solicitada, ni daré consejo con este fin. De la misma manera, no daré a ninguna mujer pesarios abortivos. Pasaré mi vida y ejerceré mi arte en la inocencia y en la pureza.

No cortaré a nadie ni siquiera a los calculosos, dejando el camino a los que trabajan en esa práctica. A cualesquier casa que entre, iré por el beneficio de los enfermos, absteniéndome de todo error voluntario y corrupción, y de lascivia con las mujeres u hombres libres o esclavos.

Guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deban ser públicos, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas.

Ahora, si cumplo este juramento y no lo quebranto, que los frutos de la vida y el arte sean míos, que sea siempre honrado por todos los hombres y que lo contrario me ocurra si lo quebranto y soy perjuro.⁴⁶

2.4 ANTECEDENTES DE LAS EXENCIONES A DECLARAR POR PARTE DEL LOS SACERDOTES O RELIGIOSOS

La confesión de pecados ante una persona que toma para sí el lugar de Dios, es una práctica tan antigua como la misma humanidad, por esto vamos a estudiar su trasfondo histórico y la manera como esa doctrina ha ingresado a la conciencia y practica de los seres humanos su trascendencia en lo jurídico.

⁴⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/Juramento_Hipocr%C3%A1tico. Consultado el día 10 de julio de 2010 a las 1:15.

2.4.1 Antecedentes Antes de Cristo

En la Religión Babilónica se requería la confesión secreta ante el sacerdote antes de ser admitido como miembro, y hasta tanto que la confesión se hubiese efectuado, no podía tener lugar ninguna iniciación completa.⁴⁷

El pretexto según el cual se requería la confesión auricular, era que las solemnidades a que iban a ser admitidos los iniciados eran tan sublimes, tan celestiales, tan santas, que ningún hombre con el pecado no limpiado, podía ser admitido lícitamente en ellas.

Por lo tanto la protección de los que iban a ser miembros se basaba en que era indispensable que el sacerdote oficiante probara cabalmente sus conciencias, no fuera que entrando sin la purificación conveniente de la culpa contraída anteriormente la ira de los dioses fuera provocada contra los intrusos irreverentes.

El propósito real al hacer confesar a los candidatos a la iniciación todas sus faltas y pecados, era el ponerlos por completo en poder de aquellos en quienes habían depositado los sentimientos íntimos de sus almas y sus más importantes secretos.

2.4.2 La Confesión en el Romanismo

Desde la antigüedad los hombres vieron que la religión era el medio eficaz para someter a sus semejantes, con este fin se inició en Babilonia la

⁴⁷ Religión en Babilonia. En la antigua Mesopotamia. Artículo en Formato Electrónico

religión en la se enseñó, que sin la intermediación sacerdotal ningún hombre podía allegarse a Dios.⁴⁸

Los objetivos de la confesión en el romanismo son:

- Constituirse en intermediarios entre Dios y los hombres:

Es así donde toda actividad religiosa fue monopolizada por la Casta Sacerdotal, entonces se enseñó que solo ellos tenían el verdadero conocimiento por el cual podían ser interpretados los escritos y los símbolos de la Religión Pública. Así el pueblo donde quiera que se propagara el sistema Babilónico, estuvo atado de pies y manos a la Religión y a los Sacerdotes.

- Mantener conceptos respecto de su Salvación:

Según el Concilio de Trento los creyentes deben tener una duda perpetua sobre el asunto de su salvación hasta el término de su vida. "Ningún hombre puede conocer con infalible seguridad de fe que ha conseguido la gracia de Dios". (*Concilio Tridentino Decretum de Justificatione. Artículo IX*)⁴⁹

En el sistema pagano Babilónico, se enseñaba que cada persona al morir sus obras eran pesadas en la balanza de Anubis, de acuerdo al resultado dependía el lugar donde pasaría la eternidad, era el Sacerdote era el único que podía anticipar el funcionamiento de la mencionada balanza, esto lo hacía en el momento de la confesión.

⁴⁸ La Confesión. Artículo en formato Electrónico.

⁴⁹ Concilio Tridentino, Sesión XXV, Decretum de indulgentiis; artículo IX. Revista Electrónica.

El sacerdote se sentaba en el confesionario para juzgar las buenas y las malas acciones de sus penitentes y con su poder e influencia incidía en la conciencia de estos.

Así la persona debía estar confesándose continuamente para poder anticipar su estado eterno.

Por todos es sabido que el confesionario, es el lugar donde se dicen los grandes secretos de los hombres, secretos que se guardan completamente los sacerdotes; el secreto queda a salvo en los oídos de su confesor, por el llamado secreto de confesión.

Para los Confesores Religiosos también existía el secreto profesional que había sido una influencia del derecho canónico y se sancionaba su violación con penas eclesiásticas y civiles; con posterioridad de la revolución francesa se mantuvo el derecho al secreto confesional y la jurisprudencia lo llevo a extremos más rigurosos de los reconocidos por el antiguo derecho.⁵⁰

En el concordado del 26 messidor, año IX, se reconoció expresamente para los ministros de culto católico, pero fue extendido a los de otras religiones; y que nace con la exigencia del Sigillum Confessionis expresamente ordenado ya en el Concilio de Letrán de 1215 y que se consolida firme en la vida jurídica de la civilización europea.⁵¹

⁵⁰ Jorge Precht Pizarro. Ministros de Culto, Secreto Religioso y libertad religiosa. Revista Electrónica.

⁵¹ Consejo General del Poder de Justicia, Poder Judicial 2ª época numero 5 marzo 1987. Pág 30

En el Derecho de la Iglesia la cuestión está clara: el Sigilo Sacramental es inviolable. A su vez, el confesor que viola directamente el secreto de la confesión incurre en excomunión automática. Esta rigurosa protección del Sigilo Sacramental implica también para el confesor la exención de la obligación de responder en juicio «respecto a todo lo que conoce por razón de su ministerio», y la incapacidad de ser testigo en relación con lo que conoce por confesión sacramental, aunque el penitente le releve del secreto «y le pida que lo manifieste⁵²»

En 1988, se precisó que incurre también en excomunión «quien capta mediante cualquier instrumento técnico, o divulga en un medio de comunicación social, las palabras del confesor o del penitente, ya sea la confesión verdadera o fingida, propia o de un tercero».

Esta nueva disposición fue necesaria por una serie de grabaciones de preguntas y consejos realizadas fraudulentamente en confesión, efectuadas en Italia con el objeto de difundirlas en revistas sensacionalistas.

2.5 ANTECEDENTES DE LAS EXENCIONES DE DECLARA DEL ABOGADO

Esta exención en la abogacía se remonta a las Partidas de Alfonso X, el sabio (año 1.265 D.C.), que lo recogen en forma de prohibición: “Descubrir los secretos de su parte contraria, o a un tercero en su favor”. Y se mantiene, sin solución de continuidad....”

⁵² Código de Derecho Canónico de 1983. Canon 983, 1388, 1548 y 1550.

En el Corpus Juris del Derecho Romano, Digesto, (Ley 25 de Test. XXII, V) se hace referencia a la obligación de no propalar secretos respecto de Abogados, Procuradores y Escribanos.

Según La Novísima Recopilación (Carlos IV, 1.805) constituían faltas graves descubrir secretos a la parte contraria o a terceros a favor del Letrado, aconsejar a dos partes contrarias en un mismo asunto y ayudar a una parte en primera instancia y a otra en la segunda, alegar cosas maliciosas pedir pruebas innecesarias, alegar sobre falsa Leyes a sabiendas, o abogar contra disposiciones expresas de las Leyes.⁵³

Carta sobre la Abogacía, aprobada por la Unión Internacional de Abogados, también conocida como Carta de Turín sobre el ejercicio de la abogacía en el siglo XXI, la cual establece: El Abogado tiene derecho al reconocimiento y al respeto del secreto Profesional por parte de cualquier sujeto de Derecho y de cualquier autoridad.⁵⁴

El Derecho a resguardar el Secreto Profesional del Abogado, nace pues de una relación en la que existe una persona que confía un hecho o confía también un documento y un confidente que recibe la noticia, con la obligación de guardarla y no comunicarla a ninguna persona ajena a la situación de cliente y Abogado.

Por lo que, de este modo el Secreto es a todas luces el total resultado de la confianza existente.

⁵³ De Santos, Víctor. El Proceso Civil. Tomo IV, EDITORIAL UNIVERSIDAD S.R.L. PRUEBA de Testigos.1986

⁵⁴ Carta de Turín sobre el ejercicio de la abogacía en el siglo XXI.

La abogacía se caracteriza entonces por ser un oficio o una profesión en el que la confianza es sin lugar a objeciones la principal base.

El cliente sabe que ha de depositar sus secretos y acude donde el Abogado, en quien a ciegas confía, y es el que pondrá en práctica todos sus conocimientos ya sean éticos, científicos y prácticos para poder tratar de ganar un fallo o sentencia a favor de su cliente.

El cliente deposita entonces toda su confianza en el Abogado y le revela todo su secreto. Desde ese momento, el Abogado que debe corresponder la confianza del cliente con lealtad, tiene la obligación de guardar el Secreto y trabajar de tal forma en que lo pueda ayudar y sacarlo muchas veces de algunas situaciones embarazosas que miles de veces uno se encuentra inmerso sin quererlo y a veces también por el azar y por lo tanto muy injusto.⁵⁵

Esto es que estamos frente a un proceso en que el Secreto es creado por la confianza del cliente y el deber de guardarlo responde a la lealtad del Abogado. El Secreto Profesional, es pues entonces una relación de confianza e intimidad.

El guardar el Secreto confiado es fundamental, es una actitud de conciencia que tienen todos los Abogados que poner en práctica, siendo una muestra de su ética profesional, todo cuanto uno conoce sobre las relaciones del cliente, sus actos o su proceder, sea dentro o fuera del ejercicio Profesional, tendrán necesariamente que guardarse en reserva, con total prudencia y discreción y no solo por no perjudicar al cliente, sino como ya se ha establecido, por que el Secreto es garantía de la Seguridad Social que tanto anhelamos sea de estricto cumplimiento en nuestro medio, teniendo el pleno conocimiento de que

⁵⁵ Reglas Sobre Deber de Confidencialidad y Secreto Profesional. Colegio de Abogados de Chile. Revista Electrónica.

tratar ser prudentes es el resultado de un arduo trabajo, pero que poco a poco lo conseguiremos, pues no se trata de un imposible.

El Abogado debe actuar siempre honesta y diligentemente, con competencia, con lealtad al cliente, respeto a la parte contraria, guardando secreto de cuanto conociere por razón de su profesión. Y si cualquier Abogado así no lo hiciere, su actuación individual afecta al honor y dignidad de toda la profesión.

2.6 ANTECEDENTES DE LAS EXENCIONES DE DECLARA DEL PERIODISTA

Según expone Jesús Bernal Valls, la protección de las fuentes de información frente a una posible exigencia de la autoridad, realizada a un periodista se han hecho respaldar casi de manera universal.⁵⁶

La protección del derecho al silencio, mediante la negativa de prestar declaración judicial, ha dado lugar a diferentes discusiones.

Para mencionar un caso en Italia, en el que un periodista fue detenido por orden judicial al negarse a revelar el nombre de la actriz que denunciaba las exigencias de índole sexual que eran impuestas por funcionarios, así mismo pero en los Estados Unidos el célebre proceso contra un periodista de “Washington Post” en el que recayó la sentencia del Juez Hogo Black que justificaba la reserva

⁵⁶ Consejo General del Poder Justicia. Poder Judicial segunda época, numero 5 marzo 1987, Consejo General del Poder Justicia. Pág. 37

de la fuentes de información del periodista, por ser aquella esencial para una prensa libre.⁵⁷

Justamente, la tutela del secreto periodístico, en cuanto a sus fuentes de información, no únicamente encuentra fundamento en el general reconocimiento del secreto profesional, del que es sujeto la profesión periodística, sino sobre todo en el ejercicio de la función que los medios de comunicación consuman en un sistema democrático y de libertades.

En ese sistema resulta esencia la información veraz, objetiva y suficiente de la opinión pública.

Es decir, a una prensa seria y responsable que respalda la fiabilidad de tales afirmaciones, previamente a la respectiva publicación, resulta, por ende, la preservación, por medio de la reserva, de esos canales o nacimientos de información.

Sin la reserva gran parte de la información que se podría adquirir no se obtendría por la desconfianza que generaría el hecho de que se pudiese revelar.

2.7 EL SECRETO COMERCIAL

Los Secretos Comerciales encuentran el punto de partida de su tutela jurídica en el régimen de la libre competencia proclamado por primera vez en Francia por la Revolución Francesa, al proteger la libertad de Industria y de Comercio por Decreto del 17 de marzo de 1791, que suprimía las Corporaciones de Artes y Oficios.

⁵⁷ *Ibíd.*

Cuando se dictó la Ley Francesa de 1791 y se cambió la organización laboral, se puso de manifiesto los secretos comerciales. El Código Civil Napoleónico de 1804 adoptó sanciones civiles para protegerlos mediante los Artículos 1382 y 1383 que reprimía los actos ilegítimos de violación de los secretos industriales.

Esto fue actualizado a su vez por el Código Penal Francés de 1810 con su Artículo 418 al establecer que: Todo director, encargado, obrero de fábrica, que haya comunicado o intentado comunicar a extranjeros o a franceses residentes en países extranjeros, secretos de la fábrica de la que es empleado, será castigado con prisión de dos a cinco años y con multa de quinientos a dos mil francos⁵⁸.

Si estos secretos han sido comunicados a franceses mediante residente en Francia la pena será de prisión de tres meses a dos años y la multa de seis a doscientos francos.

También fue tutelado en el campo civil y penal de casi todas las legislaciones del mundo, las Leyes de Inglaterra del 17 de agosto de 1901 y Ordenanza del 8 de enero de 1903 disponían que: El obrero ocupado en una fábrica que ha recibido detalles relativos a la ejecución de un trabajo, directa o indirectamente, y los revela, divulgando así el secreto de fábrica, será castigado con una multa que no excederá de diez libras esterlinas. Recibirá igual castigo quien para obtener un secreto para divulgarlo requiere y obtiene de una persona ocupada en una fábrica, la revelación de sus detalles.

⁵⁸ La Propiedad Industrial. Revista Electrónica

Es reprimido con la misma pena el que con el fin de conocer un secreto de fábrica o para divulgarlo, induce a personas empleadas en un establecimiento a comunicárselo o facilitarle el medio de conocerlo, o los paga o recompensa o les hace pagar o recompensar por un tercero.

Alemania en su Ley de 1896 sobre concurrencia desleal reprime mediante el Artículo 9 con multa hasta de cinco mil marcos y/o con prisión hasta un año a aquél que en su calidad de capataz, obrero u aprendiz de un establecimiento industrial, revele sin autorización a otros, con el fin de concurrencia o con intención de causar perjuicio al titular del establecimiento, y durante el tiempo de la prestación de sus servicios, secretos comerciales o industriales que le han sido confiados o que ha conocido con motivo de su empleo.⁵⁹

Igual pena se aplica a aquél que con fines de concurrencia y sin autorización, aprovecha para sí o comunica a otros, secretos industriales o comerciales que ha conocido por comunicación de capataces, obreros y aprendices o con actos propios contrarios a la Ley o a la moral.

Un secreto comercial puede ser el proceso para la fabricación de un producto, un documento de negocios, una fórmula secreta o casi cualquier cosa que el negocio puede correr.

El secreto comercial es la línea de la vida misma de la empresa. No se debe confundir con las patentes. Las patentes no son secretos y se utilizan para

⁵⁹ <http://www.iie.org.mx/promocio/patentes/documentos/cap6.doc>. consultado el 16 de julio a las 9:35

mantener la información de distancia. Sin embargo, un secreto comercial es altamente protegidos de la información.⁶⁰

⁶⁰ http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/trade_secrets/patent_trade.htm.
Consultado el 16 de julio a las 11:30.

CAPITULO TRES
ASPECTOS DOCTRINARIOS Y REGULACIÓN LEGAL DE LA PRUEBA
TESTIMONIAL Y LAS EXENCIONES DE DECLARAR

3.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Para el procesalista Jaime Guasp, la naturaleza del testimonio es en primer lugar una prueba, puesto que se trata de un acto que tiende, por esencia, a provocar la convicción de alguien sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos.

En segundo lugar, el testimonio es una prueba procesal, ya que la convicción que tiende a provocar es la de un órgano jurisdiccional, los datos sobre que recae son datos procesales en el momento de la declaración y la utilización del testigo se verifica dentro de un proceso. Para el proceso los testigos son elementos de prueba que, fuera del mismo, carecen de significación y validez.

En tercer término, el testimonio es, por naturaleza, es un medio de prueba personal, ya que el medio que lo integra tiene indudablemente este carácter, figura pues en la categoría de la prueba personal al lado de los otros dos tipos de la misma que constituyen la confesión y la pericia”⁶¹

Un criterio muy similar sustenta el autor Montero Aroca, el cual establece que “la naturaleza de la Prueba Testimonial es de ser una prueba de naturaleza

⁶¹ GUASP JAIME. “**Derecho Procesal Civil**”, Tomo Primero Introducción y Parte General, 3ª Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1997. Pág.368

personal, dado que es una persona, llamada testigo, quien declara sobre aquellos hechos”⁶².

3.1.1 Objeto de la Prueba Testimonial

Cuando se aborda el objeto de la Prueba, se concluye que éste precisamente tiene como fin primordial probar las afirmaciones sobre los hechos alegados por las partes en el proceso.

El objeto que tiene la prueba de testigos es el esclarecimiento de los hechos alegados por las partes en sus escritos de alegaciones o aquellos otros hechos que puedan tener relación directa con ellos. “Se trata de hechos pretéritos, ocurridos con anterioridad a la interposición de la Demanda en los respectivos tribunales, pero lo que hace el testigo no es una mera narración de tales hechos, sino también de experiencias que ha presenciado o de los cuales tiene conocimiento, por lo que ha de emitir un juicio de valor, la conclusión de un razonamiento lógico sobre la existencia, inexistencia o manera de ser o de producirse los hechos por los que se le pregunta, pues la percepción sensorial, la reconstrucción memorística o la exposición del hecho siempre implica una serie compleja y heterogénea de juicios implícitos”.⁶³

“La prueba de testigos solo tiene por objeto la comprobación de hechos litigiosos y no podrán producirse pruebas de esta clase sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus respectivos escritos. El juicio lógico

⁶² MONTERO AROCA, JUAN Y OTROS. “**El nuevo proceso civil Ley 1/2000 Ley de Enjuiciamiento civil**”, Segunda Edición, Edición Tirant lo Blanch, Valencia 2001. Pág. 380

⁶³ Consejo General del Poder Judicial. “**La Prueba en el Proceso Civil**” Madrid, 1993.

le servirá al testigo cuando verse sobre conocimientos comunes, pero no técnicos, que ya son objeto de la Prueba Pericial”⁶⁴

3.1.2 Objeto de la Prueba Testimonial en el Código Procesal Civil y Mercantil

El Art, 354 CPCM, regula el objeto de la prueba testimonial, dicha deposición legal en comentó literalmente establece que “las partes podrán proponer, como medio de prueba, que presten declaración en el proceso las personas que, sin ser partes, pudieran tener conocimiento de los hechos controvertidos que son objeto de la prueba”⁶⁵

3.2 LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE TESTIGOS

La libertad para proponer y ofrecer prueba debe estar supeditada a la pertinencia y utilidad de la misma. Los testigos que las partes propongan no deben resultar excesivos, pues es contrario a la economía procesal y perjudicial para la celeridad de la causa si los ya escuchados son suficientes para que el juez adquiera la necesaria certeza para resolver el litigio.

“En principio, las partes deben gozar de libertad para aducir al proceso (cualquiera que sea su naturaleza) todas las pruebas que consideren útiles para la defensa de su causa; pero esa libertad debe estar condicionada a la

⁶⁴ SÁNCHEZ VÁSQUEZ, JUAN JOSÉ **“Estudio sobre los Medios de Prueba y Algunas Consideraciones Sobre el error de Derecho y error de Hecho en la Apreciación de las Pruebas”**, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, Editorial Último Decenio. San Salvador, 1993.

⁶⁵ *CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL*. Decreto Legislativo de fecha 27 de noviembre del 2008.

pertinencia y utilidad de tales pruebas. Si el número de testigos que las partes aducen en un proceso resulta excesivo, porque con los ya oídos es suficiente para adquirir la certeza que el juez necesita para resolver, resulta contrario a la economía procesal y perjudicial para la celeridad de la causa perder tiempo y trabajo en recibir los demás; esto debe dejarse al criterio del Juez. No conviene fijar el número máximo en la ley. Si la impertinencia o incandescencia son manifiestas, debe rechazarse el testimonio”.⁶⁶

En concordancia con lo anterior, encontramos que con la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, y a la luz del Art. 321 de dicho cuerpo legal “Dos testigos mayores de toda excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales, hacen plena prueba”.

El segundo inciso de dicha disposición legal en comento establece que para probar la falsedad de un instrumento se necesitan cuatro testigos idóneos o sin excepción, si fuere público o auténtico, y dos, si fuere privado.

En el Art. 322 CPC se establece que “Cada una de las partes podrá presentar hasta seis testigos para cada uno de los artículos o puntos que deban resolverse, y en ningún caso se permitirá la presentación de mayor número”, por lo que dicho cuerpo legal en comento establece un límite legal para poder presentar testigos en el proceso.

⁶⁶ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO “**Compendio de la Prueba Judicial**”, Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, Tomo I, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000. pagina 73

En contraposición en la regulación que hace el Código Procesal Civil y Mercantil esta cambia, puesto que el Art. 361 de dicho cuerpo legal dispone que: “La ley no limita el número de testigos que pueden comparecer en audiencia; sin embargo, el juez podrá hacerlo a efecto de evitar la práctica de diligencias innecesarias o acumulativas.

A los efectos de lo prevenido en el inciso anterior, el juez podrá obviar las declaraciones testificales sobre un determinado hecho o punto en cuanto se considere suficientemente.⁶⁷

A lo que refiere esta disposición legal, es que la cantidad de testigos ofrecidos por la parte para probar determinado hecho alegados como ciertos, no existe un número específico o limitado, sin embargo el juez tiene la facultad de limitar su número a efecto de evitar, ocasionar un innecesario desgaste procesal innecesario en estar interrogando a los testigos, esto en plena concordancia con el Principio de Libertad Probatoria que inspira la Actividad Probatoria de la legislación en comento, puesto que, de acuerdo a las distintas circunstancias que rodean a los hechos litigiosos así será la necesidad del número de testigos.

Deducible es entonces que en el Artículo antes citado, se encuentra sumamente relacionado con los principios procesales de la actividad probatoria consistentes en Necesidad de la Prueba, Economía Procesal, Conducencia, Pertinencia e Idoneidad de la Prueba, según los cuales, el juez decidirá la admisibilidad o la inadmisibilidad de determinado número de testigos.

⁶⁷ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. Decreto Legislativo de fecha 27 de noviembre del 2008.

3.3 REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Para que la Prueba Testimonial pueda ser admitida por el juez, se necesita el cumplimiento de algunos requisitos, los cuales se detallan a continuación:

a) Requisito de Pertinencia.

La prueba debe referirse a los hechos controvertidos de lo contrario la prueba no será admitida por no ser pertinente.

En torno a la pertinencia de la Prueba, el Art. 318 CPCM, establece que “No deberá admitirse ninguna prueba que no guarde relación con el objeto de la misma”.

Al respecto hay que decir que cada medio de prueba debe relacionarse concretamente con alguno de los puntos de la demanda o de la contestación de la demanda. Las pruebas pertinentes se refieren a hechos controvertidos y las pruebas impertinentes a hechos no controvertidos.

b) Requisito de Conducencia o Idoneidad.

La Prueba Testimonial debe ser capaz de probar las pretensiones alegadas por las partes, debe ser idónea para los hechos que se pretenden probar.

“En relación con el requisito de pertinencia, puede afirmarse que la misma guarda una estrecha relación con el objeto de prueba, los hechos discutidos y

discutibles, mientras que la idoneidad se refiere a la adecuación para probar esos hechos”.⁶⁸

La conducencia o idoneidad de la prueba, no consiste solamente en probar los hechos litigiosos, sino que consiste en establecer las pruebas adecuadas para ello, así por ejemplo para probar que existe usurpación de un inmueble, en un caso de Reivindicación, es imprescindible que se ofrezcan testigos, porque serán precisamente ellos los más indicados para establecer si en realidad ha existido usurpación o no.

De lo anterior podemos decir entonces que la pertinencia de la prueba, se refiere a la adecuación que debe existir entre los datos que esta tiende a proporcionar y los hechos sobre los que verse el derecho probatorio y la conducencia de la prueba alude a la eficacia de aquella para producir en un caso concreto el convencimiento en el Juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes.

c) Requisito de la Relevancia.

En el proceso debe tomarse en cuenta la relevancia que la prueba pueda tener para probar los hechos, ya que con ella se pretende obtener la mayor cantidad de información que nos permita comprobarle al juez, las afirmaciones hechas por las partes.

⁶⁸Ovalle Favella, José. “La Teoría General de la Prueba”, Revista de la Facultad de Derecho México, pagina 76.

3.3.1 Requisitos para que exista procesalmente un Testimonio

Devis Echandía⁶⁹ manifiesta algunos de los requisitos que se exigen para considerar que existe procesalmente un testimonio son los siguientes:

a. Debe tratarse de una declaración personal.

Se trata de una persona ajena a las partes procesales, lo cual implica que no se puede rendir un testimonio por conducto de un mandatario o apoderado, ni de un representante legal o convencional.

Por tanto si el mandatario o apoderado de la parte fuere citado para declarar en relación con los hechos invocados en el juicio, diríamos que su declaración tendrá el carácter de confesión en ningún momento podrá tratarse de declaración testifical, en razón de que a éste se le considera como representante legal de la parte por cuanto representa a la misma.

b. Debe ser declaración de un tercero.

A menos que se tome en el sentido genérico que incluye el testimonio de parte, en relación al anterior es un acto de una persona que no es parte (procesalmente hablando) en el proceso en que su testimonio va a ser considerado como prueba.

Azula Camacho, dice al respecto, que “el termino tercero en su acepción procesal, esto, es quien no tiene la calidad de parte, así sea titular de la relación

⁶⁹ Echandía, Hernando. Devis Ob. Cit páginas 279-281.

sustancial debatida en el proceso, pues este aspecto no afecta el testimonio como medio probatorio, si no su eficacia o idoneidad para darle credibilidad”⁷⁰

c. Debe ser un acto procesal.

Es indispensable que el testimonio ocurra en un proceso o en una diligencia procesal, ya que el testigo adquiere su carácter de tal con el llamamiento judicial.

d. Es necesario que la declaración verse sobre hechos.

Esto porque el Derecho no necesita probarse.

Por tanto, la Prueba testimonial resultaría improcedente para tal fin, mientras que para la comprobación de hechos esta resulta más que necesaria.

e. Los hechos sobre los cuales verse deben haber ocurrido antes de la declaración.

Al respecto podemos decir, que el hecho o hechos que están siendo ventilados en la litis pueden ser presentes; sin embargo, para que el testigo pueda rendir su declaración testifical es necesario que el hecho haya acaecido antes de rendirse la misma.

En relación a este requisito; Azula Camacho, dice que “en principio, esta formalidad podría parecer superflua, por cuanto, constituye requisito de todo medio probatorio, sin embargo, tiene un significado especial, cual es que, los

⁷⁰ AZULA CAMACHO, “Manual de Derecho Probatorio”, 1ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1998.Pág.76

hechos hayan ocurrido o estén ocurriendo, es decir, subsistan en el momento de efectuarse la declaración. En otras palabras, el testimonio solo puede recaer sobre hechos pasados o presentes. Así por ejemplo dice Azula, el testigo puede declarar sobre las modalidades del contrato de arrendamiento que actualmente rige entre las partes.”⁷¹

El mismo, Azula Camacho, dice que “esta característica además, distingue el testimonio de otro medio de probatorio, como el peritaje, que también es una declaración o manifestación, pero que requiere no solo de conocimiento especiales en quien lo hace, pues se trata de efectuar un pronunciamiento sobre aspectos técnicos, científicos o artísticos, sino que puede versar sobre hechos futuros e hipotéticos, como ocurre cuando se utiliza para establecer lo que una persona que falleció pudo haber producido en la vida probablemente que le quedaba”⁷².

f. Debe tratarse de una Declaración Representativa.

“Este requisito es de la esencia del testimonio, pues de otra manera no sería la narración de un hecho ni serviría por tanto para ser dado a conocer al juez por lo cual no contribuiría en la formación del convencimiento sobre la existencia o inexistencia del hecho, así como de las características que rodearon al mismo”⁷³.

⁷¹ Azula Camacho, Jaime. Ob. Cit. Pág.76 - 77

⁷² Ibídem Pág.77

⁷³ Echandía, Hernando Devis. Ob.Cit, pagina 280.

g. Debe tener significación probatorio.

Puesto que, se trata de un acto representativo, que está siendo realizado con fines procesales y que se encuentra dirigido al juez, con objeto de llevar el conocimiento acerca de los hechos que se están discutiendo en la litis, debe tener necesariamente una significación probatoria, es decir que debe servir para probarle al juez las afirmaciones hechas en la demanda.

3.3.2 Requisitos de validez y eficacia del testimonio

3.3.2.1 Requisitos de validez del testimonio

a. La previa admisión u ordenación del testimonio, en forma legal.

La admisión de la prueba testimonial quedará a criterio del juez, quien debe tomar en cuenta la pertinencia, idoneidad, relevancia y necesidad de la prueba; pero una vez determine su admisión, debe ordenar que se le notifique a los testigos su obligación de comparecer al tribunal a brindar su declaración. Al respecto el Art. 179 CPCM establece que Cuando deban ser notificados testigos, peritos o personas que sin ser parte en el proceso deban intervenir en él, se realizará la comunicación por cualquier medio que se considere fehaciente y eficaz.⁷⁴

⁷⁴ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. Decreto Legislativo de fecha 27 de noviembre del 2008.

b. La legitimación para pedir y rendir el testimonio.

Es decir, la petición debe venir de quien es parte en el proceso y el testimonio debe ser de quien ha sido citado o admitido como testigo.

c. La recepción del testimonio por el funcionario legitimado para ello.

Ordinariamente el funcionario legitimado para admitir u ordenar también lo recibe.

En nuestro orden jurídico, el funcionario legitimado para tal fin es el juez, el cual a la luz del Código Procesal Civil y Mercantil, debe estar presente a la hora de recibir la declaración del testigo, en la Audiencia Probatoria, esto en aras de garantizar el principio de Inmediación, el cual en la Legislación anterior (Código de Procedimientos Civiles) parecía haber quedado como letra muerta, puesto que en la mayoría de casos, no era el juez quien recibía la declaración del testigo, sino que ésta era recibida por algún colaborador judicial, incumpliendo flagrantemente el principio de intermediación antes mencionado.

d. La capacidad jurídica del testigo, bajo las reglas generales establecidas en la ley.

Anteriormente la capacidad del testigo tenía sus límites bien definidos, según el Art.294 CPC, el cual literalmente decía “Son incapaces para ser testigos en todo género de causas:

1º Los dementes, los sordomudos y los ciegos;

2º Los menores de catorce años;

- 3º Los que no hayan tenido doce años cumplidos cuando acaeció el hecho sobre que declaran;
- 4º Los condenados por perjuros o falsarios;
- 5º Los ascendientes contra los descendientes y al contrario;
- 6º El hermano o cuñado contra su hermano o cuñado;
- 7º El marido contra la mujer y viceversa;
- 8º El padrastro o madrastra contra su entenado y viceversa;
- 9º El Juez en la causa de que conoce, pero si su declaración fuere necesaria se abstendrá de conocer en la causa y dará su declaración;
- 10º El interesado en la causa aunque el interés no sea personal, como el de los abogados, los procuradores, los tutores o curadores en aquellas en que fueren defensores, personeros o guardadores.

Respecto a las incapacidades antes mencionadas, el nuevo ordenamiento jurídico en su Art. 355 CPCM⁷⁵ establece que Podrá ser testigo cualquier persona, salvo los que estén permanentemente privados de razón o del sentido indispensable para tener conocimiento de los hechos que son objeto de la prueba.

Concretamente en lo que a menores se refiere, existe una mención específica estableciendo que “Los menores de doce años podrán prestar declaración como testigos si poseen el suficiente discernimiento para conocer y declarar sobre los hechos controvertidos del proceso”.⁷⁶

⁷⁵ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. Decreto Legislativo de fecha 27 de noviembre del 2008.

⁷⁶ Art. 355 Inc. 2º del Código Procesal Civil y Mercantil.

e. La habilidad o aptitud mental o síquica del testigo para el caso concreto o capacidad concreta.

En este apartado vuelve a tomar importancia el Art 355 CPCM ya que en esta disposición legal se establece que “Podrá ser testigo cualquier persona, salvo los que estén permanentemente privados de razón...”

f. Debe ser un acto consciente, libre de coacción.

Al testigo se le exige que diga "toda la verdad", o mejor dicho, todo lo que cree que es la verdad sobre los hechos preguntados, pero salvo el estímulo que para el cumplimiento de este deber jurídico representa el juramento y la sanción penal para el caso de perjurio, es ilícito el empleo de medios de coacción física, psicológica o moral y de drogas para obligarlo a declarar, y con mayor razón para que lo haga en un sentido determinado.

Al respecto de este requisito, Azula Camacho, dice que este requisito “significa que no puede ejercer sobre el testigo ningún tipo de presión, esto es, física o psíquica, etc., para obtener la verdad. La única viable, es la advertencia que el funcionario debe hacerle al testigo que puede incurrir en delito si no dice la verdad”.⁷⁷

⁷⁷ Azula Camacho, Jaime. Ob. Cit. Pág. 77

3.3.2.2 Requisitos de eficacia

Manifiesta Azula Camacho, que requisitos de Eficacia “Son aquellos necesarios para que el testimonio lleve al juez el convencimiento o certeza de los hechos, puede concretarse”.⁷⁸

a. Que contenga la razón del dicho.

El testimonio debe ser responsivo y completo, vale decir, que se trata de una declaración que exponga las circunstancias que caracterizan los hechos, esto es, el día, hora y lugar donde ocurrieron y como se produjeron. Además, el testigo debe indicar la forma en que tuvo conocimientos de ellos y el porque.

b. Que no contenga contradicciones.

Este requisito se refiere no solo a la declaración en si misma considerada, esto es, que el testigo no incurra en contradicciones, si no que ella, en conjunto, no este desvirtuada por otros medios probatorios y que, por el contrario, estos conduzcan a darle credibilidad.

c. Que sea conducente.

Esta formalidad la debe observar todo medio probatorio y, por ello, podría decirse que su mención resulta inútil.

⁷⁸ Ibidem. Pág. 78

3.4 DEBERES Y DERECHOS DEL TESTIGO

3.4.1 Deberes

Las Obligaciones del Testigo, entendidas estas como aquellos imperativos establecidos por la Ley dirigidos a la Persona del Testigo condicionando su conducta hacia cierta actividad dentro del proceso, con la amenaza de una sanción dado su incumplimiento, que pueden ser de carácter administrativo, procesal o incluso en Penal.

3.4.1.1 El Deber Jurídico de Testimoniar⁷⁹

Existe un deber para con el Estado de rendir testimonio sobre el conocimiento que se tenga sobre los hechos que interesan a cualquier proceso. Se trata de un verdadero deber jurídico, porque puede hacerse uso de la coercibilidad para su cumplimiento mediante sanciones. Al respecto existen dos tipos de sanciones: una de carácter administrativo y otra de carácter penal. Así:

La sanción de carácter administrativo lo constituye la multa, mientras que la sanción Penal, deriva de la responsabilidad penal por la tipificación del Delito de Desobediencia a Mandato Judicial, establecido en el Art. 313 del Código Penal, dado lo reiterado de la conducta de la no comparecencia a rendir declaración por parte del Testigo.

Doctrinariamente existe una obligación de comparecer general, con excepciones y que afectan no solamente a esta obligación sino a la de estar a presencia judicial. En cuanto a la obligación general se entiende que “Toda

⁷⁹ Echandía, Hernando Devis, Ob. Cit. 18-27

persona citada como testigo ha de comparecer el día y la hora fijados”⁸⁰, las excepciones a esta obligación pueden estar determinadas por las distintas circunstancias que deberán ser probadas justificadamente, como podrían ser la imposibilidad física del testigo, el cargo que desempeña quien ha sido propuesto como tal, el secreto profesional, etc.”.⁸¹

3.4.1.2 El Contenido o extensión del deber de testimoniar

El deber de testimoniar se descompone en:

a. Deber de comparecer.

Consiste en el deber del testigo de asistir a la audiencia designada para prestar declaración. “La comparecencia del testigo constituye una carga pública”.⁸²

En ese sentido en el Código Procesal Civil y Mercantil, establece un mecanismo pecuniario en el Artículo 362.- El testigo tiene la obligación de comparecer al acto de la audiencia probatoria para la que fue citado. Si no compareciera y no ofreciera debida justificación, se le impondrá una multa cuyo monto se fijará entre uno y tres salarios mínimos, urbanos, más altos, vigente; y se le podrá volver a citar con advertencia de proceder contra él por delito de

⁸⁰ ESCRIBANO MORA, FERNANDO “**La Prueba en el Proceso Civil**”, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001. Pág. 163.

⁸¹ ARAZI, ROLAND, “Derecho Procesal Civil y Comercial”, Parte general y especial, 2ª Edición, actualizada y ampliada, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995. Pág. 334.

⁸² Idem

desobediencia a mandato judicial”⁸³, de modo tal que se ha establecido atendiendo a un promedio y no a una cantidad establecida, permitiendo en consecuencia su correcta aplicación, en el sentido que dada a las modificaciones a que esta sujeta la fijación del salario mínimo, en caso de que se diera la misma, se atenderá al monto que se estableciera para tomarlo como punto de referencia para la imposición de la multa correspondiente al testigo que no cumpliera con el deber que la ley impone en tal calidad.

b. Deber de Declarar.

De conformidad con las disposiciones vigentes el testigo tiene que prestar declaración, cualquiera que sea la forma en que se la requiera.

Deber que se encuentra establecido en el inciso segundo del Artículo 362 Código Procesal Civil y Mercantil, que dispone que: “También está sujeto el testigo a la obligación de responder a las preguntas que se le formulen, bajo pena por desobediencia a mandato judicial”⁸⁴.

De modo que tal disposición remite o se auxilia de los medios coercitivos que tiene el estado y os cuales hace efectivo y se encuentran su regulación en el Código Penal y los que son o se crean a consecuencia del poder punitivo del Estado y que buscan castigar la conducta de los habitantes que sean contrarios a la norma, pues en el caso de la desobediencia a mandato judicial es un tipo penal establecido en el Artículo del Código Penal.

⁸³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. Decreto Legislativo de fecha 27 de noviembre del 2008.

⁸⁴ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. Decreto Legislativo de fecha 27 de noviembre del 2008.

c. Deber de prestar el juramento.

Como una garantía de la veracidad del testimonio, se suele exigir el requisito del juramento previo: es un requisito formal para el debido cumplimiento del aspecto sustancial o de fondo de declarar todo lo que se sabe y nada más que esto. Tal como cree que es la verdad.

“En el derecho contemporáneo se rechaza la inclusión de fórmulas religiosas en el Juramento de los testigos, porque debe respetarse la libertad de conciencia. La buena fe del testigo debe presumirse, pero no la verdad de su declaración, es decir, la correspondencia de lo narrado con la realidad, porque lo último depende de circunstancias objetivas y subjetivas”.⁸⁵

Al respecto el Art. 300 CPC expresa Toda persona, cualquiera que sea su clase o categoría, debe dar su testimonio por declaración bajo de juramento...haciendo una remisión expresa a esta obligación por parte del testigo, recordemos que el Código de Procedimientos Civiles fue creado en 1882, y las creencias religiosas que tenía el juramento eran mucho más fuertes que en la actualidad, por ello en el Código Procesal Civil y Mercantil ya no se hace alusión a la obligación de prestar juramento.

Así encontramos el Art. 362 CPCM⁸⁶, que en su inciso tercero dispone: ... Igualmente, el testigo tiene obligación de decir verdad, con apercibimiento previo a su declaración de las penas en que pudiera incurrir como autor de delito de

⁸⁵ Echandía, Hernando Devis. Ob. Cit. Pág. 96

⁸⁶ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. Decreto Legislativo de fecha 27 de noviembre del 2008.

falso testimonio. Para tal efecto se le deberán leer los preceptos correspondientes del Código Penal...”

Siendo el Artículo 305 del Código Penal, a que hace referencia el inciso previamente relacionado y que será obligación hacerle del conocimiento a la persona que vaya a rendir testigo en el proceso en particular de que se trate.

El juramento del testigo es un requisito que se exigía desde antiguo, como una condición más tendiente a la veracidad de la declaración. “No debe existir la presunción general y abstracta de veracidad de los dichos del testigo, sino una mayor probabilidad de que haya buena fe de parte de él, cuando se declara judicialmente, si el testigo es capaz y no tiene antecedentes de perversión, deshonestidad o falso testimonio, en razón de la solemnidad del acto, la responsabilidad que implica, el sentido de honor y honradez que frecuentemente existe, el temor a la sanción del perjuicio y la ausencia de circunstancias que hagan sospechosa la declaración (como parentesco, amistad íntima o enemistad con una de las partes e interés económico en la suerte del proceso)”⁸⁷ que sin duda “otorgan credibilidad a los dichos del testigo y son el fundamento jurídico-fáctico de la toma en cuenta de sus declaraciones para formar la convicción judicial como un requisito establecido con miras a asegurar la sinceridad y veracidad de las declaraciones”⁸⁸

“Los anteriores deberes, la doctrina procesal civil en general, así como las legislaciones iberoamericanas distinguen derechos y deberes a los testigos o cuyo testimonio haya sido dispuesto de oficio, pesando –en principio- tres

⁸⁷ Ídem. Pág. 184.

⁸⁸ Falcón, Enrique. *“Tratado de la Prueba”*, Tomo II. Segunda Edición, ED. Astrea. Argentina, 2003. Pág. 310.

deberes: el de comparecer, el de declarar y el de decir verdad”⁸⁹, los cuales han sido analizados, pero además otros autores van mas allá de ellos e incluyen los siguientes:

- a. “Deber de someterse a cualquier otra formalidad establecida en la ley: de responder al interrogatorio, sin evasivas.
- b. Deber de decirle al Juez lo que el testigo considere que es la verdad;
- c. Deber de comunicarle al Juez todo lo que sabe sobre los hechos objeto del interrogatorio, inclusive los Juicios y deducciones que tenga sobre tales hechos y que sean necesarios para determinarlos o para aclarar y precisar la narración”.⁹⁰

3.4.2 Derechos del Testigo

3.4.2.1 Derecho a Indemnización por gastos efectuados

Como el deber Jurídico de testimoniar no puede conducir a que el testigo asuma los gastos que su cumplimiento le traiga, en las legislaciones suele incluirse alguna norma que les otorga derecho a recibir una remuneración o indemnización por el tiempo empleado y que les permite atender al transporte y alojamiento cuando deben viajar a otra ciudad. Esto se justifica cuando el testigo

⁸⁹ Arazi, Roland, Derecho Procesal Civil y Comercial, parte general y Especial, 2ª Edición, *actualizada y ampliada*, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995. Pág. 401-407

⁹⁰ Canales Cisco Oscar, “Derecho Procesal Civil Salvadoreño” Tomo I, Legislación-Doctrina –Jurisprudencia, 1ª Edición, CSJ. San Salvador, 2001 Pág. 139-140.

es pobre o de escasos recursos, y en los procesos civiles, debe pagarlos la parte que pide el testimonio.

Así en el nuevo ordenamiento jurídico se establece que el testigo tiene derecho a una indemnización por los gastos que éste haya tenido por el hecho de acudir al llamamiento judicial que se le hace para ir a declarar. Así lo establece el Art. 363 CPCM según el cual “los testigos tienen derecho a recuperar los gastos que la comparecencia en el proceso les hubiera ocasionado, a costa de la parte que los propuso. Si la parte no satisficiera la indemnización en el plazo de quince días, el testigo podrá reclamar por la vía de ejecución que corresponda. Cuando el testigo sea propuesto por varias partes, corresponderá a todas ellas, conjuntamente, el pago de la indemnización.”

Recordemos que el testigo en la mayoría de ocasiones tiene que perder un día de trabajo, pagar pasajes, gastos de alimentación, etc. Razón por la cual es justo que se la retribuyan los gastos que efectúe al cumplir con su obligación de ir a declarar.

3.4.2.2 Ser tratado con decoro y cortesía por todos durante las audiencias

Otro de los derechos que tiene el testigo es a ser tratado respetuosamente, ya que su función no es favorecer a ninguna de las partes en el proceso, sino que ayudar a la administración de justicia, puesto que ayudará a que el juez tenga una mejor percepción de la forma en que sucedieron los hechos y conforme a hecho dictar sentencia.

3.5 SUJETOS DEL TESTIMONIO

Puede hablarse correctamente de sujeto declarante y de sujeto destinatario del testimonio. Este último es el juez. En cuanto al sujeto declarante, o testigo, este puede ser clasificado según su función.

3.5.1 Distintas Clases de Testigos

De lo expuesto en los números anteriores se deduce que existen varias clases de testigos.

a. Tomando el concepto en un sentido impropio, se habla de:

- **Testigos procesales o judiciales y extraprocesales.**

“Estos son los testigos cuya declaración es brindada en sede judicial, es decir en la Audiencia Probatoria o en una diligencia procesal previa.”⁹¹

- **Testigos extrajudiciales o privados.**

“El testigo extrajudicial es aquel cuya declaración se efectúa ante un particular, es decir fuera del ámbito judicial.”⁹²

Entre quienes utilizan esta clasificación podemos citar a Carnelutti. Echandía en cambio, opina que los segundos no son verdaderos testimonios, ni sus autores verdaderos testigos en sentido procesal, ante lo cual concordamos

⁹¹ Echandía Devis Hernando. Tomo II. Ob. Cit Pág. 28.

⁹² Ibídem.

con Echandía puesto que como ya se ha dicho en apartados anteriores, para que un testigo adquiriera su calidad de tal, se necesita del llamamiento judicial.

b. Atendiendo a su naturaleza estrictamente procesal, son:

- **Testigos de vista.**

Es aquel que estuvo presente en el momento en que acontecieron los hechos y es el que nos interesa y el único que tiene trascendencia procesal. Denominase asimismo testigo ocular, el que presenció personalmente lo que refiere.⁹³

- **Testigos de oídas.**

Es aquel que al momento en que se pregunta la razón de su dicho, manifiesta que se lo contaron, es decir no le constan personalmente los hechos sino que se los relataron. Es llamado también testigo auricular”.⁹⁴

Según Cabanellas, “el Testigo De Auditio o de Oídas, se refiere al testigo que relata, no lo que ha presenciado, sino lo que ha oído a otros.”⁹⁵

⁹³Cabanellas de Torres Guillermo, Ob. Cit. Formato electrónico.

⁹⁴OSORIO MANUEL “**Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**”, 1ª Edición Electrónica. Realizada por Datascan, S.A, 2003.

⁹⁵Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit.

- **Testigos de cargo.**

Son aquellos que vienen a dar noticias sobre hechos que impliquen o confirmen la acusación. El testigo está obligado a declarar con veracidad y a ser imparcial, no debe tener interés en el asunto.

- **Testigo de descargo.**

Es el que depone a favor del acusado. En general, todo el presentado por su defensor”.⁹⁶

- **Testigos contestes.**

Los conformes en el testimonio que por separado prestan en una causa, lo cual constituía antiguamente prueba plena en casi todos los casos. Hoy, en crisis la apreciación matemática del testimonio, aun constituyendo indicio de veracidad la coincidencia testifical, es el juez quien aprecia soberanamente, según las reglas de la sana crítica”.⁹⁷

- **Testigo Falso.**

El que falta maliciosamente a la verdad al declarar, sea diciendo lo que no es, negando lo que sabe o deformando el testimonio con evasivas o reticencias”.⁹⁸

⁹⁶ Idem

⁹⁷ Osorio Manuel, Ob. Cit. Formato electrónico

⁹⁸ Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. formato electrónico

- **Testigo Hábil.**

El que tiene capacidad legal para declarar y contra el cual no hay tacha admisible”.⁹⁹

- **Testigo Inhábil.**

El que por incapacidad natural o por disposición de la ley no puede prestar testimonio”.¹⁰⁰

- **Testigo Singular.**

El que es único en lo que declara. Para Escriche, el que discuerda de otros en el hecho, persona, tiempo, lugar o circunstancias esenciales”.¹⁰¹

- **Testigo Único.**

Se designa así al que por circunstancias especiales ha sido la sola persona que ha presenciado un hecho. También, el que declara algo que ningún otro testigo comprueba ni niega”.¹⁰²

Sobre el testigo único, hay que mencionara que “no es compatible el sistema de la sana crítica con la vigencia del principio testis unus testis nullus, que consagraron las Leyes de Partida por influencia del derecho canónico. Actualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que aquella

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ Ibídem.-

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Idem

máxima es inaplicable y que la declaración de un testigo único puede fundar una sentencia si merece fe de acuerdo con la aplicación de las reglas de la sana crítica, y sin perjuicio de que la valoración de la prueba se efectúe, en tal caso, con mayor estrictez”¹⁰³.

3.5.2 Práctica de la prueba testimonial

“La prueba testimonial tiene las tres fases habituales en la práctica de la prueba: proposición, admisión y declaración del testigo”.¹⁰⁴

3.5.3 Proposición de la Prueba Testimonial

Este acto procesal se ejecuta en la demanda o en la contestación de la misma, según expresan los Arts. 275, 287 y 288 CPCM. Pero además, las partes podrán proponer pruebas a más tardar en la audiencia probatoria, Art. 316 CPCM.

Respecto de las normas sobre proposición, las cuestiones fundamentales que se plantean son las de proporcionar la identificación de los testigos y el punto que pretende probarse con su declaración.

Al respecto, el Art. 359 CPCM¹⁰⁵, que al respecto establece “La prueba por interrogatorio se propondrá en la forma determinada por este código. La proposición deberá contener la identidad de los testigos, con indicación, en lo

¹⁰³ PALACIO, LINO ENRIQUE “**Manual de Derecho Procesal Civil**”, 17ª Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003. Pág. 492.

¹⁰⁴ Escribano Mora, Fernando. Ob. Cit. Pág. 163

¹⁰⁵ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. Decreto Legislativo de fecha 27 de noviembre del 2008.

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.

También podrá indicarse el cargo que ocupare o cualquier otra circunstancia que permita identificarlo, así como el lugar en el que pudiera ser citado, en su caso.”

Dicho Artículo al referirse que la prueba se propondrá en la forma establecida en el Código, se refiere y remite específicamente a lo regulado en el Artículo 317 CPCM que establece que “La prueba deberá ser propuesta por las partes en la demanda o en la contestación. Si no se hubiere hecho en esos momentos, las partes propondrán las pruebas, a más tardar, en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado, salvo casos expresamente exceptuados en este Código. La proposición de la prueba exige la singularización del medio a utilizar con la debida especificación de su contenido...”

Y el que se encuentra íntimamente relacionado con el Artículo 276 núm. 9 CPCM. Pues establece que con la Demanda se deben proponer los testigos, junto con los datos generales.

“De acuerdo al CPCM la proposición de pruebas es una acto exclusivamente de parte y se halla sujeta al cumplimiento de determinados requisitos de carácter legal. El incumplimiento de los requisitos o del plazo procesal puede dar como resultado la inadmisión de las pruebas propuestas (Art. 316 Inc. 2º CPCM). En puridad, bajo el esquema propuesto, las partes deben

ofrecer los medios de prueba que desean sean admitidos, para poder probar las hipótesis”.¹⁰⁶

En el segundo momento encontramos la Admisión, que es un acto del tribunal, después viene la preparación, y finalmente el desahogo de la prueba testimonial.

3.5.4 Admisión de la Prueba Testimonial

“La admisión de la prueba como acto de tribunal, depende de que los medios de prueba que hayan ofrecido las partes sean pertinentes, idóneos y congruentes”.¹⁰⁷

La calificación de congruencia, pertinencia, procedencia e idoneidad, desde luego, la hace el tribunal, y es lo que el legislador ha querido establecer por medio del Artículo 317 CPCM, estableciendo que “El juez evaluará las solicitudes de las partes y declarará qué pruebas resultan admitidas y rechazadas...agregando que...”Se deberán admitir todas las que se estimen útiles y pertinentes...”

La Admisión o rechazo de la Prueba testimonial se debe decidir, durante la celebración de la Audiencia Preparatoria (Art. 291 y 320 CPCM), conforme a las reglas de Pertinencia (Art. 318 CPCM) e Idoneidad (Art. 319 CPCM).

¹⁰⁶SANDOVAL R. ROMMEL I. “**Ley-Derecho-Jurisprudencia**” Revista de la Escuela de Derecho, Universidad Tecnológica de El Salvador, artículo “Aspectos Generales sobre el régimen de la Prueba en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil. Año 3, Número 5, San Salvador, 2008. Pág. 62

¹⁰⁷ Ovalle Favella, José. Ob. Cit., pág. 87.

Según LÓPEZ JIMÉNEZ,¹⁰⁸ para que las pruebas en un proceso judicial puedan ser admitidas por el juez deben reunir tres requisitos esenciales: Uno, que hubieren sido propuestas conforme a las normas procesales; Dos, que sean pertinentes y Tres, que se hubieran obtenido sin vulnerar derechos fundamentales.

“En el modelo de juicio implementado en el Código Procesal Civil y Mercantil, las regulaciones probatorias establecen que toda prueba, sin diferenciar quien la presente será admisible si su propósito es lograr que un hecho en controversia sea más o menos probable. Es decir, es el legislador el que le implanta al Juez y a las partes un sistema preliminar de evaluación de la admisibilidad de la prueba. Lo importante en el concepto de pertinencia del modelo adversativo, propuesto en el CPCM, es que la prueba ofrecida por las partes esté relacionada con los hechos en controversia o la credibilidad de un testigo u otro medio de prueba. De allí que las disposiciones de admisibilidad de la prueba dependen de su pertinencia con los hechos en controversia o con la credibilidad de un testigo, Art. 318 y 319 CPCM.”¹⁰⁹

Ahora bien, en el proceso civil instaurado, la actividad procesal se concentrara en el juicio oral o audiencia probatoria (Arts. 402 y 403 CPCM), o sea que el material sobre el pronunciamiento jurisdiccional concurre en la audiencia mencionada, en donde las partes expondrán sus hipótesis, argumentos, sus probanzas y la discuten ante el público y el juez. La concentración en la audiencia de todos los elementos relevantes permite la visión global y unitaria del caso, tanto de la actividad acusatoria y defensiva, la introducción de la prueba, los alegatos de las partes, la deliberación, la emisión del veredicto y la sentencia.¹¹⁰

¹⁰⁸ López Jimenez. Citado por Sandoval R. Rommel I. Ob. Cit. Pág. 63

¹⁰⁹ Sandoval R. Rommel I. Ob. Cit. Pág. 64

¹¹⁰ Idem. Pág. 67

En efecto, el tercer momento del procedimiento probatorio es el recibimiento o practica de la prueba en la audiencia probatoria presidida por un Juez o Tribunal, regido bajo los principios de oralidad e inmediación, Arts. 405 y 406 CPCM.

3.6 DECLARACIÓN DEL TESTIGO

En cuanto a la producción de la prueba testimonial, se requiere de todo un procedimiento para que la prueba se reciba o sea asumida por el tribunal, no basta ofrecerla, no basta admitirla, ni siquiera prepararla, pues después hay que desahogarla para lo que se tiene todo un procedimiento que indica precisamente, la forma, el modo, la manera, el tiempo y el lugar en que va a ser recibida.

En este aspecto, “con la reforma legal hecha al sistema de justicia civil y mercantil se supera la cultura jurídica continental de la declaración testifical por medio del “relato” de los hechos, sustituyéndola por la técnica adversativa americana del interrogatorio directo y conainterrogatorio de las partes.”¹¹¹

Para el caso, Interrogatorio de Testigos es una serie de preguntas que se le formulan al testigo, con la finalidad de extraer de su conocimiento toda la información posible. El interrogatorio de los testigos, puede definirse como la declaración probatoria que prestan las personas que tengan noticias sobre los hechos objeto de la prueba.

“El interrogatorio en el sistema del Código Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño tiene cuatro matices. Un primer interrogatorio que realiza la parte que ofreció o presentó el medio probatorio. Luego, un primer conainterrogatorio

¹¹¹ Sandoval R. Rommel I. Ob. Cit. pág. 71

que efectúa la parte contraria a la que hizo el primer interrogatorio, con el objetivo de rehabilitar la credibilidad del testigo y del testimonio que fue confrontado en el primer conainterrogatorio. Finalmente, la parte que conainterrogar realiza un recontra interrogatorio, es decir, se confronta nuevamente a la prueba de quien la ha ofrecido.”¹¹²

3.7 REGULACION LEGAL DE LAS EXENCIONES DE DECLARAR

3.7.1 La Exención de Declarar del Abogado

El Código Procesal Civil y Mercantil regula exenciones de declarar para el abogado en su Artículo 370 el cual establece que “Las partes y sus abogados tendrán la facultad de negarse a declarar o a facilitar documentación en un proceso respecto de una comunicación sostenida entre ello.

No podrá hacerse uso de la facultad prevista en el inciso anterior cuando:

1°. Los servicios de un abogado hubieran sido solicitados o realizados para planear o cometer un delito o un acto que violente la ley;

2°. La comunicación resulte pertinente en una controversia en que se pretenda demostrar que el abogado violó su deber de confidencialidad para con su cliente;

3°. El cliente hubiere revelado a su abogado del deber de confidencialidad”.

¹¹² Ídem. Pág. 72

En esta norma legal los legisladores facultan al abogado para poder guardar silencio en un proceso determinado, es decir, que tiene la facultad de negarse a responder lo que se le pregunte y no declarar y así no pueda revelar sus secretos profesional que es la obligación legal que tiene el abogado de mantener en secreto la información que han recibido de sus clientes.

Por lo que citar dos supuesto en que no se puede alegar la exención de declarar en el primer supuesto tenemos que si se hubieran utilizado los servicios de un abogado como un medio para poder consumir un delito o poder de laguna violar hacia las disposiciones legales.

En el segundo lugar tenemos el caso en que el abogado haya violado el deber de confidencialidad con respecto su ex cliente, y también cuando fuere que el cliente hubiere autorizado de tal calidad al representante es decir al abogado.

Sin embargo, también puede haber otros casos de asesores o servicios que tengan ese tipo de obligación, como por ejemplo los asesores fiscales (a veces incluidos dentro de los abogados) o las compañías de seguro¹¹³. Las exenciones del deber de declarar obedecen a la protección del ámbito profesional, teniendo unas carácter absoluto, siendo por tanto indispensable; y otras carácter relativo, siendo, por ende, disponibles.

La exención a que se refiere este artículo es lo que se conoce como secreto profesional, que son las confidenciales recibidas del cliente, el adversario y los colegas; las realizadas en relación del oficio o profesión del testigo y las

¹¹³ http://es.wikipedia.org/wiki/Secreto_profesional.

conocidas por la actividad que este desarrolla, siendo ejemplo típico de dichas actividades el abogado,¹¹⁴.

El secreto profesional es el que conocen ciertas personas en virtud de su profesión, oficio o actividad, como consecuencia de su ejercicio y llegan a dicho conocimiento exclusivamente en virtud de esa función.¹¹⁵

Toda excepción del deber de declarar debe estar consagrada en la ley, Naturalmente, este derecho es renunciabile por parte del testigo, quien siempre puede comparecer personal y espontáneamente.¹¹⁶

El secreto profesional puede ser invocado por determinadas categorías de particulares; algunos profesionales exigen por su naturaleza la confianza de los ciudadanos en ellas. Ejemplos Abogados, procuradores, consultores técnicos y notarios, con respecto a estas personas la exención tiene un carácter público, porque en su profesión hay un interés social.

También podemos mencionar el deber de confidencialidad para con el cliente. El abogado debe mantener estricta confidencialidad toda información relativa a los asuntos de sus clientes que ha conocido en el ejercicio de su profesión. Y como consecuencia tenemos:

- La prohibición de revelación: el abogado debe de abstenerse de revelar la información cubierta por su deber de confidencialidad, así como de

¹¹⁴ ARAZI, ROLAND. Ob. Cit. Pág. 337

¹¹⁵ FALCÓN, ENRIQUE. "Tratado de la Prueba", Tomo II. Segunda Edición, ED. Astrea. Argentina, 2003. Pág. 799.

¹¹⁶ DE SANTO, VICTOR. Ob. Cit. Pág. 404.

entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales que contienen dicha información y que se encuentra bajo su custodia.

- Deberes de cuidado: el abogado debe de adoptar medida razonables para que las condiciones en que recibe, obtiene, mantiene o revela información sujeta al deber de confidencialidad sean tales que no pongan en riesgo el carácter confidencial de la información;
- Deber de cuidado respecto de acciones de colaboradores: el abogado debe tomar medidas razonables para que la confidencialidad que se debe de tener con respecto a los secretos o documentos que se tienen de sus clientes sean mantenidos por quienes colaboran con el, es decir que lo colaboradores jurídicos del abogado también tienen que hacer resguardo de los secretos de los clientes de su jefe en su caso sería del abogado.

3.7.2 La Exención de Declarar del Medico

Otras de los profesionales que se encuentra contemplando dentro de las personas que pueden alegar las exención del deber de declarar es el medico ya el Código Procesal Civil y Mercantil regula en el artículo 371 que contempla lo siguiente: “El paciente y el médico tendrán la facultad de negarse a declarar en calidad de testigo o a facilitar documentación o información en un proceso en lo referente a la relación profesional. Además, tienen el derecho de impedir que otra persona revele una comunicación confidencial entre ellos.

No podrá hacerse uso de la facultad prevista en el inciso anterior cuando:
1°. Los servicios de un médico fueron solicitados u obtenidos para planear o cometer un delito o un acto que violente la ley;

2°. La información fuere esencial para decidir una controversia sobre el estado o capacidad mental de un paciente;

3°. Fuera necesario revelar ¡a comunicación como prueba sobre la conducta de un demandado o demandante en el litigio;

4°. La información fuera esencial en casos de responsabilidad civil por mala praxis médica;

5°. La comunicación fuera pertinente para resolver una controversia en la que se reclamen obligaciones emanadas de un servicio de atención médica, exista o no

6°. La comunicación fuera pertinente en una controversia en la cual el médico hubiera violado su deber de confidencialidad para con su paciente; y,

7°, El cliente hubiera relevado a su médico del deber de confidencialidad”.

La exención a declarar de estos profesionales en virtud del secreto profesional, tienen la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio contra la vida y la integridad física, que conozcan al prestar los auxilios de su profesión.

En el caso del médico que sea llamado como testigo, no tiene la carga de contestar preguntas que revelen un secreto profesional, más bien tienen el deber de no divulgarlo. El conocimiento de ese hecho no se extiende al resto de la comunidad ni a otras persona que no sean las involucradas y ligadas por la relación que funda ese conocimiento.

El secreto profesional del medico es uno de los reconocido como una excusa legal del deber de testimoniar desde los tiempos clásicos de Grecia y roma con distintas modalidades: como un derecho del profesional a abstenerse de revelarlo, como un derecho del cliente sin cuya autorización no es posible testimonial o como un deber social que no puede ser excusado por el cliente ni por el juez.

Pues bien el medico tiene la prohibición de revelación y también el deber de confidencialidad así como el abogado, el medico debe tener lo mismo cuidado en tratar de no revelar sus secreto.

El que confía algo en virtud del secreto profesional, no lo hace libremente, sino bajo un estado de necesidad; por ejemplo: al médico que conoce la ciencia y puede curarlo, al abogado para poder hacer actos de postulación en el proceso, no siéndole permitido hacerlo directamente. No se es libre cuando se confía en virtud del secreto profesional.

Existen tres clases de secretos:

- a. El secreto natural: es independiente de todo contrato, se extiende a todo lo que, ya sea descubierto por casualidad, por investigación personal o por confidencia, y no puede divulgarse. Aunque el depositario del secreto no haya prometido guardar secreto, ni antes ni después de habersele manifestado el hecho o de haberlo descubierto, está obligado a callar, en virtud del precepto moral que prohíbe perjudicar a los demás sin motivo razonable.
- b. El secreto prometido: nace de un contrato, de la promesa de guardar silencio después de haber conocido el hecho, ya sea por casualidad, por

investigación personal o por confidencia espontánea o provocada. Un mismo secreto puede ser a la vez natural y prometido. Será natural cuando la cosa de suyo requiera sigilo, pero si además va acompañado de una promesa, también será prometido.

- c. El secreto confiado: también dimana de una promesa explícita o tácita hecha antes de recibir la confidencia de lo que se oculta. Se le comunica que previamente ha prometido, expresa tácitamente por la razón de su oficio o al menos de las circunstancias, guardar silencio, y le es participado lo que se mantenía oculto, añadiendo que se le revela confiado en su promesa bajo el sello de! secreto. El secreto pasa entonces a ser estrictamente confidencial o profesional; confidencial, cuando la confidencia se ha hecho a un hombre que está obligado por razón de su oficio a prestar ayuda o a dar consejo. Profesional cuando se ha confiado, ya de palabra, ya en sus acciones, a un hombre a quien su profesión obliga a asistir a los demás con sus consejos o cuidados, por ejemplo: abogado, contador, médico, sacerdote, consejeros de oficio.

3.7.3 Otras Exenciones del Deber De Declarar

El Código Procesal Civil y Mercantil además de reglas exenciones de declarar para los Abogados y los Médicos también regula exenciones para otros profesionales como los que regula el artículo 372 que establece lo siguiente: “Un Sacerdote tiene derecho a rehusar dar testimonio o revelar el conocimiento obtenido en la confesión; y cualquier ministro religioso tendrá el mismo derecho en lo tocante a asuntos de conciencia.

La comunicación entre un contador público y su cliente, o entre un auditor y su cliente, estará sujeta a lo dispuesto por la ley de la materia. Esta información podrá ser divulgada por mandato de ley o por orden judicial.

El dueño de un secreto comercial o de negocio y el propietario de una patente o su licenciataria tienen la facultad de negarse a revelarlo. También tienen el derecho de impedir o evitar que lo divulgue uno de sus empleados. Sin embargo, se admitirá testimonio sobre dicho secreto cuando fuere necesario para probar un fraude de ley, un delito, una violación a la legislación sobre propiedad intelectual o industrial o para resolver cualquier otra controversia, a juicio prudencial del juez o tribunal en función de descubrir la verdad sobre los hechos en disputa.

Lo mismo se aplica a aquellas personas que en razón de su profesión u oficio tengan obligación de guardar secreto”.

Lo que respecta al inciso primero de este artículo, los sacerdotes y pastores podrán abstenerse de dar testimonio sobre hechos o conocimientos que han obtenido ya sea a través de la confesión o de un testimonio que en ellos se le han sido confiados en función del servicio que prestan a la iglesia. Por lo consiguiente tanto los pastores como sacerdote pueden rehusarse o negarse a declarar sobre dichos puntos.

En la actualidad si se le confiere dicha facultad tanto a los sacerdotes como pastores. Más que todo aparte de ser un derecho o un privilegio son deberes morales y éticos de estos líderes de la iglesia.

Los miembros de la religión católica, y de las confesiones admitidas en el Estado, la Religión tiene un contenido ético y sus ministros se hallan en la

necesidad de recibir de los fieles secretos íntimos y delicados y por eso el legislador se ha creído en el caso de darle medios de rehusar su testimonio.

En el inciso segundo se aprecia lo que es un secreto otorgado a los contadores públicos, lo cual establece que estos no pueden mostrar o publicar los estados de cuenta o los estados financieros de sus clientes a las demás sociedades o empresas que se dedican al mismo giro empresarial, pero existen dos excepciones en la cual esta información si puede ser mostrada, las cuales son; por mandato de ley o cuando se esté dentro de un litigio, es decir por orden judicial.

El tercer inciso del artículo en comento regula el aspecto relativo a que las empresas mercantiles generalmente las que se dedican a la industria cuentan con lo que es un secreto comercial propio de su negocio, por lo tanto las personas dueñas de dicho secreto o propietarios de alguna patente tiene el derecho a negarse a revelarlo o a dar una declaración sobre dichos aspectos, a la vez pueden impedir a través de los contratos individuales de trabajo agregándole una cláusula especial donde establezca que por ningún motivo o circunstancia pueden revelar esa información.

Sin embargo, hay casos en los cuales si se permite o se obliga que se revele ese secreto comercial ya que esto se hace con el fin de descubrir la verdad sobre el hecho que se está litigando, es decir que si el litigio no se resuelve por esa abstención de declarar el juez puede obligar a testigo que tiene el conocimiento del secreto comercial puede revelarlo para que pueda ser resuelto el litigio.

Finalmente las otras personas que no regula este artículo pero que están facultadas a guardar secreto son los abogados y médicos ya que en artículos comentados anteriormente se les concede dicho privilegio.

El tratado de la prueba judicial establece que Guardar reserva, callar lo que un sujeto ha confiado a otro es una cuestión de moral, de lealtad, de grandeza. Desafortunadamente en la época que nos ha tocado vivir, quien confía algo, se convierte en esclavo de su confidencia. El dicho popular "uno es dueño de su silencio y esclavo de sus palabras" donde más tiene vigencia es en las confidencias.

También los profesionales tienen el derecho de guardar secreto por ser de gran importancia el conocimiento que tenga, Pero al lado de ese principio de lealtad que debe inspirar el comportamiento humano en general, existe uno que se ha perfeccionado, generando obligaciones y deberes que es el profesional.

La obligación o el deber del secreto profesional tiene fundamento en el hecho de que existen determinadas necesidades en el amplio sentido del vocablo que no le es permitido o que no puede satisfacer el individuo por sí mismo y tiene que buscar que otro le proporcione esa satisfacción, rebelándole algo de su propia intimidad.

El deber de confidencialidad para con un hacia a la persona prevalecerá sobre cualquier deber fiduciario, salvo cuando la revelación de información sujeta al deber de confidencialidad produzca primero un perjuicio irrelevante y además, manifieste menor que el provecho que la revelación ocasiona al segundo. Por lo tanto, debe estar sujeto a la ponderación referida, abstenerse de asumir o de continuar el encargo sacerdote de una persona que razonablemente ponga en riesgo la confidencialidad debida a otro cliente.

Como derecho del profesional a abstenerse de declarar En realidad el profesional puede sustraerse al deber general que existe de rendir testimonio y privar al órgano jurisdiccional de este medio. Si quiere puede rendir testimonio, este será válido sin perjuicio de las acciones civiles que tenga el cliente, para reclamar los perjuicios que se le causen con el hecho de rendir lo confiado o descubierto con sustento en el secreto profesional.

3.7.4 La Regulación Internacional de las Exenciones de Declarar

3.7.4.1 Las exenciones en el Derecho Español

Según la perspectiva española la modalidad del secreto profesional posee dos sentidos, por un lado de la obligación de guardar el secreto profesional o de Estado, y por otra parte la relacionada en materias de secreto oficial.

Sobre el primer punto en el Art. 371 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo regula en un doble plano, ya que lo estipula como derecho del testigo para proteger la custodia del secreto y así también, como deber de guardarlo elevando el interés del protegido por esta salvedad.

Es así que el estatuto de la Abogacía del 24 de julio de 1982 expresa el secreto como un deber y secreto del Abogado, lo que repiten las Normas deontológicas aprobadas por la Asamblea de Decanos del 28 y 29 de mayo de 1987.

Y de la misma manera se encuentra regulada en la Ley General de Sanidad de 1986, en el Art. 10.3, la actividad de los médicos y de los

dispensadores del servicio sanitario que reza de la siguiente manera: “Todos tienen los siguientes derechos con respectó a las distintas administraciones publicas sanitarias. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en todas las instituciones sanitarias publicas y privadas que colaboren en el sistema publico.”

Respecto a los detectives privados y la reserva que pueden alegar se encuentra regulada, en el Art. 103 del Reglamento de Seguridad Privada.

De la misma manera la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento automatizado de datos de carácter personal, regula la actividad y el secreto que deben de guardar los expertos en informática y los responsables de banco de datos.

El deber les puede constreñir como depositarios de la información que reciben con motivo de su ejerció profesional, que puede abarcar mas que la discreción protectora del cliente, puesto que los abogados se extiende a ciertas confidencias del adversario de los compañeros y de todos los hechos y documentos que hayan tenido noticia por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.¹¹⁷.

Pero por la existencia del mismo deber se encuentra como delito la revelación del secreto profesional, encuadrado en el Art. 201 Código Penal Español, entre los delitos contra la intimidad de las personas, persiguiéndose solo por la denuncia del agraviado, pero siendo regulado así ya que no solo se protege no solo el interés del particular y los perjuicios que le pueda ocasionar en el caso que de revele, sino que mas allá, el legislador previo que era necesario proteger

¹¹⁷ La Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Antonio Díaz Fuentes. Tratamiento y Práctica 2ª edición 2004. pág. 304

los intereses generales y sociales que descansan en la extensa actividad profesional y en la cantidad de información y datos proporcionados y que es necesario que se fundamenten en un substrato de confianza de la sociedad.

Pero existe la posibilidad del Juez de hacer manifiesta su potestad judicial, resolviendo por sí por medio de providencia si procede o no la dispensa de declarar, fortaleciendo así la el objetivo de encontrar la verdad procesal. Si el testigo quedare liberado de responder se hará constar en acta, y efectivamente en el caso contrario por virtud de esa libertad judicial estaría exonerado de responsabilidad para declarar.

El derecho de reserva del secreto profesional debe ser delegada por el testigo, si lo considera necesaria para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, podrá pedir mediante oficio por medio de providencia al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter reservado o secreto, no precisamente el asunto, acto, documento, información, dato u objeto clasificado como secreto o reservado y comprobado el fundamento de la alegación mandara a unir los autos la justificación remitida, dejando constancia de la preguntas afectadas por el secreto profesional.¹¹⁸

3.7.4.2 Argentina

En argentina también se encuentra regulada esta figura jurídica en el artículo 14 incisos b, de la ley 22.192. y que también dicho cuerpo legal impone sanciones por revelar el secreto profesional; dichas sanciones comprenden multas y apercibimientos (artículo 18 de la ley 22.192) y puede llevar a los

¹¹⁸ Ibídem pág. 305

profesiones a su suspensión y cancelación según dicha ley; el propósito que persigue esta ley va referida a los abogados y que estos no divulguen los secretos que sus clientes les dado a conocer por dichas circunstancias se regula esta figura jurídica en dicha ley.

3.7.4.3 Colombia

En Colombia al igual que en nuestro país se regula las exenciones en El Código de Procedimientos de Colombia también regula las exenciones del deber de declarar en su artículo 214 que dice: “Excepciones al deber de testimoniar. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión:

- a. Los ministros de cualquier culto admitido en la República.
- b. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional.
- c. Cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.

3.7.4.4 Guatemala

En ese país también es una exención al deber de declarar que tiene toda persona regula por el artículo 142 del Código Procesal Civil y Mercantil, que dice que los que tengan conocimiento de los hechos están obligados a declarar su fueren requeridos y si se negaren el Juez impondrá los apremios legales que

juzgue convenientes, pero el citado articulo establece que para negarse a declarar tiene que haber justa causa y esta seria un ejemplo de esa justa causa, pues por revelación de secretos hay responsabilidad penal.

Existen muchas corrientes, la extendida y aceptada es que se trata de una obligación impuesta a la vista de un interés social, a la sociedad le interesa que una confidencia sea guardada o que un secreto no se revele pues se existe la ética profesional.

Para poder darle mayor cumplimiento a las exenciones en este país existe un código de ética profesional, así como también la Ley Orgánica Judicial Guatemalteca regula que los abogados no pueden revelar los secretos de sus clientes.¹¹⁹

¹¹⁹ <http://www.scribd.com/doc/992884/Derecho-Procesal-Civil-completo>, consultado el día 12 de mayo de 2010 a las 10:30 am.

CAPITULO CUATRO

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 Hipótesis General

“La exención de declarar según la regulación del Código Procesal Civil y Mercantil genera una mejor protección al secreto profesional en los procesos civiles y mercantiles”.

4.1.1 Hipótesis Específicas

La regulación a las Exenciones del Deber de Declarar en el Proceso Civil y Mercantil incidirá negativamente a la aplicación de los principios procesales

La regulación de las exenciones al deber de declarar en el Código Procesal Civil y Mercantil implementara más ventajas para que no sea revelado el secreto profesional.

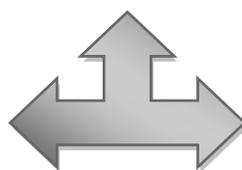
4.2 PROCESO DE OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS

Para el estudio de las variables de las hipótesis, se han seleccionado los indicadores siguientes:

HIPÓTESIS GENERAL.

Aportará mayores ventajas
(Vinculo lógico)

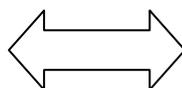
La regulación de las
Exención de Declarar según
del Código Procesal Civil y
Mercantil
V.I. (Causa)



A la Protección al Secreto
Profesional en los procesos
civiles y mercantiles".
V.D. (Efecto)



Indicador (1)
Inclusión de la regulación
de las exenciones de
declarar:
Código de Procesal Civil y
Mercantil



Indicador (1)
Incorporación de mecanismos
de protección del Secreto
Profesional:
Las exenciones de declarar en
los procesos

Hipótesis Especifica No. 1

INDICADORES

<p>Variable Independiente (causa)</p> <p>“ La regulación a las Exenciones del Deber de Declarar en el Proceso Civil y Mercantil ”</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Proceso de Formación de Ley. ✓ Aprobación del Código Procesal Civil y Mercantil. ✓ Aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil.
<p>Variable Dependiente (efecto)</p> <p>“Incidencia negativamente en la aplicación de los principios procesales.”</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Regulación de las Exenciones de Declarar ✓ Principios de Inmediación, oralidad, publicidad, celeridad, concentración, etc. ✓ Código Procesal Civil y Mercantil.

Hipótesis Específica No. 2

INDICADORES

<p>Variable Independiente (causa)</p> <p>“ La regulación de las Exenciones de Declarar en el Código Procesal Civil y Mercantil ”</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Proceso de Formación de Ley. ✓ Aprobación del Código Procesal Civil y Mercantil ✓ Aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil.
<p>Variable Dependiente (efecto)</p> <p>“Mayores ventajas para que no sea revelado el Secreto Profesional”.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Protección al Secreto Profesional. ✓ El profesional puede negarse a declarar ✓ Cumplimiento de Principios Procesales. ✓ Intervención directa del juez.

4.3 DETERMINACIÓN DE MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS UTILIZAR

4.3.1 Método

El conocimiento científico es una actividad por medio de la cual el hombre adquiere certeza de la realidad y que se manifiesta como un conjunto de representaciones sobre las cuales tenemos certeza de que son verdaderas. Así “el conocimiento científico es una de las formas que tiene el hombre para otorgarle un significado con sentido a la realidad”.¹²⁰

“El método nos dice Ely de Gortari¹²¹, es el instrumento de la actividad científica que nos sirve para conseguir el conocimiento de la naturaleza y de la sociedad... el método es entonces, el procedimiento planeado que se sigue en la actividad científica para descubrir la forma de existencia de los procesos”

Respecto a la investigación sobre “LAS EXENCIONES DE DECLARAR EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL”, es indispensable contar con un método, por lo que el método que se utilizará en el desarrollo del presente problema será el Método Hipotético Deductivo puesto que la investigación de campo que se realizara, será comprobable por medio de hipótesis, las cuales han sido estructuradas desde lo general a lo particular, es decir, que por medio de la deducción se permite dar paso de lo abstracto a lo concreto del problema objeto de estudio.

¹²⁰ Tamayo y Tamayo, Mario; Proceso de Investigación Científica. Limusa. México. Pág. 20

¹²¹ De Gortari, Ely, Autor Citado por Salvador Iglesias “Guía para la elaboración de Trabajos de Investigación Monográfico o Tesis”, 5ª Edición, Biblioteca Académica, San Salvador, 2006. Pág. 28

4.3.1.1 Método Hipotético- Deductivo

El método Deductivo es aquel “fundado en los principios admitidos generalmente como ciertos o establecidos previamente cual verdaderos, ya por su evidencia, ya por su demostración lógica”.¹²²

La deducción, como método general de investigación, parte de datos generales aceptados ya como científicos y por razonamientos lógicos de ellos pueden deducirse algunas suposiciones.

Este método ha sido y es muy importante en todas las ciencias, ya que gracias a él se aplican los principios generales descubiertos a las situaciones particulares. La deducción nos lleva a la inferencia, es decir que deducir es inferir o concluir.¹²³

La deducción en otras palabras, se trata de sacar ideas o razonamientos particulares o específicos, de los conocimientos generales preestablecidos.

4.3.2 Técnicas

“Una técnica es la aplicación específica del método, mediante el procedimiento o conjunto de procedimientos, medios para recolectar, conservar, ordenar, reelaborar datos para la investigación, es decir que la técnica depende del método, forma parte de él”.¹²⁴

¹²² Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Formato electrónico.

¹²³ Meléndez, Maymo; Como preparar el Anteproyecto de investigación y la Tesis de Graduación, Primera Edición, Ediciones MYSSA, 1991. Pág. 121

¹²⁴ Iglesias, Salvador. Ob. Cit. Pág. 29

Las técnicas son los pasos que ayudan al método a lograr su propósito o alcanzar el objetivo previsto, por lo que técnica se define como el conjunto de reglas y operaciones que orientan para el manejo de instrumentos y que auxilian al investigador en la aplicaciones del método seleccionado para su estudio, de tal forma que la técnica debe ser adecuada al método y no éste a la técnica.

Por lo que utilizaremos para el desarrollo del método Hipotético-Deductivo las siguientes técnicas de investigación:

4.3.2.1 Técnicas de Investigación Documental

En cuanto a las técnicas documentales a utilizar en la investigación se tienen:

- ✓ Fuentes Primarias o Directas: Estas constituyen la base de la investigación bibliográfica, con la finalidad de recopilar datos de primera mano, por ejemplo: Bibliografía sobre las exenciones de declarar en General, , etc. Recopilación de Leyes procesales en materia Civil y Mercantil: Código de Procedimientos Civiles, Código Procesal Civil y Mercantil, Legislación Internacional, etc.
- ✓ Fuentes Secundarias: “Son compilaciones, resúmenes y listados de referencias publicadas en un área de conocimiento en particular. Es decir, reprocessan información de primera mano”.¹²⁵ Por ejemplo, revistas judiciales, boletines jurídicos, periódicos, ensayos, monografías, etc.

¹²⁵ Hernández Sampieri, Roberto; Metodología de la Investigación; Segunda Edición. Mc-Graw- Hill, México. Págs. 23 y 24.

4.3.2.2 Técnicas de Investigación de Campo

En el proceso de investigación del tema objeto de estudio, será necesario utilizar las técnicas de campo que más se han acoplado a la estructura del trabajo.

Las técnicas de campo aplicadas en el proceso de investigación, para obtener los datos necesarios como las opiniones de los aplicadores de justicia, será: la entrevista, la cual nos facilitara el logro de los objetivos y de la investigación planteada.

- La Entrevista.

La información que proviene de una persona importante o clave para la fundamentación del trabajo, debe ser obtenida a través de la Entrevista.

En el caso concreto, las entrevistas se realizaran a jueces, magistrados, colaboradores jurídicos, catedráticos universitarios, abogados en el ejercicio de la profesión, etc.

CAPITULO CINCO

RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO

5.1 Presentación y descripción de los Resultados

Los capítulos anteriores de esta tesis versaron sobre aspectos técnicos, relacionados con el tema en estudio, sobre la base de la bibliografía pertinente utilizada. El propósito del presente capítulo es exponer los resultados cuantitativos del estudio provenientes de haber aplicado un instrumento de entrevista a una muestra selectiva de informantes claves integradas por un grupo de profesionales integrado por: Jueces, Colaboradores y Secretarios Judiciales, Abogados en el Ejercicio de la Profesión y Catedráticos Universitarios.

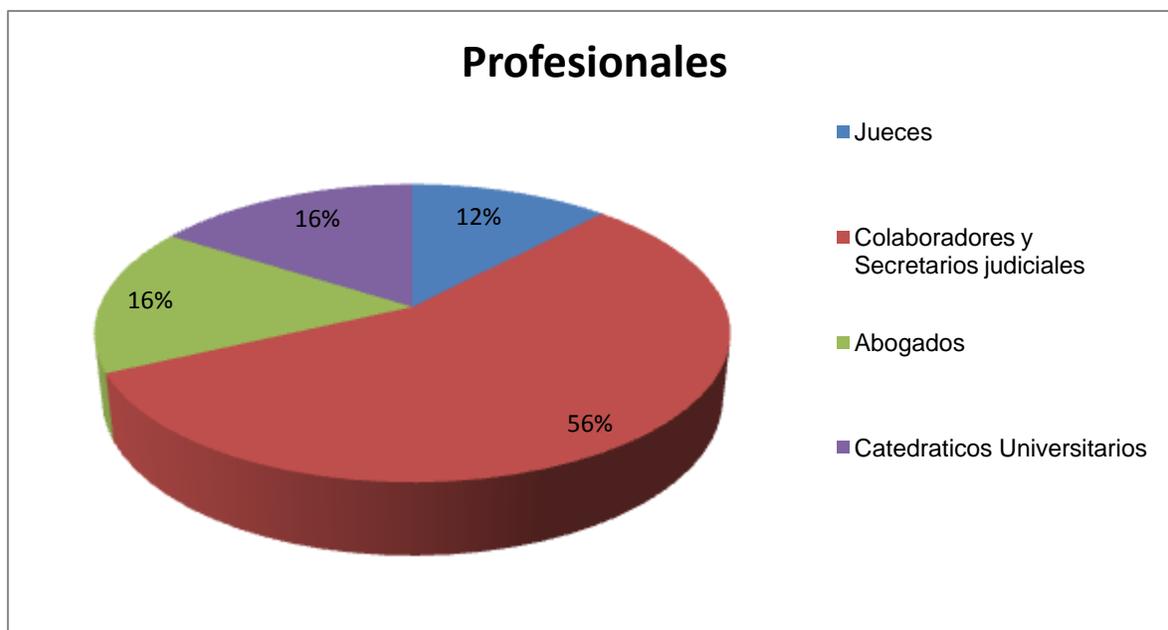
La información esta de acuerdo a como se presentaron las interrogantes en el instrumento de entrevista, los cuales se clasifican y tabularon en cuadros y gráficos para facilitar su análisis e interpretación la cual se presenta a continuación:

5.2 Profesionales Entrevistados

Se toma como parte de la muestra de la población para ser entrevistadas y así obtener las estadísticas que más adelante se detallaran y se darán a conocer puesto que se ha tabulado consecuentemente con lo que los Profesionales del Derecho han respondido al momento de contestar la entrevista que se les hizo y con mucha seguridad y hasta con base legal respondieron, siendo tomados ellos como la población idónea para llevarlas a cabo puesto que son los que día con día se enfrentan a los desafíos que estos nuevos

ordenamientos jurídicos puedan traer consigo tras su aprobación y entrada en vigencia.

Cuadro nº1		
Profesionales Entrevistados	Nº	%
Jueces	3	12%
Colaboradores y secretarios	14	56%
Abogados	4	16%
Catedráticos	4	16%
Total	25	100%

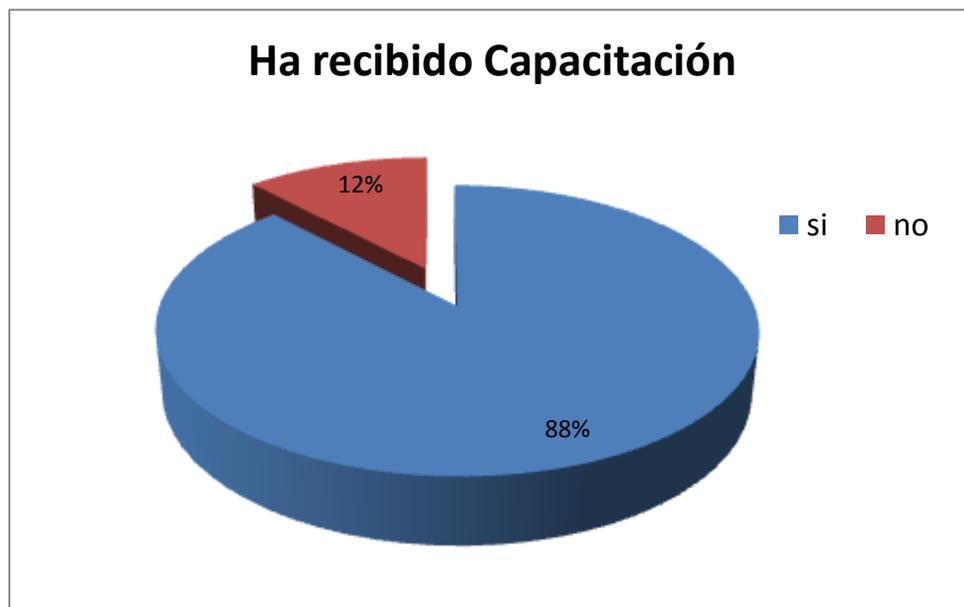


Análisis de resultado del cuadro numero 1, realizado a los profesionales del derecho, y que arrojaron las siguientes estadísticas: en primer lugar se trato de entrevistar a Jueces de lo Mercantil, a los cuales se le paso la entrevista con un numero de preguntas equivalentes a 12, en este caso preguntas tanto cerradas en su mayoría, como abiertas, logrando alcanzar la cifra de 12%, ya que estas figuras se encuentran un tanto saturadas de trabajo y se dificulta mucho

mas coincidir con el tiempo de estas personas, siendo lo contrario con los colaboradores y secretarios judiciales a quienes se tuvo la oportunidad de entrevistar y arrojar así un total del 56% de personas entrevistadas quedando estas como la población más alta dentro de las estadísticas, y dando así estas personas su opinión acerca de las interrogantes que se le pidió contestar, así mismo se entrevisto tanto abogados como catedráticas dejando estos un resultado similar, siendo este el 4% cada uno, haciendo un total de 100%, y es así como a esta población de personas dan su opinión que a continuación se dará a conocer con los siguientes gráficos.

5.3 ¿Ha Recibido alguna Capacitación sobre contenido del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil?

Cuadro 2		
Opinión	Nº	%
Si	22	88%
No	3	12%
Total	25	100%



Análisis de cuadro número 2, dando respuesta a la pregunta antes mencionada la población entrevistada que fueron personas conocedoras de las leyes nacionales e internacionales, arrojaron los siguientes resultados: en opinión a la pregunta cerrada en las que como opciones había un SI o un NO, siendo los resultados para la opción SI la de un 88%, así mismo el resultado de la opción negativa NO fue de un restante de 12%, complementando así este resultado en un 100%.

5.4 ¿Conoce alguna de las figuras Jurídicas en relación a la Prueba Testimonial, incluidas en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil?

Cuadro nº 3		
Conoce alguna figura jurídica	Nº	%
Si	25	100%
No	0	0
Total	25	100%



Análisis de resultado de cuadro nº 3, dando respuesta a la pregunta: ¿Conoce alguna de las figuras Jurídicas en relación a la Prueba Testimonial, incluidas en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil?, se da un resultado en la que los profesionales del derecho coincidieron de una manera unánime, llevando así a una respuesta igualitaria y equivalente a porcentajes del 100% en orientación a la respuesta positiva “SI” que se daba como opción juntamente con la opción “NO” que en este caso no fue escogida por ninguna de las personas entrevistadas para esta investigación.

5.5 Según su opinión ¿Cuáles son las Ventajas que trae consigo la regulación de la Prueba Testimonial en el Código Procesal Civil y Mercantil, en comparación al Código de Procedimientos Civiles?

- Entrevistado 1 Las principales ventajas que yo encuentro son en cuanto a la producción de la prueba testimonial, porque ésta será en audiencia, hay inmediación porque va ser en presencia del Juez y la valoración porque se adopta el sistema de la sana crítica.
- Entrevistado 2 Las ventajas que yo percato son la eliminación de figuras que retrasaba el proceso, la implementación de la sana crítica como sistema de valoración de la prueba y la inclusión de medios digitales como prueba en el proceso.
- Entrevistado 3 Las ventajas con el nuevo Código es que será menos engorrosa la práctica de la prueba en el proceso ya que será por audiencia probatoria, algo que en el antiguo código era muy tardado.
- Entrevistado 4 Se usa la sana crítica y no sola la prueba tasada como medio de valoración de la prueba.
- Entrevistado 5 La inmediación se fortalece por cuanto será el juzgador el que reciba el testimonio y evalúe tanto las respuestas de los testigos y peritos como su expresión corporal.
- Entrevistado 6 Las mayores ventajas que yo le encuentro es que se le darán cumplimiento a los principios procesales como la Inmediación y la Contradicción, además se evitará la delegación de funciones del juez.
- Entrevistado 7 El juez se encuentra en mayor contacto con las pruebas y hay mayores posibilidades de apreciar la misma y se cumple con el principio de concentración.
- Entrevistado 8 Las Partes van a preguntar directamente al testigo sobre aquellos hechos que tienen conocimiento personal y directamente van a tratar de desacreditar al testigo por la persona o su testimonio.
- Entrevistado 9 Se incluyen medios digitales como prueba y se usa sana crítica como medio de valoración de la misma, además que la reproducción de la prueba se hará en una misma audiencia.
- Entrevistado 10 Se aplicaran mejor los principios de inmediación y concentración en la reproducción de la prueba y también se implementara la sana crítica.
- Entrevistado 11 El proceso se realizara por Audiencias, que descansa en el principio de Oralidad como base de las actuaciones judiciales, mayor cumplimiento de los principios procesales y sobre todo se abandona el anacrónico sistema de la prueba tasada por el de Libre Valoración.
- Entrevistado 12 No contesto.
- Entrevistado 13 la ventaja que yo encuentro es la prueba testimonial se efectuará de manera oral, de esa manera el juez podrá analizar el comportamiento del testigo, para llegar a una conclusión sobre la declaración que los mismos han brindado.
- Entrevistado 14 No contesto
- Entrevistado 15 Dar cumplimientos a los principios de contradicción, inmediación, buena fe, aportación de prueba, la prueba va a ser más pura porque antes se preparaba a testigo y se llevaba al Juzgado, pero ahora si no convence al Juez puede hacerle repreguntas inmediatamente.
- Entrevistado 16 La mayor ventaja de que nos trae el Código es la implementación de la sana crítica como sistema de valoración de la prueba.

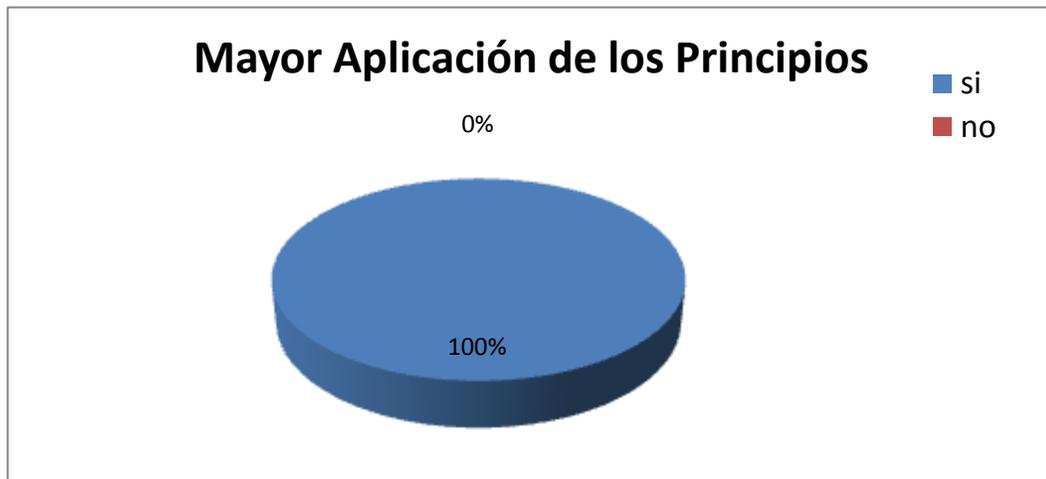
Entrevistado 17	La agilidad en cuanto a la reproducción de la prueba ya que será en un solo acto sin interrupciones en el cual desfile la prueba y será el Juez quien la valore según la sana crítica.
Entrevistado 18	Que se adopta el sistema de audiencia en el proceso por lo cual habrá mayor agilidad en cuanto a la reproducción de la prueba y se le dará cumplimiento al principio de concentración de la prueba.
Entrevistado 19	El uso de la sana como sistema de valoración de la prueba y el cumplimiento de los principios de inmediación y concentración.
Entrevistado 20	El cumplimiento del principio de inmediación el cual va a obligar al juez a estar presente en las audiencias para que oiga, pregunte y valore la declaración del testigo vertida en respuesta a las preguntas que las partes hagan.
Entrevistado 21	La reproducción de la prueba en un solo acto, y con la intervención directa del juez quien valorara la prueba mediante la sana crítica.
Entrevistado 22	El juez tendrá mayor participación en la reproducción de la prueba y la valor según la sana crítica.
Entrevistado 23	Es más ventajoso porque hace más expedito el proceso probatorio y le da más transparencia y da la misma oportunidad a las partes que intervienen en el proceso.
Entrevistado 24	Hay posibilidad de interrogar y contrainterrogar a las partes y a los testigos, lo permite mayor defensa.
Entrevistado 25	Es de obligatorio cumplimiento la inmediación esto hará que la declaración del testigo debe ser directa por el juez y le da una mejor amplitud al momento de valorar la prueba.

Análisis de resultados de la pregunta ¿Cuáles son las Ventajas que trae consigo la regulación de la Prueba Testimonial en el Código Procesal Civil y Mercantil, en comparación al Código de Procedimientos Civiles?, la mayoría de los entrevistados encuentra ventajas con la regulación de la Prueba Testimonial en el Nuevo Código Procesal Civil y Mercantil ya según sus opiniones es más ventajoso la regulación de la prueba porque esta trae consigo mayores beneficios en cuanto a la agilidad y prontitud del proceso probatorio; la mayoría de los entrevistados coinciden en las siguientes opiniones como:

- El uso de la sana crítica como medio de valoración de la prueba.
- El cumplimiento de los principios de inmediación y concentración
- La implementación de medios digitales como prueba.
- La reproducción de la prueba en un solo acto.

5.6 Desde su punto de vista ¿Considera que con la regulación La de la Prueba Testimonial en el Código Procesal Civil y Mercantil habrá mayor aplicación de los Principios?

Cuadro n° 4		
Mayor aplicación de los Principios	Nº	%
Si	25	100%
No	0	0
Total	25	100%



Análisis de resultado de cuadro n° 4 dio que la totalidad de los entrevistados encuentran que si habrá mayor aplicación de los principios procesales que regula el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil y con se le dará cumplimiento a los principios de inmediación y concentración ya que la prueba será reproducida en un solo acto sin interrupción y con la oralidad ya no con la escrituralidad.

5.7 ¿Qué opinión le merece la eliminación de las incapacidades de las Incapacidades y las Tachas de Testigos en el antiguo proceso Civil y Mercantil Salvadoreño a luz del Nuevo Código Civil y Mercantil?

- Entrevistado 1 Es innovación muy precisa, ya que a veces los mejores testigos o los que dan plena fe de los hechos eran eliminados y con la nueva normativa pueden testificar.
- Entrevistado 2 Todavía no se han eliminado de todo las incapacidades, se encuentran reguladas en el Artículo 355 del CPCM, lo que se ha eliminado únicamente son la tacha de testigos, las incapacidades ahora son que el testigo no tenga el sentido por el cual se perciben los hechos, porque sea de referencia y por ser menor de 12 años y no tenga razonamiento suficiente para darse a entender.
- Entrevistado 3 Si bien no están reguladas tales circunstancias existían otras a través de las cuales se podrían observar los defectos en el testigo y considerar por parte del Juez su testimonio.
- Entrevistado 4 A mi punto de vista no es correcto, no pueden eliminar por completo los motivos de incapacidades y tachas de testigos, lo que debió hacerse es reformular los motivos de éstas.
- Entrevistado 5 Me parece bien porque era una lista cerrada en cambio ahora se puede desacreditar al testigo por cualquier causa que sea.
- Entrevistado 6 Antes le daba casuística de excusas e impedimentos y se violaba la parcialidad.
- Entrevistado 7 La tacha de testigos en el antiguo código no ayudaba en nada al proceso en cambio hoy si pueden declarar todo tipo de testigos.
- Entrevistado 8 No opino
- Entrevistado 9 Pues a mi criterio deja un poco abierto la posibilidad que se trate de testigos no muy bien acreditados, sin embargo eso de las tachas e incapacidades era una pérdida de tiempo y se vulneraban ciertos principios procesales.
- Entrevistado 10 Que se hay establecido un criterio amplio de valoración del medio de prueba y se le permite al juez que utilice su valoración según la sana crítica.
- Entrevistado 11 Me parece muy bien que se hayan eliminado esas figuras, porque esas figuras no permiten presentar testigos que puedan aportar elementos de juicio al proceso.
- Entrevistado 12 Es una gran ventaja que ya no existan las figuras de las incapacidades y de las tachas en el nuevo proceso porque esto le agilidad al proceso y todos los testigos pueden declarar.
- Entrevistado 13 Es muy bueno, porque ahora los testigos serán desacreditados en la audiencia probatoria, y esa desacreditación podrá ser vista por todos.
- Entrevistado 14 dichas instituciones no han sido eliminadas ya que en el examen de testigos es fácil descalificar o desacreditar al testigo.
- Entrevistado 15 No opino.
- Entrevistado 16 es muy bien que se hayan eliminado esas figuras ya que sin ellas todos los testigos pueden declarar sin excepción ninguna.
- Entrevistado 17 Esto implica un gran avance, ya que, las personas más cercanas, son las que realmente conocen los hechos, las tachas vienen a ser suplidas, por las instrumentos o armas con las que contarán las partes, Contrainterrogatorio, redirecto y recontra interrogatorio

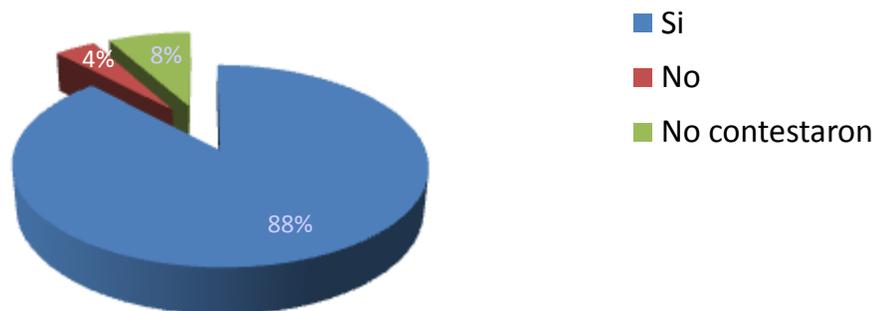
- Entrevistado 18 Es muy positivo, ya que hay casos en que únicamente pueden ser testigos los familiares.
- Entrevistado 19 Eso es absolutamente bueno, eso no debe existir, es un resabio histórico, casi religioso que debía de desaparecer.
- Entrevistado 20 Es una ventaja porque se puede presentar a cualquier persona como testigo.
- Entrevistado 21 A mi punto de vista no me parece lo más acertado, porque en el Código de Procedimientos se podía alegar la tacha de testigo, pero también había que probarla, pero ahora como ya no hay incapacidades ni tachas, el testigo sólo debe jurar que brinda su testimonio sin ninguna malicia y eso puede ser algo contraproducente.
- Entrevistado 22 Muy buena porque le da a las partes las mismas oportunidades de presentar testigos sin que sean tachados.
- Entrevistado 23 Es una gran ventaja que se eliminaran estas figuras que lo hacían eran retardar el proceso ahora sin estas figuras no habrá retardos en la producción del testimonio.
- Entrevistado 24 La eliminación de las tachas y de las incapacidades es muy buena ya que se evitan ese procedimiento que retrasaba el proceso.
- Entrevistado 25 Ciertamente los epígrafes han desaparecido, pero las causales continúan presentes para ser acreditadas como fundamentos de falta de credibilidad, parcialidad, incapacidad, inadmisibilidad, etc.

Análisis de resultados de la pregunta ¿Qué opinión le merece la eliminación de las incapacidades de las Incapacidades y las Tachas de Testigos en el antiguo proceso Civil y Mercantil Salvadoreño a luz del Nuevo Código Civil y Mercantil? es bien visto por la gran mayoría de profesionales entrevistados, porque en un sistema oral, el Interrogatorio y el contrainterrogatorio, vienen a suplir estas figuras, siendo éstos la forma en que puede desacreditarse al testigo en el proceso. Es que en variadas situaciones quienes conocen más de cerca el conflicto, son los familiares, quienes anteriormente no podían servir como testigos.

5.8 Cree usted que los cambios aplicados a la regulación de la Prueba Testimonial generara ventajas en la Celeridad del Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño para la aplicación de justicia.

Cuadro nº 5		
Ventajas en la celeridad del proceso	Nº	%
Si	22	88%
No	1	4%
No contestaron	2	8%
Total	25	100%

La regulación de la Prueba Testimonial generara ventajas en la Celeridad del Proceso Civil y Mercantil .

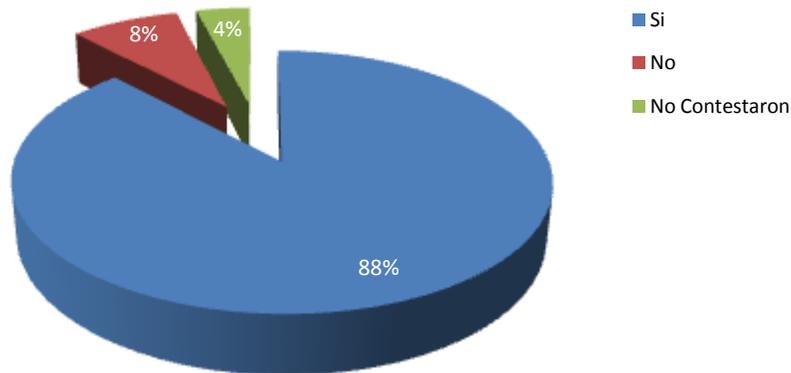


Análisis de resultados del cuadro nº 5 de los profesionales entrevistados la mayoría (88%) nos contesto que si genera mayores ventajas en la celeridad del proceso ya que la prueba en su conjunto será reproducida en un solo acto sin interrupción por cual será mas ágil y un ahorro de tiempo para las partes ya que el proceso será por audiencias y se deja la escrituralidad de un lado; hubo personas que no quisieron dar su opinión en esta pregunta y hubo una persona que dijo que no estaba de acuerdo con que generara ventajas la regulación de la prueba en el nuevo código.

5.9 ¿Considera usted, que el sistema de valoración de la Sana Crítica ayudara a una mejor valoración de la prueba testimonial en los procesos Civiles y Mercantiles?

Cuadro nº 6		
Una mejor valoración de la prueba	Nº	%
Si	22	88%
No	2	8%
No contestaron	1	4%
Total	25	100%

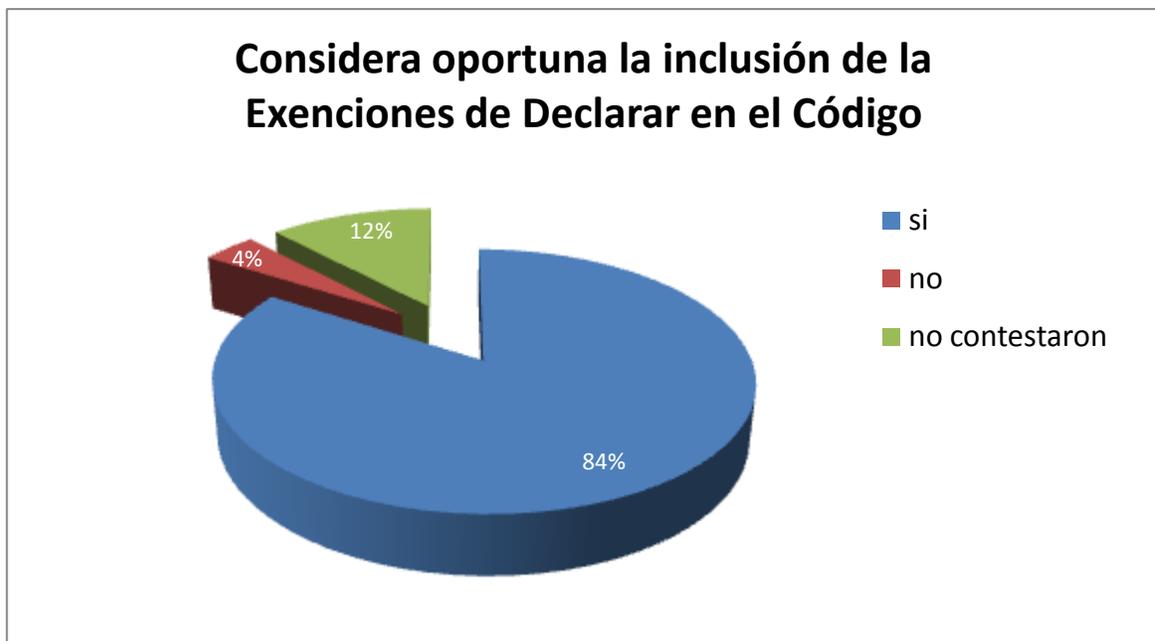
El sistema de valoración de la Sana Crítica ayudara a una mejor valoración de la prueba testimonial



Análisis de resultados del cuadro nº 6 según la población entrevistada opina que la sana crítica como sistema de valoración de la Prueba Testimonial, recibe una gran aceptación y ventaja por la mayoría de entrevistados, quienes opinan que tendrá una incidencia positiva en el proceso, esto porque brindará un mejor margen de apreciación de la prueba al juez, en su conjunto, además implica que el juez dejará de ser un mero aplicador de la ley, eliminando por tanto las ataduras formalistas del ordenamiento jurídico, según las cuales debía fallar.

5.10 ¿Considera oportuna la inclusión de la Exenciones de Declarar en el Código Procesal Civil y Mercantil?

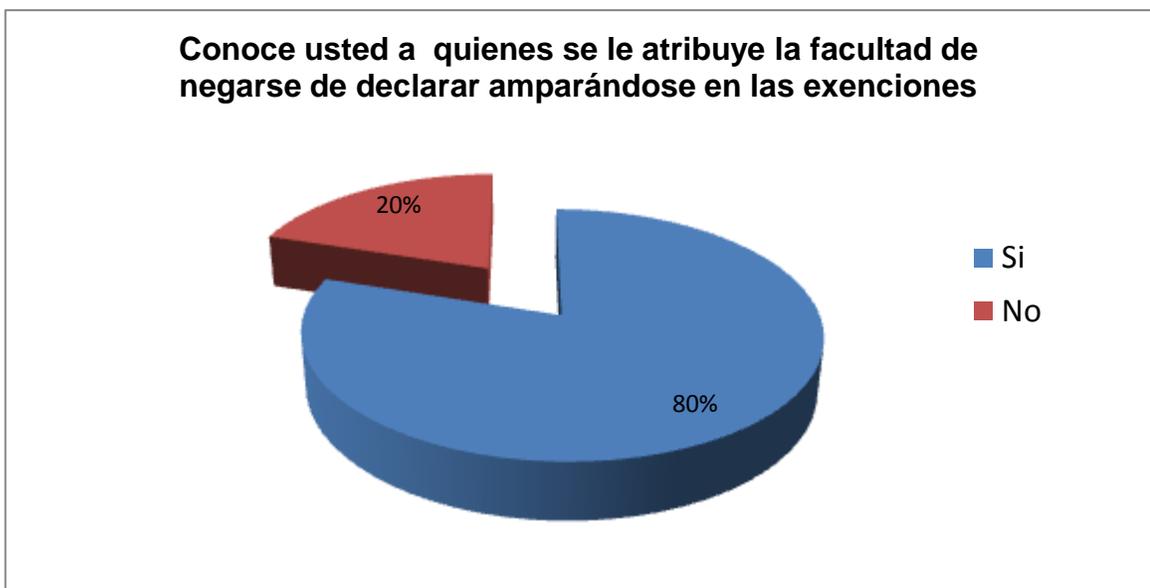
Cuadro nº 7		
Inclusión de las exenciones	Nº	%
Si	21	84%
No	1	4%
No contestaron	3	12%
Total	25	100%



Análisis de resultado del cuadro nº 7 del cual la población entrevistada en su mayoría (84%) nos respondió que positivamente ya que la regulación de la exenciones de declarar son una protección al secreto profesional de los testigo por lo cual es una gran innovación en cuanto a las nuevas figuras jurídicas que se regulan en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil y con el fin de que sean protegidos los secretos profesionales y no sean revelados en los procesos Civiles y Mercantiles.

5.11 Conoce usted a quienes se le atribuye la facultad de negarse de declarar amparándose en las exenciones

Cuadro n°8		
Conoce a quienes se les atribuye la facultad de no declarar	N°	%
Si	20	80%
No	5	20%
Total	25	100%



Análisis de resultado de cuadro n° 8 donde la mayoría de los profesionales entrevistados nos respondió de forma positiva por lo cual la población entrevistada conoce de las personas que están exentas de brindar o que pueden alegar las exenciones para no declarar en el proceso y así proteger sus secretos profesionales y no ser revelados en el proceso por que pueden ampararse en las exenciones para no declarar en el proceso dentro de las personas que podemos mencionar que pueden alegar o ampararse en las exenciones tenemos a los sacerdotes, a los médicos y a los abogados entres otros; de la misma forma hubo parte de la población entrevistada que no tenia conocimiento de las personas que se encuentran exentas de declarar.

5.12 ¿Considera correcto que excusándose en el secreto profesional de los exentos de declarar, se dejan fuera ciertos elementos importantes del Proceso Civil y Mercantil por la negativa de declarar?

Cuadro n° 9		
Dejar fuera ciertos elementos	N°	%
Si	5	20%
No	18	72%
No contestaron	2	8%
total	25	100%



Análisis de resultado del cuadro n° 9 donde se pregunto que si dejan fueran ciertos elementos importantes del proceso si un testigo no declara amparándose en las exenciones de declarar de las cuales los profesionales entrevistados en su 72% consideran que no se dejan fueran ningún elemento importante del proceso ya que lo se pretende con la negativa de declarar que presenta el testigo amparándose en las exenciones es darle protección a su secreto profesional y así no es revelarlo dicho secreto en el proceso; hubo un 20% de la población entrevistada que dijo que si se dejan elementos importantes

del proceso por negativa de declarar del testigo; y otro 8% que no quiso contestar la pregunta.

5.13 ¿Cuales serian algunas ventajas de la aplicación de la facultad de no declarar para dichas personas en el proceso Civil y Mercantil?

- | | |
|-----------------|--|
| Entrevistado 1 | Que el testigo no revelaría su secreto en el juicio y que no cometería delito por haber revelado su secreto. |
| Entrevistado 2 | Guardaría su secreto profesional y no lo pueden obligar a revelarlo por estar exento de declarar |
| Entrevistado 3 | No violaría su ética profesional y resguardara los secretos de su cliente. |
| Entrevistado 4 | se salvaría el testigo de cometer delito, además de darle protección a los secretos de sus clientes y no romper con su ética profesional. |
| Entrevistado 5 | Que se guarda el secreto profesional |
| Entrevistado 6 | En el caso de los sacerdotes o ministros religiosos guardarían sus secretos de confesión que no puede ser revelado, en cuanto a los médicos y a los abogados no quebrantarían con su ética profesional ni perjudicarán a sus ex clientes o clientes revelando el secreto profesional |
| Entrevistado 7 | No le encuentro ventajas que no declare el testigo. |
| Entrevistado 8 | El testigo ya sea el abogado o el medico de algunas de las partes que actúan en el proceso protegerían su secreto profesional y no cometerían infracción penal al revelarlo. |
| Entrevistado 8 | No contesto |
| Entrevistado 9 | La mayor ventaja es que se protege el secreto profesional del testigo ya que con esta figura el testigo no declara en el proceso. |
| Entrevistado 10 | se protege a los testigos ya que no están obligados a declarar en el proceso |
| Entrevistado 11 | No. |
| Entrevistado 12 | No revela el secreto profesional en el caso que el testigo sea medico o abogado o las personas que comprende la exención. |
| Entrevistado 13 | Los abogados protegen las confidencialidades de las cuales les han dado conocimiento sus clientes. |
| Entrevistado 14 | No veo ninguna ventaja por negarse a declarar |
| Entrevistado 15 | Las ventajas que yo le encuentro es que el testigo protege sus secretos profesionales y también se resguarda de no cometer un delito revelando sus secretos de profesión. |
| Entrevistado 16 | No contesto. |
| Entrevistado 17 | Principalmente el testigo protege su secreto profesional amparándose en la negativa de declarar por medio de la exención. |
| Entrevistado 18 | Que no puede obligarlo a que viole su ética profesional revelando los secretos que le confían sus clientes |
| Entrevistado 19 | Los profesionales que participan como testigos son los tiene la ventaja de protege su ética profesional |
| Entrevistado 20 | La protección del secreto profesional. |
| Entrevistado 21 | No hay ventajas |
| Entrevistado 22 | La ventaja es que a los testigos no rompe con su ética ni con sus valores por que tienen la facultad de negarse a revelar su secreto profesional |

- Entrevistado 23 Los religiosos, médicos y abogados entre otros no revelan sus secretos profesionales
- Entrevistado 24 El respeto a la ética profesional y la protección de los secretos profesionales
- Entrevistado 25 Se resguarda el secreto profesional de los que comparecen como testigos

Análisis se resultado de las respuesta brindadas por la mayoría de los entrevistados se concluye que las ventajas que obtiene el testigo en el nuevo proceso es que se le respeta su ética profesional y que se le da protección al secreto profesional para que este sea vulnera en el proceso y que el testigo pueda recaer en un delito por el cual podría ser sancionado, por lo tanto al testigo que se ampara en las exenciones para negarse a declarar es muy ventajoso ya se le protege sus secretos profesionales y no se le hace que rompa o violente su ética profesional.

5.14 ¿Cree usted que la revelación del secreto profesional puede traer consecuencias jurídicas para los testigos?

Cuadro numero nº10		
La revelación del secreto profesional puede traer consecuencias jurídicas para los testigos	Nº	%
Si	22	88%
No	2	8%
No contestaron	1	4%
total	25	100%



Análisis se resultado del cuadro nº 10 de la población entrevistas el 88% nos contesto que si le puede contraer consecuencias jurídicas a los testigos que revelen el secreto profesional ya que con la revelación del secreto profesional el

testigo estaría cometiendo un delito que es sancionado por el código penal, además que el testigo puede recaer en daños morales en contra de su ex cliente o cliente; el 8% de la población entrevistada nos comento que no le puede contraer consecuencias jurídicas al testigo.

CAPITULO SEIS

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES

En este capítulo serán plasmadas las conclusiones que se obtuvieron al final de la realización del trabajo de investigación, en las cuales se dará la demostración o negación de la hipótesis y/o del alcance de los objetivos generales y específicos trazados inicialmente.

Así mismo, daremos a conocer en forma sintetizada algún aspecto que encontramos a lo largo de la investigación, para reafirmar algunas interrogantes que pudieron generar, y estas conclusiones son las que a continuación se detallan:

Con la realización de esta investigación se llega a concluir en el Código Procesal Civil y Mercantil, pretende adecuar el ordenamiento procesal nacional a la Constitución de La Republica de El Salvador, a los Tratados Internacionales y a los modelos Procesales Modernos ideados por la Doctrina, con el afán de lograr que el Proceso Civil y Mercantil sean efectivamente eficaz para la realización de todo el proceder del Derecho y a las necesidades Jurídicas que se presentan en la sociedad Salvadoreña.

A la luz del Código Procesal Civil y Mercantil, se denota que se han generado muchas opiniones, tanto positiva, como negativas, siendo este un cuerpo normativo que implica un periodo de transición en la comunidad jurídica del país, lo que se pretende con el nuevo Código es mejorar el sistema y buscar que con dicha legislación se logre superar un proceso donde ha prevalecido la escrituralidad y la lentitud, y así, en su lugar se busca el establecimiento de la Oralidad, Celeridad y obtención de una pronta y cumplida Justicia en el Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño.

Así mismo, con la entrada en vigencia de este nuevo cuerpo normativo se hace necesaria la regulación de ciertos elementos que complementen a la norma que ha entrado en vigencia, con la finalidad de lograr un mejor desempeño de esta y evitar posibles vacíos legales. Por otro lado, la burocratización en los procesos mercantiles atribuye también a la morosidad judicial, la que es una consecuencia inmediata de la crisis de la justicia mantenida desde antaño, por la falta de una adecuada conciencia social.

Este nuevo Código está inspirado en un modelo procesal adversativo dispositivo, ya que, se introduce el principio de oralidad, como plataforma de las actuaciones procesales, lo que fortalece la legalidad, publicidad y la concentración de las actuaciones y sobre todo la inmediación, que se le permite el posicionamiento al Juez como director del procedimiento.

La naturaleza del proceso que se regula en el Código Procesal Civil y Mercantil, es la de un proceso mixto, ya que la fase inicial del mismo es escrita (Demanda, Emplazamiento, Contestación de la Demanda), pero la fase intermedia (Audiencia Preparatoria) y la fase final (Audiencia Probatoria) son novedosas ya que pasan a ser Orales. La normativa saliente se caracterizaba por ser un proceso lento, escrito formal y burócrata, por lo que se pretendía

buscar una legislación que fuera coherente con el derecho a la protección jurisdiccional, incorporando una serie de preceptos modernos y propios de los procesos orales, como son el predominio de la Oralidad y la presencia de los principios de Inmediación Publicidad, Celeridad, Igualdad Procesal, Concentración, Buena fe, Libertad Probatoria, etc., función activa del Juez, ya que, tendrá un contacto de forma directa con la Prueba, y conforme a ello, dictar una sentencia más justa. Otro de los principios que destaca es el de Oralidad, ya que, en el antiguo Proceso era presidido en su totalidad por el escrituralismo, lo cual creaba un proceso largo y tedioso, lleno de escritos y resoluciones del tribunal. Con la oralidad se proyecta un proceso más ágil, eficaz y eficiente.

El sistema de audiencias busca, en cuando a la recepción de la prueba en el campo del debate y que estas sean las más diligentes y sobre todo las más idóneas, ya que se requiere que esta sea concentrada y que tenga muchos puntos de importancia para aportar a la definición del proceso en que se involucren dichas pruebas, ya que, estas tiene que ser producidas en un solo acto y no por separado; y esto dará cumplimiento a los principios que rigen a la prueba.

El sistema de valoración de la prueba de la sana crítica, permite que el juez tenga un papel más protagónico en la producción de la prueba en general y de manera particular a la testimonial, debido a que, éste deberá realizar una actividad psicológica y de conciencia, basado en las experiencias exteriorizadas para valorar la declaración que el testigo rinda en sede judicial, pues, ya no estará supeditado al sistema reglado que impera en el sistema de la tarifa legal, debiendo en consecuencia, analizar los hechos sometidos a su conocimiento; pero a contrario sensu, la facultad suministrada al juez, podría volver falibles las resoluciones tomadas por éste, ya que, para tener éxito en la implementación de un sistema de valoración de la sana crítica, el juez debe tener amplios

conocimientos en aspectos de la lógica, la psicología y la experiencia común, de no ser así se corre el riesgo de que la valoración de la Prueba Testimonial se vuelva arbitraria por parte del juzgador.

Por ello también se sabe que después de tantos siglos contando con procesos escritos y lentos en materia tanto Civiles como Mercantiles, ha hecho que la mayoría de de Jueces, Abogados en el Libre Ejercicio, Colaboradores Jurídicos y demás profesionales del Derecho de nuestro país, vean con recelo un cambio radical en materia Civil y Mercantil por pasar a incluir muchos puntos como lo son las Exenciones del Deber de Declarar.

Así, una innovación que se incluye mucho más explícita, que en el Código anterior, las Exenciones del deber de Declarar, en la cual se denota la protección al Secreto de las Profesiones que de acuerdo a la historia ha tenido un tratamiento muy antiguo según los pueblos y las costumbres. Se concluye que, la protección del secreto impuesto a determinadas actividades o profesiones deviene desde la época de los romanos. Por supuesto, aplicado en términos generales primero y luego en forma más específica a ciertas profesiones, como por ejemplo se hace referencia a la obligación de no propalar secretos respecto de Abogados, Procuradores o Escribanos (Notarios). Otro profesional que no puede revelar sus secretos son los médicos, los cuales hacen el Juramento Hipocrático, que es un juramento público; y que su contenido es de carácter ético, para orientar la práctica de su oficio, así mismo, para los Confesores Religiosos, también existe el secreto profesional que había sido una influencia del Derecho Canónico y se sancionaba su violación con penas Eclesiásticas y Civiles; con posterioridad de la revolución francesa se mantuvo el derecho al secreto confesional y la jurisprudencia lo llevo a extremos más rigurosos de los reconocidos por el antiguo derecho.

Por regla general en todo proceso, aquella persona que es citada como testigo tiene la obligación de declarar sin excusa alguna, pero a esta regla procesal en el Código Procesal Civil Mercantil existe la excepción a esta regla y faculta a los testigos de no declarar en base a su profesión.

Concluyendo, de las Exenciones del deber de declarar reguladas en la nueva regulación Procesal Civil y Mercantil, son la protección a los secretos profesionales, ya que, estos no pueden revelar sus secretos en los juicios Civiles y Mercantiles y por dichas razones se les facultad a los profesionales que participen en un proceso como testigo, puede valerse de la facultad de abstenerse de declarar alegando la exención y así protegiendo su secreto.

Finalmente, se da a conocer una serie de estadísticas, que como sabemos han sido parte fundamental en esta investigación, pues es así, como se reafirman los objetivos que se plantean al principio, recabando información tomada de las personas que son quienes llevan a cabo, día con día la labor de poner en práctica el uso de dicha normativa implementada, y que son quienes han tenido que llenarse de conocimientos aún mayores, para poder analizar correctamente lo que el legislador ha querido suponer en dichos cuerpos normativos, siendo así que se llevo a cabo entrevistas muy importantes con Jueces, colaboradores judiciales, abogados, que llevan a cabo la implementación e imposición de las nuevas normas instituidas, estos datos arrojaron una serie de información como por ejemplo que estas personas han sido altamente capacitadas para poder administrar justicia, también un dato importante es saber que todos o más bien la mayoría concuerdan en que la inclusión de las exenciones del deber de declarar, son mucho más explícitas y que es parte fundamental para el impulso del proceso en la etapa correspondiente, de igual manera se ahondo en el tema de la oralidad y la mejor imposición de los principios procesales los cuales son fundamento de todo proceso como los que

nos ocuparon en esta investigación, estas estadísticas nos ayudaron a conocer todas las interrogantes que surgieron en el camino de toda esta tarea.

Así por ello que las reformas deben ser obligadamente contingentes con la realidad histórico-política del país, para que estas realmente desencadenen una transformación en las Instituciones encargadas en la aplicación de Justicia, para la búsqueda del fortalecimiento del Estado de Derecho.

6.2 RECOMENDACIONES

En base a los resultados obtenidos en el desarrollo de esta investigación, y además tomando en cuenta las sugerencias realizadas por diferentes profesionales a lo largo de la misma, realizamos las siguientes recomendaciones:

Que a la luz de los resultados de la investigación se observa que la mayor parte de los entrevistados son Colaboradores y Secretarios Judiciales, y que, así mismo se prueba por medio de los resultados que un 12 % aun no ha tenido capacitación del Código Procesal Civil y Mercantil. Esto presentaría problemas a la hora de enfocarse en nuevos parámetros y figuras normativas como el resguardo del Secreto Profesional, por parte de testigos en el proceso. En este sentido es necesario capacitar a todos los operadores de justicia vinculados con el área Civil y Mercantil y esto con el fin de que nuestro sistema judicial cuente con el personal idóneo y apto en cuanto se habla de la aplicación y ejecución de la Ley. Esta capacitación permitirá distinguir y precisar la eficiencia y eficacia, los beneficios, los logros alcanzados y enfocándose particularmente en el trabajo realizado por los operadores de Justicia del país.

Posibilitar en las Facultades de Derecho de nuestro país, la apertura de Cátedras Libres referentes a las innovaciones del Código Procesal Civil y Mercantil y en materia de técnicas de Oralidad, de esa manera se permitiría que no solo los aplicadores del Sistema, a través de las capacitaciones del Consejo Nacional de la Judicatura, se estén actualizando en torno al nuevo Código, sino que también los estudiantes de Ciencias jurídicas, como futuros profesionales del Derecho. Conozcan y estén actualizados en cuanto a esta normativa procesal que se encuentra vigente en nuestro país.

Se les recomienda a los abogados litigantes que orientes a sus testigos haciéndoles saber de sus deberes, obligaciones como testigos, como también las facultades que tienen estos como profesiones de abstenerse de declarar en los procesos Civiles y Mercantiles, en los que puedan participar como testigos donde pueden hacer valer y respeten sus principios éticos y que demuestren su profesionalismo valiéndose de la facultad que les brinda la normativa Procesal Civil y Mercantil de abstenerse de declarar en el proceso mediante las exenciones de declarar y así darle resguardo a sus secreto.

A los Litigantes que presente testigos en un proceso Civil o Mercantil, se les recomienda que deben de tener a los testigos consientes de los límites y de las facultades que ellos poseen, ya sea, para declararen el proceso, como para hacer uso de una exención de declarar, y no ignorar en ningún momento las consecuencias jurídicas que trae consigo la revelación de dicho secreto por lo cual el abogado que lo ha propuesto como testigos debe de aclararle al testigo que de llegar a divulgar su secreto puede incurrir en el cometimiento de un delito y ser procesados penalmente por dicha falta que esta cometiendo por revelar sus secretos en el proceso.

En este mismo sentido recomendamos que en el Pensum de estudios de las Facultad de Jurisprudencia, de las Universidades de El Salvador, desde una etapa intermedia de estudio donde ya se poseen conocimientos esenciales del derecho, se fomente la realización constante y practica de ejercicios en materia de Técnicas de Oralidad, esto abonaría a que los estudiantes que son los futuros profesionales cumplan con respaldo que poseen los profesionales que se presentan como testigos y que gozan de la Exención de Declarar en determinadas ocasiones y bajo determinados requisitos, con el objetivo que se acreciente la experiencia en los estudiantes que mas adelante serán los profesionales del ejercicio del derecho y además, motivados por la evidente evolución y transformación de los juicios que han ido de lo escrito a lo oral, como nueva mecánica de cambio que están adoptando los progresos para la solución de los conflictos, que se generan en diferentes áreas del derecho, por ejemplo en materia Procesal Penal, de Famia y actualmente en materia Civil y Mercantil.

Recomendamos a las escuelas de leyes de todas las universidades del país, que es necesario proporcionar de manera constante nuevas bibliografías en las Bibliotecas a los estudiantes, con el fin de que esta bibliografías permitan al mismo estudiante y también al profesional del derecho, asesar a información actualizada que le permita en un primer plano comprender figuras y procedimiento jurídicos y luego realizar una mejor aplicabilidad de los conceptos e instituciones jurídicos que se ventilan en lo procesos orales y su desarrollo en nuestra región y en otros países, y especialmente sobre técnicas en materia Probatoria.

Además recomendamos la revisión de los resultados de la aplicación de la regulación del Código Procesal Civil y Mercantil, de ser posible año con año y así conocer el efectivo cumplimiento de los Principios Procesales, verificando así el nivel avanzando en la aplicabilidad de la ley, y de esta manera poder obtener

los resultados del empleo de la misma en el país; y así en concreto aspirar a la democratización de la administración de la justicia, contribuyendo así a consolidar la paz, el desarrollo y la institucionalidad democrática de El Salvador.

Se les recomienda a los Médicos, como profesionales de la medicina que deben de guardar el secreto profesional en todo proceso Civil y Mercantil que participen como testigos, como se los establece su Código de Ética y Deontología Médica y que deben de cumplir con el juramento hipocrático que juran, y que por ningún motivo deben de revelar sus secretos; y al abogado que lo ha propuesto debe de orientar y decirle que puede alegar la exención de no declarar para que no revele su secreto, puesto que, la revelación lo perjudicaría penalmente y le contraería muchas consecuencias legales.

Recomendamos a los ministros de culto y sacerdotes, que base a sus principios morales, a las normas morales que los rigen, y con la debida orientación que le ha brindado el litigante que lo ha propuesto como testigo acerca de las exenciones de no declarar, estos no pueden revelar sus secretos confesionales que le han confiado sus devotos o fieles en un proceso por estarían faltando a sus principios éticos y morales, además de que cometerían una infracción de carácter penal por haber revelado su secreto profesional.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ARAZI, ROLAND, “**Derecho Procesal Civil y Comercial**”, Parte general y especial, 2ª Edición, actualizada y ampliada, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995.

ARELLANO GARCÍA, CARLOS “**Derecho Procesal Civil**”, 7ª Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 2000.

AZULA CAMACHO, “**Manual de Derecho Probatorio**”, 1ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1998.

BACRE, ALDO. “**Teoría General del Proceso**”, Tomo III, 1ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1986.

CANALES CISCO OSCAR, “**Derecho Procesal Civil Salvadoreño**” Tomo I, Legislación-Doctrina-Jurisprudencia, 1ª Edición, CSJ. San Salvador, 2001.

CASARINO VITERBO, MARIO.“**Manual de Derecho Procesal Civil**” Edición Actualizada por el Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 5ª Edición, Santiago de Chile, 2002.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “**La Prueba en el Proceso Civil**” Madrid, 1993.

DE SANTOS, VÍCTOR. “**La Prueba Judicial**” Teoría y Práctica. Segunda edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 1994.

DE SANTO, VÍCTOR. **“El Proceso Civil”**. Tomo VI. Prueba de Testigos, Nociones Generales. Procedimiento probatorio. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1986.

DE SANTO, VÍCTOR. **“El Proceso Civil”**. Tomo IV. Prueba de Testigos, Nociones Generales. Procedimiento probatorio. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1986.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO **“Compendio de la Prueba Judicial”**, Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, Tomo I, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.

Díaz González, Joaquín. **Historia de la medicina en la antigüedad, Mérida: Universidad de Los Ángeles**. Ediciones del rectorad. Revista electrónica, Venezuela 1974

VARELA, CASIMIRO A. **“Valoración de la Prueba”**, 2ª Edición (Actualizada y Ampliada), Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

ESCRIBANO MORA, FERNANDO **“La Prueba en el Proceso Civil”**, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001.

FALCÓN, ENRIQUE. **“Tratado de la Prueba”**, Tomo II. Segunda Edición, ED. Astrea. Argentina, 2003.

GUASP JAIME. “**Derecho Procesal Civil**”, Tomo Primero Introducción y Parte General, 3ª Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1997.

KIELMANOVICH, JORGE “**Medios de Prueba**”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

MONTERO AROCA, JUAN Y OTROS. “**El nuevo proceso civil Ley 1/2000 Ley de Enjuiciamiento civil**”, Segunda Edición, Edición Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

OLASO ÁLVAREZ, JORGE “**La Prueba en Materia Civil**” Editorama, Primera Edición, San José Costa Rica, 2006.

OVALLE FAVELLA, JOSÉ. “**La Teoría General de la Prueba**”, Revista de la Facultad de Derecho México, 1987.

PALACIO, LINO ENRIQUE. “**La Prueba en el Proceso Penal**”, Biblioteca Jurídica Argentina, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

PALACIO, LINO ENRIQUE “**Manual de Derecho Procesal Civil**”, 17ª Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL “**La Prueba en materia Sustantiva Civil-Parte General**”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.

P. DÍAZ RAMÓN, “**De la Prueba Testimonial**”, Editor Jerónimo Sureda Colonia, Montevideo, 1929.

RAMOS GONZÁLEZ, CARLOS Y VÉLEZ RODRÍGUEZ, ENRIQUE **“Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico”**, 1a. Edición, Editorial Michie of Puerto Rico. Puerto Rico, 1996.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, JUAN JOSÉ **“Estudio sobre los Medios de Prueba y Algunas Consideraciones Sobre el error de Derecho y error de Hecho en la Apreciación de las Pruebas”**, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, Editorial Último Decenio. San Salvador, 1993.

RICARDO SARDI, **Thomas Percival y la Ética Médica**, Md, Psiquiatra Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza. Argentina. Septiembre del 2006.

DOCUMENTOS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **“Exposición de Motivos del Código Procesal Civil y Mercantil”**, tomado del Código Procesal Civil y Mercantil, Editado por la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2009.

MENDOZA ORANTES RICARDO **“Comentarios sobre los Antecedentes del Código de Procedimientos Civiles”** expuestos en la Recopilación de Leyes Civiles, Editorial Jurídica Salvadoreña, 26ª Edición, San Salvador, 2006.

SANDOVAL R. ROMMEL I. **“Ley-Derecho-Jurisprudencia”** Revista de la Escuela de Derecho, Universidad Tecnológica de El Salvador, artículo **“Aspectos Generales sobre el régimen de la Prueba en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil.** Año 3, Número 5, San Salvador, 2008.

VELASCO, MAURICIO ERNESTO. **“Ponencia sobre Reflexiones del Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador”**, San Salvador, 2009.

DICCIONARIOS

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO, **“Diccionario Jurídico Elemental”**, Nueva Edición corregida, actualizada y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, 11ª Edición, 1993.

LEGISLACIÓN

Constitución de la República de El Salvador, Decreto Legislativo No. 38 de fecha 15 de Diciembre de 1983, Publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo No. 281, del 16 de Diciembre de 1983.

Código de Procedimientos Civiles. Decreto Ejecutivo de fecha 31 de diciembre de 1881; publicado el Diario Oficial No. 1 Tomo No. 12, del 1º de Enero de 1882.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Legislativo No. 712 de fecha 18 de Septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381, del 27 de Noviembre de 2008.

ANEXOS

ENTREVISTA REALIZADA A DIVERSOS PROFESIONALES DEL DERECHO.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

AGRADECEMOS DE ANTEMANO, POR SU VALIOSA COLABORACIÓN. LA INFORMACIÓN QUE USTED AMABLEMENTE NOS PROPORCIONE SERÁ UTILIZADA ÚNICAMENTE CON FINES ACADÉMICOS.

OBJETIVO. Determinar las Perspectivas y Expectativas que tienen los profesionales del Derecho, sobre la regulación de Las Exenciones de Declarar en el Código Procesal Civil y Mercantil.-

ENCUESTA DIRIGIDA A:

Jueces y Magistrados de la CSJ	<input type="checkbox"/>
Colaboradores y Secretarios judiciales.	<input type="checkbox"/>
Abogados en Ejercicio de la Profesion	<input type="checkbox"/>
Catedráticos Universitarios	<input type="checkbox"/>

1. ¿Ha recibido alguna capacitación sobre el contenido del nuevo Código de Procesal Civil y Mercantil?

SI NO

2. ¿Conoce usted algunas de las figuras jurídicas en relación a la prueba testimonial, incluidas en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil?

SI NO

3. Según su opinión ¿Cuáles son las ventajas que trae consigo la regulación de la prueba testimonial en el Código Procesal Civil y Mercantil, en comparación al Código de Procedimientos Civiles?

4. Desde su punto de vista ¿Considera que con la regulación de la prueba testimonial en el Código Procesal Civil y Mercantil, habrá mayor aplicación de los Principios Procesales?

SI No

¿Por qué? _____

5. ¿Que opinión le merece la eliminación de las incapacidades y la tacha de testigos en el antiguo proceso Civil y Mercantil Salvadoreño a la luz del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil?

6. Cree usted que los cambios aplicados a la regulación de la prueba testimonial, generará ventajas en la celeridad del proceso Civil y Mercantil Salvadoreño para la aplicación de justicia.

SI

¿Por qué? _____

7. ¿Considera usted, que el sistema escrito de los antiguos procedimientos tanto Civil y Mercantil, fue el principal motivo de la retardación de justicia en El Salvador?

SI NO

8. ¿Considera oportuna la inclusión de las Exenciones de declarar en el Código Procesal Civil y Mercantil?

SI NO

¿Por qué? _____

9. ¿Conoce usted a quienes se les atribuye la facultad de negarse a declarar amparándose en dichas Exenciones?

SI NO

Mencione Algunos: _____

10. ¿Considera correcto que excusándose en el secreto profesional de los exentos de declarar, se deje fuera ciertos elementos importantes en el proceso Civil y Mercantil por la negativa de declarar?

SI

NO

¿Por qué? _____

11. ¿Cuáles serian algunas desventajas de la aplicación de la facultad de no declarar para dichas personas en el Proceso Civil y Mercantil?

12. ¿Cree usted que la revelación del secreto profesional pueda traer consecuencias jurídicas para los testigos?

SI

NO

¿Porque? _____

